



UNIVERSIDAD DE CIENCIAS  
EMPRESARIALES Y SOCIALES  
DEPARTAMENTO DE POSGRADO

---

# EL DAÑO MORAL EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

---

**Compiladores:** Dra. Graciela B. Ritto  
Dr. Julián E. Jalil

**Autores:**

Abog. Heraldo FIORDELISI; Abog. Guillermina L. SOSA; Abog. Luis R. J. SÁENZ;  
Abog. Eliana PESARESI; Abog. Carla ROCHA PORDEUS (Brasil);  
Abog. Maria Mônica DE ALMEIDA (Brasil); Dra. Alba PAÑOS PÉREZ (España);  
Abog. Pablo DI IORIO; Abog. Fernando YARROCH; Abog. Walter KRIGER;  
Abog. Silvia ROSSINI; Abog. Pablo TRUSCELLO; Dra. Graciela B. RITTO; Dr. Julián E. JALIL.

El daño moral en la ley de defensa del consumidor /  
Heraldo Fiordelisi ... [et.al.] ; adaptado por Graciela B. Ritto y Julián  
E. Jalil. - 1a ed. - Buenos Aires : UCES - Editorial de la Universidad  
de Ciencias Empresariales y Sociales, 2014.  
CD-Rom

ISBN 978-987-1850-11-2

1. Derecho. 2. Defensa del Consumidor. I. Fiordelisi, Heraldo II. Ritto, Graciela B.,  
adapt. III. Jalil, Julián E., adapt.  
CDD 343.071

Fecha de catalogación: 08/05/2014

*Dedicado al esfuerzo de todos los investigadores de esta obra que confiaron en nuestra dirección.*

Graciela B. RITTO y Julián E. JALIL

# ÍNDICE

Palabras de los compiladores	5
Parte General: Análisis de la Ley de Defensa del Consumidor desde una perspectiva integral, con especial referencia a la aplicabilidad del Daño Moral en las relaciones de consumo.	10
- El concepto de Daño Moral Ritto, Graciela	11
- Acerca de la reparación del Daño Moral Ritto, Graciela	20
- Daño Moral contractual y extracontractual Ritto, Graciela	25
- La cuantificación del Daño Moral Ritto, Graciela	31
- El Daño Moral contractual y la defensa del consumidor Ritto, Graciela	41
- La atenuación de la autonomía de la voluntad en el Estatuto de consumo Jalil, Julián	50
- La libertad de elección del consumidor y su vinculación con el deber de información Truscello, Pablo	58
- El Daño Moral y su cuantificación Rocha Pordeus, Carla y Almeida María Mônica	71
- El camino de los consumidores y usuarios a la justicia Di Iorio, José Pablo	94
- El Daño Moral en el derecho del consumo Sáenz, Luis R.	116
- La responsabilidad del Daño Moral por bienes o servicios defectuosos en el texto refundido para la defensa de consumidores y usuarios en España Painoz Perez, Alba	141
- Perspectiva constitucional del Daño Moral en las relaciones e consumo Sosa, Guillermina	162

Parte Especial:	
- Tarjeta de Crédito Ritto, Graciela	184
- Tarjeta de Crédito: un análisis desde la perspectiva del Código de Defensa del Consumidor de Brasil Rocha Pordeus Carla, y Almeida María Mônica	
- Ley de Defensa del Consumidor aplicada a la relación contractual entre la empresa de Telefonía y los usuarios de las comunicaciones Fiordelesi, Heraldo Enrique	200
- Telefonías móviles en el marco de ley de defensa del consumidor Jalil, Julián	216
- El Daño Moral en la compra venta de automotores Jalil, Julián	
- Aplicación de la ley de defensa del consumidor al contrato de seguros Pesaresi, Eliana	222
- Los contratos bancarios desde la perspectiva de la ley de defensa del consumidor Yarroch, Fernando	241
- La responsabilidad de las operadoras de sitios <i>web</i> con fines de intermediación en operaciones comerciales Krieger, Walter F.	265
- Ley de defensa del consumidor aplicada al derecho a la salud Rossini, Silvia	274
- Responsabilidad por daños producidos por productos elaborados en el marco del consumo Jalil, Julián	308
- Contrato de concesión de obra pública y contrato de uso de autopistas sometidas al peaje. El usuario de autopistas y la ley de defensa del consumidor Ritto, Graciela	320

# PALABRAS DE LOS COMPILADORES:

## PREFACIO DE LA DOCTORA GRACIELA RITTO

Siempre nos ha preocupado la problemática del Daño Moral y su tratamiento, o mejor dicho, la falta del mismo durante décadas, en el derecho argentino.

Y ello sin desconocer que nuestro Codificador fue pionero al incluir el resarcimiento del Daño Moral extracontractual si el hecho era un delito de derecho criminal (art. 1078 originario).

La reforma de Borda incluyó la reparación plena del Daño Moral tanto en el ámbito contractual (art. 522) como en el extracontractual (art. 1078).

Aun así durante años su indemnización fue simbólica o asociada al daño patrimonial, hasta que nuestro más Alto Tribunal reafirmó su carácter autónomo en el caso Santa Coloma.

Esta preocupación la plasmamos en nuestra tesis doctoral en UCES y en el libro: *El Daño Moral y la legitimación activa*, publicado por la Editorial Universidad en el año 2010.

Y nos pareció interesante abordar su tratamiento en el ámbito contractual, donde también genera discusión doctrinaria y jurisprudencial y hacerlo en el ámbito del derecho del consumo, teniendo en cuenta el paradigma de la defensa del débil jurídico. Y así nació este proyecto de investigación junto a distinguidos amigos y colegas.

Vaya mi profundo agradecimiento a todos ellos y, en especial, a mi maestro, el doctor Eduardo Gregorini Clusellas, a mi codirector y amigo, **Julián Jalil**, a mi querida amiga que brindó su colaboración especial, doctora Juana Dioguardi, a la querida doctora Guillermina Sosa, al doctorando, abogado, Pablo Truscello, a las doctorandas abogadas, Carla Rocha Pordeus y Maria Mônica de Almeida (Brasil), a todos los que participaron en el trabajo y al licenciado José Fliquer, por la confianza depositada y, a través de él, a UCES que siempre nos abre las puertas generosamente para trabajar.

Esta investigación está radicada en el Departamento de Investigación de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (Resolución del Rectorado RI – 07/2011), a cuya directora, Gabriela Iglesias, como colofón, quiero manifestar muestra gratitud por su calidez y estímulo constante.

## PREFACIO DEL DR. JULIAN E. JALIL

Primogeniamente debo señalar que ha sido un honor trabajar con la Prof. Dra. **Graciela RITTO** por quien profeso el mayor de los respetos académicos y deontológicos, y a quien le agradezco de sobremanera que me haya elegido para dirigir en conjunto esta obra.

No se puede soslayar que el presente trabajo constituye un aglomerado de esfuerzos mancomunados solidarios y compartidos erogado de personas serias, responsables, reflexivas y profundas que han dotado de un inesperado vuelo académico y científico a la presente obra.

Además de las cualidades técnicas que detentan cada uno de los profesores que han participado en este libro, no puedo menos que señalar el profundo honor que ha significado para mí su participación en ella. Maxime cuando la mayoría de los escritores convocados detentan conmigo un trato de amistad.

Por ello, veo necesario hacer algunas menciones particulares a cada uno de ellos:

- A mi amigo, el Prof. **Heraldo FIORELISI**, distinguido Juez de Cámara que con la superlativa humildad que lo caracteriza ha aceptado participar en esta investigación realizando su profundo aporte y ha enaltecido la misma.
- A mi amiga, la Prof. **Guillermina L. SOSA**, a quien considero la gran promesa del derecho argentino, pues con su corta edad ha destellado a la doctrina argentina y se ha ganado el reconocimiento de los más lucidos referentes de nuestro derecho patrio.
- A mi amigo, el Prof. **Luis R. J. SÁENZ**, discípulo directo de un Maestro en común: el Prof. Sebastián PICASSO, con quien nos hemos formado en su sapiencia y perspectiva del derecho en aquellos días que coordinábamos el posgrado de contratos de la UBA. Todo un honor su presencia en nuestra obra por la profundidad de su abocamiento a las divergentes cuestiones que surgen del derecho del consumo.
- A mi amigo, el **Prof. Walter KRIGER**, con quien me unen lazos afectivos y académicos por haber compartido la docencia en la UBA y recientemente en nuestro paso por la U. de la Coruña (España).
- A mi amiga, **Eliana PESARESI**, consecuente y profunda investigadora que me ha ilustrado con su dedicación y paciencia en diferentes trabajos de investigación que hemos desarrollado en coautoría.
- A mi amigo, **Fernando YARROCH**, que ha contribuido con su vasta experiencia como apoderado del Banco de la Provincia de Buenos Aires (Secc. Perg.) a desarrollar las cuestiones atinentes al marco contractual en materia bancaria.
- A mi amigo, el Prof. **Pablo DI IORIO** con quien hemos estudiado juntamente con **Fernando YARROCH** en la U. de Salamanca, y compartido el dictado de clases en la UBA, tomando las enseñanzas de nuestra querida amiga en común y Maestra del Derecho, la Prof. Lidia GARRIDO CORDOBERA.
- A mi amiga, **Silvia ROSSINI**, con quien me he formado en el Posgrado de Derecho de la Salud de la UBA, y con su acabada experiencia en el ámbito del derecho de la salud, nos ha deslumbrado con su aporte a este libro.
- A la Prof. española **Dra. Alba PAÑOS PÉREZ**, a quien he tenido el gusto de conocer en la Universidad de la Coruña por medio de un amigo en común, el Catedrático español Domingo

BELLO JANEIRO, cuya pluma sutil y precisa ha hecho brillar el Capítulo que ha destinado a esta obra.

- Por último, no puedo menos que mencionar la convocatoria por parte de la Prof. **Graciela RITTO** de los Profs. brasileras que han escrito en coautoría: **Carla ROCHA PORDEUS** y **Maria Mônica DE ALMEIDA**, como asimismo de los Profs. **Pablo TRUSCELLO**, haciéndoles llegar mi más profundo agradecimiento por su contribución a este trabajo.

Lo expuesto sintetiza la profunda alegría que ha invadido mi corazón al haber culminado este libro de la mano de distinguidos colegas, que además de ser ofrendados y lúcidos escritores comparten conmigo el aroma de la amistad que nos une, la cual ha servido de aliciente y ha hecho más intensa la elaboración y estructuración del presente libro.

Por ello, es este libro, que reposa en la amistad y está inspirado en el corazón, se encuentra ceñido por el éxito, pues el conocimiento en conjunción con la amistad y el corazón tiene como horizonte el alba y contribuye a la diáfana construcción mundana, mientras que el conocimiento sin el corazón destructivo.

Por Julian Emil JALIL.-

## Información de los compiladores:

### **Prof. Dra. Graciela Ritto**

Doctora en Derecho con Orientación en Derecho Privado (UCES) Especialista en Derecho Civil (UNLP), Especialista en Daños (UNLZ), Especialista en contrataciones públicas (UNSAM). Profesora de Castellano, Literatura y Latín.

Coordinadora de Adquisiciones con organismos multilaterales de crédito (BIRF – BID – FONPLATA, CAF), Especialista en Procedimientos administrativos. Asesora de la Ley en Derecho Administrativo. Asesora en Daños y Derecho laboral. Se ha desempeñado como Rectora del Colegio Alemán de Temperley, Consejera Titular del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora (CALZ), Directora de la Revista del CALZ, Subdirectora del Instituto de Derecho Administrativo del CALZ.

Profesora Titular de la Asignatura “Gestión Pública” de la Escuela Superior de Prefectura Naval Universidad Nacional Marítima (2009 – 2012). Profesora del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), (2010 – 2013): Seminario de Daño Moral y Seminario de Contratos Civiles y Comerciales. Profesora del Seminario de Derecho Público del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de Lomas de Zamora (2010 – 2013)

Profesora Titular de Derecho Administrativo y Financiero – Facultad de Derecho (UAI). Profesora de Seminario de Integración I Facultad de Derecho (UAI). Profesora de Derecho Administrativo I y II Facultad de Derecho (UAI). Profesora de Derecho Administrativo I y II de la Facultad de Derecho (UNLZ)

Ha publicado los siguientes libros: *El Daño Moral y la legitimación activa* (2010) Editorial Universidad, Coautora del *Manual de Derecho Administrativo*, (2011), La Ley. Ha publicado más de 120 artículos de doctrina publicados en *La Ley* y en la *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*

Es Directora del Proyecto de investigación: El Daño Moral y la defensa del consumidor, Departamento de Investigación UCES.

### **Prof. Dr. Julián E. JALIL:**

Abogado. Doctor en Derecho con Orientación en Derecho Privado (UCES). Especialista en Derecho Civil (Universidad de Salamanca - España). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgraduado en Derecho de los Contratos UBA (Anual). Posgraduado en Derecho de la Salud en la (UBA). Posgraduado en Responsabilidad Civil en la Universidad Abierta Interamericana (Anual). Carrera Docente Completa (UBA)

Ex Socio del Estudio Jurídico Puerto Madero Consultores. (Mat. en el CPACF y el CPALM). Secretario de la Excelentísima Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn.

Profesor del Doctorado en Derecho de la UCES. Profesor Invitado en carácter de disertante en la Universidad de la Coruña (España). Profesor Invitado en carácter de disertante en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Especialización en Derecho Notarial e Inmobiliario de la UNLP. Profesor del Posgrado en Derecho de los Contratos de la UBA. Profesor de la Diplomatura en Administración de Consorcios en la UAI. Ex Profesor del Curso Profundizado de Daños y Contratos del Colegio de Abogados de la Capital Federal. Profesor designado en el Curso de Derecho de la Salud que se dicta en el CIJUSO. Ex Profesor en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor adjunto de la Universidad Abierta Interamericana. Profesor en la Cátedra de “Contratos Civiles y Comerciales” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex Profesor de la Universidad de Morón, en la



Cátedra de Derecho Civil III. Profesor de Derecho Civil I y de Derecho Civil II en la Universidad Nacional San Juan Bosco de la Patagonia.

Investigador rentado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales y de la Universidad de Morón.

Director de Proyecto de Investigación sobre “LDC y Daño Moral”.

Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

Ex Sub-Director del Curso Profundizado de Daños y Contratos que se dicta en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF-UAI). Coordinador del Posgrado de Contratos de la Facultad de Derecho de la UBA.

Autor de 5 obras jurídicas y de más de 80 artículos de doctrina publicados en revistas de la especialidad. Coautor de 5 obras jurídicas.

Disertante en diversas Jornadas y Congresos nacionales y extranjeros. Ponente en las XX, XXI, XXII y XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la UBA (2005), UNLZ (2007), Universidad Nacional de Córdoba (2009), Universidad Nacional de Tucumán (2011).

Autor de 5 obras jurídicas. Disertante en diversas Jornadas y Congresos nacionales y extranjeros. Ponente en las XX, XXI, XXII y XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la UBA (2005), UNLZ (2007), Universidad Nacional de Córdoba (2009), Universidad Nacional de Tucumán (2011).

# PARTE GENERAL

---

**ANÁLISIS DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR  
DESDE UNA PERSPECTIVA INTEGRAL, CON ESPECIAL  
REFERENCIA A LA APLICABILIDAD DEL DAÑO MORAL EN LAS  
RELACIONES DE CONSUMO**

# CAPÍTULO I: EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

---

Por Graciela RITTO

## Concepto de Daño Moral.

Conceptualizar el Daño Moral es una tarea esencial en nuestro trabajo. Es el punto de partida y de llegada hacia su reparación integral en el ámbito contractual y en el marco constitucional de defensa del consumidor.

Tal es la trascendencia del concepto que abordemos que incidirá en la problemática de su cuantificación y fundamentalmente en la legitimación activa para reclamarlo (Ritto, 2010).

Precisar en qué consiste el Daño Moral conllevará consecuencias tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable. "...Los límites cualitativos y cuantitativos del derecho del primero y la obligación de resarcir del segundo pasan por la cuestión conceptual..." (Pizarro, 2000).

La pregunta inicial sería, ¿qué es el daño? En un sentido amplio se lo identifica con la ofensa o la lesión a un derecho, a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial, y este es el alcance que se le otorga en el derecho penal y también en el derecho civil.

Los artículos 519, 1068, 1069 y 1078 del Código Civil, se refieren al daño, y el 1067 del mismo cuerpo legal expresa que no hay deber de reparar sin daño pero, no nos explica qué es el daño.

El artículo 519 establece que: "se llaman daños e intereses al valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de la misma ha debido tiempo". Parece centrarse en las consecuencias disvaliosas, en el resultado de la acción.

El Art. 1068 regula que habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.

Dicho artículo define al daño patrimonial como "perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria" y luego lo califica como directo (cuando es ocasionado en las cosas de dominio o posesión de la víctima) e indirecto (causado por el mal hecho a su persona, derechos o facultades).

El artículo 1069 distingue el perjuicio patrimonial como daño emergente (perjuicio efectivo) y lucro cesante (ganancia perdida), nociones equivalentes a las del Art. 519.

En definitiva el daño patrimonial para nuestro Código es "perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria" pero daño es sinónimo de perjuicio.

Finalmente, el artículo 1078 en su primer párrafo establece que además de la indemnización del daño patrimonial es resarcible el Daño Moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y tiene su correlato en el Art. 522 que en los casos de indemnización por responsabilidad contractual prevé que será facultativo para el juez condenar al responsable a la reparación del agravio moral.

En la redacción anterior a la Ley 17.711, el 1078 regulaba que "si el hecho fuese un delito de derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas".

Es decir, que sólo era resarcible el agravio moral si derivaba de un delito de derecho penal, la norma diferenciaba con mayor precisión el daño patrimonial y el moral, al hablar de las pérdidas e intereses en el primer caso y del sufrimiento en su seguridad personal, en el goce de sus bienes o en sus afecciones legítimas, en el segundo.

En rigor de verdad, antes de la reforma de Borda, la norma predeterminaba las circunstancias fáctico - jurídicas que daban nacimiento al agravio moral

El artículo 522 regula textualmente que “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

Hemos citado el texto normativo pero el concepto de daño es fundamentalmente un concepto doctrinario.

En una primera aproximación al tema podríamos inferir que desde la letra del código el daño es perjuicio patrimonial que se traduce en pérdidas e intereses o agravio moral y que no hay obligación de reparar sin daño.

Y que evidentemente hay una estrecha relación entre el daño y su consecuencia, la obligación de resarcir, pero no nos parece, prima facie, adecuado, definir por las consecuencias una institución de derecho.

También en un primer intento analítico podríamos considerar que el daño es una lesión, un menoscabo, a un interés jurídico patrimonial o extrapatrimonial que debe ser reparado.

Por lo cual nos referiremos, a las distintas corrientes doctrinarias que han intentado precisar el concepto de Daño Moral:

### **Daño Moral es todo daño no patrimonial.**

Un sector minoritario de la doctrina considera que la noción de Daño Moral se define por la negativa, por exclusión. Así Daño Moral es todo perjuicio que no pueda ser considerado como daño patrimonial y quienes avalan esta postura prefieren hablar de daño extrapatrimonial en lugar de moral.

Así en nuestro país lo ha definido Lloveras de Resk, En el mismo sentido se han pronunciado Demogue, Fueyo Laneri, Chartier, entre otros

Creemos que el problema de esta corriente es precisamente quitarle contenido propio a nuestro objeto de estudio y las consecuencias se han sentido durante muchos años.

Es así que se ha desvalorizado al Daño Moral, que ha sido ignorado y relegado y se lo ha mantenido durante décadas en situación de inferioridad con relación al daño material, al punto de considerar simbólica su reparación.

### **El Daño Moral se caracteriza por la naturaleza extrapatrimonial del derecho lesionado**

Para esta postura de gran predicamento en Francia e Italia, y también en nuestro país, el Daño Moral consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial, en contraposición, el daño patrimonial es pura y exclusivamente la lesión a bienes materiales (Pizarro, 2010).

Defienden esta posición, en nuestro país, Brebbia y en el derecho comparado Mazeud, H y L – Tunc, y Lalou entre otros.

Sin embargo, no podemos ignorar que muchas veces el daño a la integridad física de la persona puede generar daño patrimonial (incapacidad sobreviniente y consecuente disminución de los ingresos o pérdida de la capacidad productiva) y viceversa la lesión a un derecho patrimonial puede

generar también daño mora (incumplimiento del contrato de transporte aéreo y pérdida de tiempo de vida al quedar los pasajeros detenidos en una ciudad).

### **El Daño Moral como lesión a los derechos de la personalidad**

Es una posición muy próxima a la anteriormente mencionada, pero más restringida. Para esta concepción doctrinaria el Daño Moral es el que se produce al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad (la paz, la vida íntima, la libertad, la integridad física, etc).

Nuevamente se lo define por la negativa y además sería importante resaltar que hay otros derechos que no son los personalísimos que podrían generar Daño Moral como los derechos políticos, sociales, y de familia.

### **Doctrina que toma en cuenta las consecuencias de la acción que causa el perjuicio**

Un sector muy importante de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, siguiendo las enseñanzas de Orgaz considera que el Daño Moral debe ser definido siguiendo el mismo camino que se utiliza para determinar el daño patrimonial resarcible.

Como recordamos oportunamente, el 1067 del CC considera que el daño es el presupuesto de la responsabilidad civil (no hay obligación de reparar sin daño).

Entonces el daño moral es la consecuencia perjudicial que deriva de la lesión a un interés no patrimonial.

Consideramos representativa de esta tendencia la concepción del Dr. Pizarro sostenida en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984, en la ponencia presentada en colaboración con los doctores Zavala de González, Chiappero de Bas, Sandoval y Junjent de Sandoval: "...El Daño Moral es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial." .

Este es sin lugar a dudas el concepto de Daño Moral que reflejan la mayor parte de nuestros fallos jurisprudenciales y también el que con mayor frecuencia se emplea en la práctica profesional.

No compartimos el punto de partida, porque creemos que no se habla del significado de Daño Moral, sino de sus consecuencias, su exteriorización.

Si nos detenemos en la problemática de la exteriorización de nuestro objeto de estudio, la exposición es irreprochable. Pero aunque reconozcamos que existe una íntima vinculación entre el daño y su manifestación, no parece conveniente definir un Instituto de derecho por las consecuencias que produce ya que éstas en todo caso, serán tenidas en cuenta a los efectos de la reparación y cuantificación del perjuicio.

### **El Daño Moral como lesión a un interés jurídico espiritual**

Queremos puntualizar que compartimos las ideas de nuestro maestro, el doctor Alberto Bueres, quien brinda una concepción objetiva del Daño Moral y le otorga significado propio sin desmerecer las consecuencias provocadas por el perjuicio.

Esta concepción objetiva será para nosotros el punto de partida y de llegada en la temática que intentamos analizar: la procedencia del Daño Moral en el caso de vulneración de los derechos del consumidor.

Por ello, pensamos que es relevante citar textualmente su concepto de Daño Moral y el análisis del mismo realizado por el autor, a modo de síntesis de todas las posturas doctrinarias que hemos reseñado.

“El Daño Moral, cuando menos en una acepción primaria o pura – es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que ha de ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual).

### **El significado expuesto presenta las siguientes características**

1) Por de pronto, hemos puesto el acento en los intereses a seleccionar por el intérprete (y no en los bienes – o derechos, o en las consecuencias)

2) Estos intereses han de ser jurídicos (amparados por el Derecho). En otros términos, ha de tratarse de intereses que es de justicia reparar.

Alguna vez dijimos que la juridicidad no puede quedar reducida a la anémica o esmirriada noción de los idealistas enlazada con un derecho subjetivo, normalmente absoluto, e incluso limitado o recortado en punto a la extensión de las necesidades a satisfacer.

La juridicidad que predicamos no se detiene en la positividad de la norma, sino que apunta a todo el ordenamiento como totalidad (a todas las fuentes del Derecho como expresión de lo justo). (El resaltado nos pertenece). Va de suyo que dentro de un amplio sistema de atipicidad del daño, han de tener cabida los llamados intereses de hecho o intereses simples en tanto y en cuanto ellos sean serios y lícitos, pues el reconocimiento de dichos intereses es un reclamo de la equidad y de la solidaridad social.

3) El interés conculcado ha de ser espiritual (o extrapatrimonial). Nos apresuramos en aclarar que resaltamos principalmente lo espiritual de la necesidad que se afecta.

4) En corolario de lo afirmado precedentemente, el Daño Moral debe tener un contenido subjetivo o, con arreglo a otras miras, debe tener consecuencias espirituales. Bajo esta óptica, es aceptable que se diga que en el Daño Moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, querer y de sentir – que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial - Claro está que para algunos autores esta definición encierra el concepto de Daño Moral, mientras que nosotros pensamos que la proposición conceptualiza, al menos en una primera acepción, sólo las consecuencias – o si se prefiere el contenido – del susodicho perjuicio espiritual. [...] El daño en sentido estricto, cabal rigurosamente técnico, etcétera, es el enunciado (lesión a un interés jurídico), el hecho de que admitamos la homogeneidad entre el interés y sus repercusiones, posibilitaría con un criterio eminentemente pragmático y abreviando pasos, admitir como segunda acepción del daño la que lo conceptualiza al tenor de sus secuelas, de sus trascendidos (Bueres, 1994).

Elegimos esta concepción porque nos parece la más estricta jurídicamente y abarcativa de todas las aristas de la temática que nos ocupa. Ello, así, dado que:

- Parte de la lesión o menoscabo a un interés jurídico (no a los bienes ni derechos).

Es importante recordar que en los primeros tiempos sólo se consideraba resarcible la lesión de un derecho o de un interés legítimo.

Posteriormente se aceptó como resarcible el simple interés no contrario a derecho que fue precisado por el Dr. Eduardo Zannoni al sostener que: “el daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyere el sustento de un derecho subjetivo, es una facultad que ciertamente integra la esfera de su actuar lícito, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a un interés - cualquiera que sea éste - produce en concreto, un perjuicio” (Zannoni, 1993).

- Explicita su contenido subjetivo o espiritual
- Afirma el carácter espiritual de sus consecuencias como modificación disvaliosa del espíritu, pero sin confundir el significado del instituto con su exteriorización.

Finalmente pensamos que es indispensable diferenciar el Daño Moral del llamado por la doctrina daño a la persona.

El daño a la persona, daño corporal para los franceses, es el perjuicio causado a la vida de un sujeto o su integridad psicofísica y puede generar daño patrimonial o moral.

Por otra parte, el Daño Moral es siempre un daño a la persona pero para nuestra normativa sólo existe daño patrimonial y agravio moral que generan la obligación de reparar.

## Bibliografía

- Bueres, A. J. (1994). El Daño Moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general. Daños a la persona. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Pizarro, R. D. (2000). *Daño Moral. Prevención. Reparación Punición. El Daño Moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Ritto, G. (2010). *El Daño Moral y la legitimación activa*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Zannoni, E. (1993). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

## La Evolución Histórica del Daño Moral en la Legislación Argentina

El artículo 1078 originario del Código, derogado por la ley 17.711 regulaba que: “Si el hecho fuese un delito de derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende las indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas...”.

El artículo dio lugar a un intenso debate doctrinario en su momento y a nuestro criterio fueron los más representativos exponentes del mismo, los doctores Roberto Brebbia y Alfredo Orgaz.(Ritto, 2010)

El prestigioso doctrinario concluye luego que resulta sencilla la categorización positiva de los derechos inherentes a la personalidad, integrando tal categoría, los que tienen por objeto o finalidad la protección de los bienes personales, es decir aquellos que se adquieren o se pierden con independencia de la voluntad de las personas, no son susceptibles de ser traducidos adecuadamente en dinero y se hallan fuera del comercio jurídico.



Los derechos inherentes a la personalidad, encargados de tutelarlos, se distinguen por las siguientes características: son extrapatrimoniales (no pueden ser evaluados pecuniariamente), se adquieren y pierden con independencia de la voluntad específica de los titulares, son absolutos (en cuanto se oponen “erga omnes”), son irrenunciables, innatos, inalienables e imprescriptibles (porque los bienes que protegen se hallan fuera del comercio jurídico).

En virtud de ello, el Dr. Brebbia (1950) considera que los daños morales son aquellos daños producidos a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad, es decir que los define por la naturaleza jurídica del derecho subjetivo menoscabado por el ilícito.

Brebbia sostenía que la interpretación que restringía el derecho a recibir una indemnización por el agravio moral sufrido sólo en el caso de que hecho dañoso configurase un delito penal pretendía basar sus conclusiones en lo prescripto por los artículos 1068 y 1078 del Código Civil.

La fuente del artículo 1068 y 1078 se encuentran en el derecho Romano y han sido tenidas en cuenta por el legislador en las respectivas notas a través de las citas que efectúa de las Siete Partidas.

Y como en las leyes romanas, en especial en la Ley Aquiliana sólo se contempla el daño patrimonial, la mayor parte de la doctrina argumentaba que debía forzosamente deducirse que nuestro Código Civil exigía como regla general un agravio patrimonial para que surgiese el derecho a la reparación y que la mención al agravio moral no era más que una excepción a dicho principio general y constituía el único caso en que el agravio moral debía ser reparado.

Brebbia (1950) manifiesta que la forma en que se halla redactado el artículo 1068, no puede a su criterio restringir el concepto de daño sólo al de agravio patrimonial y piensa que la expresión “mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” es suficientemente expresiva, aun cuando se haga hincapié en las fuentes tenidas en cuenta por el legislador.

Por ello, para el destacado jurista es evidente que el concepto de daño expresado en este artículo es amplio y abarca tanto el daño patrimonial como moral.

Y lo esencial en su argumentación jurídica es la interpretación a contrario sensu del artículo 1078 original para apartarse de la solución restringida propiciada por la doctrina mayoritaria y lograr la efectiva protección de los derechos del hombre que se vinculan con su personalidad moral.

En esa inteligencia exponía que: “toda vez que el hecho de que la ley afirme en una parte que los daños morales deben ser indemnizados en los casos de delitos de derecho criminal, no significa necesariamente que niegue la procedencia de la reparación en otros supuestos. Para que tal cosa ocurriera hubiera sido necesario que el legislador estableciera la limitación de manera expresa, o bien que la misma surgiera de la confrontación de la prescripción normativa referida, con las demás disposiciones que se refieren a la materia...”. (Brebbia, 1950)

Por otra parte, señalaba que el concepto de seguridad personal como uno de los bienes cuya vulneración generaba agravio moral era más amplio que el de integridad física y lo comprendía y que además la nota de Vélez Sársfield al artículo 2312, confirmaba que en el Código Civil se hallaba reconocido como principio general el resarcimiento del Daño Moral.

En dicha Nota se expresa que: “Hay derechos y los más importantes que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando...”.

Y un argumento definitorio a favor de la tesis que defendía la reparación de los agravios morales en caso de delitos y cuasi delitos civiles era para el doctrinario, la existencia del entonces artículo 109 de la Ley de matrimonio Civil.

Dicho artículo prescribía que: "...el cónyuge que hubiera contraído matrimonio conociendo la existencia de algunos de los impedimentos establecidos en el artículo 9 y que haya producido su nulidad responderá al otro de las pérdidas e intereses, sin perjuicio de la acción criminal que corresponda. Si el daño efectivo no pudiera ser fijado, el juez apreciará el Daño Moral en una cantidad de dinero proporcionada a las circunstancias del caso..."

Este supuesto incluido en una Ley incorporada en el Código Civil era la base de la interpretación auténtica del mismo.

La interpretación amplia del artículo 1078 antes de la reforma de la Ley 17.711 fue defendida también por doctrinarios como Colmo, Lafaille, Spota, Acuña Anzorena, Colombo, Salas y Dassen.

Cierto es que de acuerdo con la interpretación literal del anterior artículo 1078 del CC, el Daño Moral sólo era resarcible cuando el hecho ilícito era además un delito de derecho criminal, cumplido ello, era indiferente si el delito era a la vez delito o cuasi delito civil (dolo o culpa) porque en cualquiera de los dos casos se trataba de un delito de derecho criminal. Y no existía resarcimiento en los delitos y cuasidelitos puramente civiles.

El otro gran exponente del debate que suscitó el alcance del artículo 1078 del CC antes de la Ley 17.711, fue a nuestro juicio, el doctor Alfredo Orgaz.

El doctor Orgaz se refirió en primer lugar a la tarea del intérprete, que era en su visión, la real divergencia relativa a la indemnización del Daño Moral en la ley.

El doctrinario cordobés pensaba (en 1967, 197) que existían dos tipos de juristas: "...el que se decide por la voluntad de la ley tal como ha sido expresada...pero se detiene ante lo que constituiría una suplantación de este pensamiento o de esa solución por sus aspiraciones particulares... y el que se empeña por introducir en la ley la solución que considera más progresista, aun ejerciendo excesiva presión sobre los textos legales..." (Orgaz, 1967)

En su postura jurídica no existían dudas acerca del alcance del artículo 1078 originario ya que la norma imponía explícitamente una condición para la indemnización del agravio moral, que el hecho fuera un delito de derecho criminal.

Asimismo explicaba que se le quería dar al artículo 1068 una significación de la que carecía, dado que el artículo se refiere expresamente al daño patrimonial ya que el moral no es por sí mismo susceptible de apreciación pecuniaria.

La norma en cuestión distingue el daño que se sufre en el patrimonio directamente (en las cosas de que se tiene dominio o posesión) e indirectamente como reflejo del perjuicio causado indirectamente a la persona, a sus derechos o facultades (daño patrimonial indirecto).

Sin embargo, admitía como aisladas excepciones a la regla general del 1078 originario, las muy particulares disposiciones de la ley de matrimonio civil, en que no siempre existía un delito de derecho criminal como presupuesto de la reparación del agravio moral.

Era, sin embargo, el Doctor Orgaz, partidario de la solución amplia y de la reforma del Código para extender la reparación del agravio moral a todos los casos de responsabilidad contractual o extracontractual.

Compartimos la postura del Doctor Orgaz, vinculada a la función del intérprete y al sentido literal del artículo 1078 originario, pero no podemos desconocer el enriquecedor aporte del doctor Brebbia a la teoría del Daño Moral y su reparación.

El Doctor Brebbia (1950, p. 15) argumentaba que: "...Es en el campo específico del Derecho Privado, donde se desarrolla la primera etapa – y, tal vez, no la menos importante – del combate que el Individuo sostiene en defensa de sus derechos inalienables...".

Y otro de sus aportes, es a nuestro criterio, reafirmar que el concepto de Daño Moral es creación de la doctrina jurídica, no definiéndose en ninguna de las legislaciones vigentes, y que la definición que se adopte como fruto de la investigación tendrá validez para todos los derechos positivos de características similares de la cultura occidental

### **Bibliografía**

- Brebbia, R. (1950). *El Daño Moral – Doctrina – Legislación – Jurisprudencia – Precedido de una Teoría Jurídica del daño*. (1a ed.). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Orgaz, A. (1967). *El Daño Resarcible (Actos Ilícitos)*. (3a ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Ritto, G. (2010). *El Daño Moral y la legitimación activa*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

## Acerca de la reparación del Daño Moral

EL Daño Moral en el Derecho romano: En una primera etapa, la noción de daño comprendía exclusivamente el daño material. Pero es importante recordar entre los delitos particulares del derecho romano, el de la injuria.

Explica Eugenio Petit que: "... Mientras que el delito reprimido por la ley Aquiliana, consiste en un atentado contra la propiedad, por dolo o por simple culpa, la injuria es un atentado contra la persona; y en la época clásica, al menos, supone esencialmente la intención de perjudicar ...La intención debe haberse manifestado por un hecho pero esta manifestación puede afectar las formas más variables: golpes, heridas, difamación escrita o verbal, violación de domicilio, ultrajes al pudor, y en general todo acto de tal naturaleza que comprometa el honor y la reputación de otro...". (Petit, 1910)

La represión de la injuria varió según las épocas. La ley de las XII tablas preveía la pena del talió por un miembro quebrado y una composición pecuniaria entre las partes, que en realidad siempre tenía lugar. El pretor reemplazó estas penas por una reparación pecuniaria vinculada con la gravedad de la injuria mediante la acción injuriarum que conllevaba además la tacha de la infamia.

En la dictadura de Sila, una ley Cornelia permitió al damnificado por la injuria elegir entre la acción injuriarum y una persecución criminal pero sólo en el caso de golpes o violación de domicilio y luego este alcance se extiende a todas las injurias.

La acción injuriarum era para la persona injuriada pero en el caso de que la víctima fuera una persona alieni iuris recaía sobre el pater familiae que tenía una doble acción: una en su nombre, otra en el nombre del damnificado. Y lo mismo sucedía respecto del marido por el insulto efectuado a su esposa.

La reparación era estimada por perjudicado y el juez podía mantener o disminuir en la condenación la suma fijada.

La acción se ejercía contra el culpable y sus cómplices y era intransmisible, extinguiéndose con la muerte del ofensor y del ofendido.

También se extinguía por el perdón de la injuria y en el caso de que el ofendido la hubiese soportado sin demostrar resentimiento.

En definitiva, si bien se trataba de una acción penal, los romanos reprimieron agravios a los sentimientos, a los legítimos afectos, y ello constituye en la actualidad lo que llamamos Daño Moral, "la lesión a un interés jurídico espiritual" (Ritto, 2010)

### Las Teorías acerca de la reparación del Daño Moral:

Teoría que niega la reparación del Daño Moral: Tuvo amplia recepción durante el siglo XIX y principios del XX. La defendieron en el Derecho Comparado: Savigny, Gabba, Baudry – Lacantinerie y Barde y en nuestro derecho, Bibiloni.

Para esta teoría el Daño Moral no es indemnizable porque ello implicaría vulnerar principios jurídicos y éticos.

### **Vulneración de principios jurídicos**

Consideraban que la reparación del Daño Moral pondría en peligro los principios de la responsabilidad civil, al indemnizar un perjuicio inexistente y con parámetros arbitrarios. Esta doctrina que sólo consideraba reparable el daño patrimonial, ámbito en el cual siempre era posible restablecer el equilibrio alterado, tuvo marcado predicamento y se basó en el materialismo a ultranza.

Vulneración de principios éticos: argumentaban además que era inmoral y escandaloso ponerle precio al dolor.

Vulneración de principios religiosos: afirmaban que la reparación del Daño Moral significaría una implícita negación del orden divino, al reducir la felicidad del hombre a valores puramente terrenales.

Tal como piensa el Doctor Pizarro (1910), Ramón: "...La consideración de estas motivaciones subjetivas a favor o en contra de tal reparación no pueden trascender el plano jurídico que tiene valoraciones y objetivos diferentes...".

En el mismo sentido y al analizar críticamente esta doctrina, el Doctor Brebbia identifica la triple función que puede cumplir el dinero cuando es entregado a raíz de la comisión de un hecho dañoso: de reparación por equivalencia, de reparación por satisfacción y como pena privada.

En el caso del Daño Moral, es indudable que la reparación tiene la finalidad de otorgar una satisfacción compensatoria al damnificado. (Aunque también ha sido considerada una pena de carácter privado impuesta al ofensor).

En esa inteligencia, el Doctor Alberto Bueres (1994) dijo que: "...El Daño Moral no es un castigo ni un resarcimiento con una cierta tonalidad represiva, ni tampoco una sanción de prevención abstracta dirigida a la sociedad; se trata de una sanción resarcitoria en las dos esferas de la responsabilidad...".

La Tesis negativa moderna: es la imperante en los países comunistas como consecuencia de una cosmovisión diferente del derecho y de la vida y donde se concebía al Daño Moral como una manifestación del espíritu burgués que todo lo valora en dinero. En los años anteriores a la caída del sistema comunista, algunos códigos receptaron el Daño Moral y su indemnización (ex repúblicas socialistas de Polonia, Yugoslavia y Checoslovaquia).

### **Teorías que reconocen la reparación del Daño Moral**

La Teoría de la pena o sanción ejemplar: la reparación del Daño Moral no constituye un resarcimiento sino una verdadera pena civil para reprochar de manera ejemplar la falta del ofensor.

Esta doctrina fue defendida por Ripert en el Derecho comparado y por Llambías en nuestro derecho.

La teoría no se basa en la protección de la víctima sino en el castigo de la conducta dolosa del autor del daño.

En rigor de verdad, la sanción como pena privada fue receptada por nuestro derecho en el artículo 1078 originario, inspirado en las enseñanzas de Aubry y Rau, que limitó la indemnización por agravio moral a los casos en que el hecho fuese un delito de derecho criminal.

En definitiva, en este caso se postulaba que los agravios morales debían producir consecuencias jurídicas relevantes cuando eran provocados dolosamente, y entonces se imponía el pago de

una indemnización a la víctima que no tenía carácter resarcitorio sino fundamentalmente sancionatorio, era una verdadera pena civil.

Esta teoría fue desautorizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1985.

La Corte en los autos “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos” (JA, 1986, IV, 624) impuso la doctrina de que el Daño Moral tiene carácter resarcitorio, el que surge de los textos legales expuestos (arts. 522 y 1078 del Cód. Civil) no teniendo que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste.

### **La teoría del resarcimiento del Daño Moral**

Es la tendencia dominante en el derecho moderno, y la postulan en el Derecho comparado Mazeud H y L. – Tunc, Chabas, Silva, Messineo, De Cupis y en nuestro derecho los más prestigiosos doctrinarios: Mosset Iturraspe, Cifuentes, Borda, Brebbia, Bustamante Alsina, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Zannoni, Pizarro, Bueres, Zavala de González, entre otros.

En palabras de Pizarro, Ramón Daniel (2000):“...Propone una solución justa y equitativa, porque pondera con criterio realista la situación de la víctima en función del menoscabo por ella experimentado...edifica el sistema en torno al daño injustamente sufrido por el damnificado, que debe ser reparado con sentido resarcitorio, provenga de conductas antijurídicas dolosas, culposas o riesgosas. Y más aún en determinados supuestos de excepción de actos lícitos...”.

En lo que se refiere al Daño Moral, el dinero cumple en la terminología de Ihering, una función satisfactoria para la víctima, de compensación de la lesión a un interés jurídico espiritual.

Los argumentos de esta doctrina del resarcimiento del Daño Moral, han sido sintetizados con precisión y claridad por el doctor Mosset Iturraspe (1999)

### **El jurista santafecino enumera los principios básicos que sustentan esta teoría, y que es importante recordar:**

- 1) El Derecho de Daños o la responsabilidad civil pertenece al Derecho Privado que no castiga al agente sino que repara a la víctima.
- 2) La mira está puesta en quien sufre el daño y no en quien lo causa.
- 3) Si bien es verdad que no es dable expresar en una suma de dinero el sufrimiento, también lo es que el dinero cumple una función satisfactoria.
- 4) La inmoralidad invocada no es tal pues no hay cambio o cesión alguna: dinero por dolor, sensación placentera por sufrimiento padecido.
- 5) El Derecho es el campo de la juridicidad y no de la eticidad.

Las consecuencias que se derivan de la concepción punitiva de la reparación y de la concepción resarcitoria:

La temática que intentamos analizar no se reduce a un debate doctrinario, la teoría que adoptemos conllevará consecuencias jurídicas, por cierto, muy diversas.

Las teorías negativas del resarcimiento del Daño Moral se basaron en el materialismo a ultranza y en principios morales y religiosos ajenos al ámbito del derecho.

Pero tuvieron en su época un auge que no podemos relativizar y nos ayudan a comprender el porqué de tantos años de discusión para aceptar al Daño Moral como lo que es, una categoría autónoma del daño patrimonial, y cuya reparación cumple una función resarcitoria.

Hubo quienes pretendieron desvalorizar o negar su entidad, defensores a vivas del daño patrimonial y de la filosofía mercantilista pero el Derecho de Daños moderno llamó a las cosas por su nombre, teniendo como pilares la solidaridad, la equidad y fundamentalmente “la protección de la persona”.

Para los partidarios de la doctrina de la sanción ejemplar, sólo aquellas conductas a las que pueda atribuirse dolo generan tal sanción que es un correctivo ejemplar como sostenía Llambías y la determinación cualitativa y cuantitativa del Daño Moral depende de la gravedad de la falta.

Como consecuencia, esta doctrina de la sanción ejemplar considera que la pena es personalísima y por ende, insusceptible de ser transmitida a los herederos.

Para los postulantes de la teoría resarcitoria cualquier acto ilícito (doloso, culposo o riesgo) o lícito puede generar un menoscabo a un interés jurídico espiritual y la cuantificación del resarcimiento depende de la gravedad objetiva del daño causado y de las circunstancias del caso.

Cabe señalar que el Daño Moral es resarcible aunque el factor de atribución sea el riesgo creado y aunque el obligado no sea el autor, sino otro a quien no es imputable culpa relativa al daño.

Y en lo relativo a la legitimación activa para reclamar la indemnización, son titulares de la acción los sindicados taxativamente como tales en el artículo 1078, reformado por la ley 17.711, siendo indiferente el número de damnificados y el hecho de que algunos hayan sido indemnizados o no y la acción se transmite a los herederos, sólo si la víctima la inició en vida.

Va de suyo que compartimos la tesis resarcitoria propia del rol del nuevo Derecho de Daños orientado a lograr la eficaz protección de la persona.

La tesis mixta: ha sido defendida por Acuña Anzorena, Salas y Morillo en nuestro derecho.

Es una postura ecléctica que analiza la cuestión desde dos visiones, la de víctima a la que hay que reparar y la del agente que merece punición. La reparación al ser pagada por el agente lo castiga.

Se intenta conciliar teorías opuestas conceptualmente y que producen efectos jurídicos absolutamente disímiles.

El debate analizado aún permanece vigente en el ámbito de los tribunales, sin olvidar que durante la década del setenta, la mayoría de la jurisprudencia estaba a favor de la sanción ejemplar y sin desconocer, que aun cuando el Derecho de Daños consagra el resarcimiento en la actualidad, los resabios de la teoría de la punición siguen presentes en muchos fallos.

## Bibliografía

- Acuña Anzorena, A. (1963). *Estudios sobre responsabilidad civil*. La Plata: Platense.
- Brebbia, R. H. (1950). *El Daño Moral – Doctrina – Legislación – Jurisprudencia – Precedido de una Teoría Jurídica del daño*. (1a ed.). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.



- Bueres, A. (1994). El Daño Moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general. Daños a la persona. *Revista de Derecho privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- García López, R. (1990). *Responsabilidad civil por Daño Moral*. Barcelona: Bosch.
- Mosset Iturraspe, J. (1999). *Responsabilidad por Daños – Tomo V – El Daño Moral*. (1a ed.). Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Petit, E. (1910). *Tratado Elemental de Derecho Romano – Segunda Parte*. (3a ed.). Buenos Aires: Valerio Abeledo, Editor Librería Jurídica.
- Pizarro, R. D. (Febrero 2000). Daño Moral – Prevención. Reparación. Punición. El Daño Moral en las diversas ramas del derecho. Buenos Aires: Hammurabi.
- Ritto, G. (2010). El Daño Moral y la legitimación activa. Buenos Aires: Editorial Universidad.



## Daño Moral Contractual y Extracontractual

El Código Civil consagra un doble régimen de responsabilidad: la originada en el incumplimiento obligacional (arts. 505 a 514, 519 a 522, 622 y concordantes) y la Aquiliana (arts. 1066 y siguientes, 901 y concordantes, siendo las diferencias fundamentales la extensión del resarcimiento y el plazo de prescripción liberatoria.

En lo que interesa a nuestro objeto de estudio, el Código trata del Daño Moral contractual en el artículo 522 y del extracontractual en el 1078.

En el ámbito contractual o de incumplimiento obligacional, el artículo 522 prescribe que: "... En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso...".

En el ámbito extracontractual, el artículo 1078 regula: "...La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral causado a la víctima...".

Mosset Iturraspe (1999) reflexiona acerca de los dos regímenes de responsabilidad y afirma que en el artículo 1078 hay una responsabilidad con base legal, genérica y abstracta que el juez debe aplicar probado el daño y en el artículo 522, la responsabilidad tiene base judicial en la equidad y es facultativo para el magistrado condenar o no el Daño Moral.

La responsabilidad Aquiliana tiene su fundamento en el principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*) de base constitucional.

### Las dos corrientes de interpretación del artículo 522 del Código Civil

**La tesis amplia:** es partidaria de reparación de todo Daño Moral existente o demostrado.

El podrá del artículo 522 carece de sentido (Bueres), o bien debe leerse como podrá si no está probado pero deberá si el Daño Moral se demuestra (Brebba). No puede ser entendido como una facultad discrecional (Trigo Represas). (Mosset Iturraspe, 1999).

Requisitos para la procedencia de la indemnización: la existencia de un contrato válido, un incumplimiento de las obligaciones emergentes del mismo, el factor de atribución de responsabilidad objetivo o subjetivo que haga imputable el incumplimiento del deudor, la relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento y el daño y un Daño Moral resarcible.

En lo relativo a la prueba se enfatiza que debe ser acreditado debidamente por la víctima o bien procede cuando resulta notorio según Bueres.<sup>1</sup>

**La tesis restringida:** El podrá atiende a la potestad del magistrado y reconoce su origen en el Código suizo de las obligaciones (arts. 47 y ss.).

En esta corriente están los que alegan que el Daño Moral debe ser grave en su intensidad, los que defienden la prueba indubitable, los que no reconocen el dolor contractual sino los daños a

<sup>1</sup> (Jornadas Nacionales de Derecho Civil de San Juan, 1984).

la persona, los que postulan la sanción mixta (sanción al ofensor y reparación para el damnificado) y entonces exigen culpa grave o dolo para hacer lugar a la indemnización.

Incorporan así exigencias que no se derivan de la norma: gravedad del sufrimiento, prueba del dolo, intensidad para negar las simples molestias y dar lugar a las molestias más profundas (Ritto, 2010).

Para esta concepción la sentencia que hace lugar al Daño Moral contractual no sería declarativa sino constitutiva del derecho, y este carácter constitutivo de la sentencia está íntimamente vinculado a la sanción ejemplar.

Al respecto, Llambías, que es uno de los máximos defensores de la sanción ejemplar, discute que: "...Es interesante poner de relieve la fórmula muy apropiada del art. 522" (Llambías, 1973).

No determina una automática indemnización de todo Daño Moral proveniente de un contrato... En esa locución son importantes:

- 1) el podrá que remite a la prudencia y discreción del juez,
- 2) el condenar que aclara el sentido punitivo y no resarcitorio que en esa situación tiene la sentencia.
- 3) la mención del agravio moral que ciñe el pronunciamiento al Daño Moral intencionado o proveniente del dolo del deudor,
- 4) el causado que indica la necesidad de que el dolo del deudor sea la causa eficiente de la lesión. No se trata pues de medir o ponderar un daño, sino de apreciar la gravedad de una falta a fin de graduar, justamente, es decir con justicia, la importancia de la pena a que el deudor se ha hecho merecedor...".

### **Daño Moral por incumplimiento obligacional o contractual**

Ya nos detuvimos en los presupuestos de su configuración pero es menester resaltar que debe existir una obligación preexistente emanada de un contrato válido (no viciado de nulidad) o de otra fuente obligacional.

Pizarro (2000) insiste en que en la llamada órbita contractual es más amplia de lo que parecería y por analogía abarca otros supuestos, así la doctrina admite que se apliquen sus preceptos en materia de actos jurídicos unilaterales entre vivos, de contenido patrimonial, involucrando a las obligaciones emergentes de la voluntad unilateral y a la gestión de negocios, regida por las acciones del mandato, en la medida de la utilidad de la actividad.

### **La legitimación activa para reclamar Daño Moral contractual:**

Es el acreedor, en principio, el único titular de la acción resarcitoria como consecuencia del principio de la relatividad de las convenciones (arts. 503, 1195 y concordantes).

En definitiva, el artículo 522 del CC consagra la reparación del Daño Moral en materia obligacional.

La doctrina discute el alcance del rol del juez que prescribe la normativa y pensamos siguiendo a Pizarro (2000) que la función del magistrado es la misma, tanto en los actos ilícitos como en el incumplimiento contractual.

En este sentido reflexiona el prestigioso jurista citado precedentemente que: “No alcanzamos a comprender por qué en materia contractual el rol del juez debe ser de equidad y en la órbita Aquiliana de justicia...La equidad (valor fundado) es uno de los caminos que permiten llegar a la justicia (valor fundante) pero no el único. Está también la seguridad, que no puede ser soslayada en esta materia...”.

Creemos que el Daño Moral derivado de un ilícito contractual o extracontractual debe recibir el mismo tratamiento por el ordenamiento jurídico si la responsabilidad civil se basa en el damnificado y en este orden de ideas se expidió el despacho final de las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984.<sup>2</sup>

Asimismo han adoptado esta línea de pensamiento jurídico, los proyectos de reforma del Código Civil de 1987, el proyecto de la Comisión de Legislación General (con sanción de la Cámara de Diputados) y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1992. (La indemnización comprende el Daño Moral).

Y en rigor de verdad, esta es la jurisprudencia dominante en la actualidad, que se concreta aún más en las relaciones de consumo, en las que impera el principio de la interpretación pro consumidor (art. 3º de la ley 24.240).

En este ámbito, el doctor Carlos Alberto Ghersi y la doctora Celia Weingarten argumentan que: “...La Ley del Consumidor en el artículo 40 establece precisamente a través del daño causado por el riesgo y vicio del bien o servicio, la unificación del campo contractual y extracontractual, incorporando además a los obligados a la reparación en forma solidaria, a la cadena de producción / comercialización...” (Ghersi, Weingarten, 2008)

## **El Daño Moral extracontractual**

El acto ilícito es la vulneración del deber de no dañar a las personas, en sí mismas o en sus bienes, *neminem laedere*.

Pero al decir de Mosset Iturraspe: “No es verdad que baste o sea suficiente para responsabilizar al agente del daño causado; es preciso además que ese daño sea el resultado del obrar antijurídico...” (Mosset Iturraspe, 1999).

Existe un deber de no dañar a otro consagrado en el artículo 19 de nuestra Carta Magna, y por supuesto el daño es un presupuesto de la responsabilidad civil y la antijuricidad es otro de los presupuestos, concurrente pero distinto al daño.

De conformidad con la redacción del artículo 1078 de la ley 17.711, para la procedencia de la indemnización del Daño Moral es suficiente un ilícito civil, ya no un delito de Derecho Penal como en la etapa anterior a la reforma de Borda.

El ilícito civil puede ser o no un delito de derecho criminal, tampoco es necesario que se trate de un ilícito intencionado, realizado con ánimo de perjudicar, un delito (art. 1072). Tanto en el delito como en el cuasidelito (art. 1109) corresponde la reparación del Daño Moral.

El 1078 del CC, tanto en su formulación originaria como en la vigente, concuerda con lo regulado por el artículo 29 del Código Penal.

El art. 29 de dicho cuerpo normativo dispone que: “...La sentencia condenatoria podrá ordenar:

---

<sup>2</sup> (Zavala de González, Bueres, Vázquez Ferreyra, Gabriel Stiglitz, Chiappero de Bas, Sandioval Luque, Junjet de Sandoval y Pizarro).

- 1) La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.
- 2) La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un 3º, fijándose el monto prudencial por el juez en defecto de plena prueba.
- 3) El pago de las costas...”.

Mosset Iturraspe (1999) enuncia para ejemplificar, hipótesis comunes de ilícitos generadores de Daño Moral: el homicidio, las lesiones, el secuestro o privación ilegítima de la libertad, los ilícitos contra la honestidad, los ilícitos contra el honor, los ilícitos contra los bienes que componen el patrimonio, la bigamia, la utilización indebida del nombre, la violación de la imagen, los accidentes deportivos, la concurrencia desleal, las actividades bancarias, las actividades industriales, las actividades profesionales, los accidentes ferroviarios o de tránsito, la vulneración del derecho de autoría y personalidad artística, la violación de la intimidad, la desaparición de cadáveres, entre otros.

En lo que se relaciona con la responsabilidad objetiva, las VII Jornadas de Derecho Civil de 1979, en una de las recomendaciones formuladas declararon que eran reparables los daños morales originados en el riesgo de la cosa.<sup>3</sup>

Hemos abordado la problemática del Daño Moral contractual y extracontractual, por lo que pensamos que es oportuno ahora referirnos a los presupuestos del Daño Moral resarcible que son comunes a ambos regímenes de responsabilidad.

### Los requisitos del Daño Moral resarcible

En opinión del destacado jurista Pizarro que compartimos, el Daño Moral debe ser cierto, personal – aunque no necesariamente exclusivo – del damnificado y derivar de la lesión a un interés jurídico o espiritual (Pizarro, 2000).

**a) La certeza del daño:** enseña el doctor Zannoni que la certidumbre del daño se relaciona con la consecuencia que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado. La certeza implica la existencia, aun cuando no pueda determinarse la cuantía más que aproximadamente. Es importante recordar que en general y sobre todo en el ámbito de la responsabilidad Aquiliana, la existencia se tiene por acreditada in re ipsa por la sola circunstancia del hecho ilícito y la legitimación activa para reclamar (Zannoni, 1993).

**b) Daño Moral actual y futuro:** el Daño Moral no es el dolor, la pena, la angustia que constituyen su exteriorización sino el menoscabo a un interés jurídico espiritual que tiene un contenido estrictamente subjetivo o espiritual. Dicha lesión puede existir aun cuando falte comprensión por parte del damnificado (Daño Moral de las personas sin discernimiento). En función de ello, es indudable que el Daño Moral puede proyectar sus efectos hacia el futuro (ceguera, hemiplejía, impotencia sexual).

Ese Daño Moral futuro es cierto e indemnizable. Y en lo relativo a la pérdida de chance al decir de Pizarro la doctrina moderna admite el valor económico o espiritual que en sí mismo tiene la existencia de la chance que puede provocar un menoscabo derivado de su pérdida. Zavala de González reconoce que nada impide la existencia de chances espirituales que el hecho malogra y que hacen al bienestar e integridad espirituales, en sentido amplio. (Pérdida de chances matrimoniales para el hombre o la mujer o imposibilidad de mantener relaciones sexuales o sociales derivadas de lesiones a la integridad psicofísica) (Zavala de González, 1993).

<sup>3</sup> (Bustamante Alsina, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Kemelmajer de Carlucci, Menvielle de Carena y Brebbia).

**c) Subsistencia del daño:** el daño debe subsistir al momento de dictarse la sentencia y esta exigencia está directamente vinculada con la certidumbre.

### **El carácter personal de la acción**

El requisito de la personalidad del daño resarcible implica que sólo la persona que sufre el perjuicio moral, de manera directa o indirecta puede petitionar la reparación.

El Daño Moral puede ser directo o indirecto. Es directo cuando el titular del interés lesionado es el damnificado y es indirecto cuando el perjuicio propio alegado por el accionante deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extramatrimoniales de un tercero (caso del homicidio en el que la viuda y los hijos del muerto que son damnificados indirectos pueden reclamar iure proprio la reparación del Daño Moral de acuerdo con el art. 1078).

También vinculada con el carácter personal de la acción es la supuesta intransmisibilidad de la acción a terceros por actos entre vivos, salvo que la víctima la hubiera deducido y que merece un capítulo aparte en su análisis.

Otra arista muy importante en la vida moderna, es la de los daños colectivos (daño ambiental, por productos elaborados).

En estos supuestos el perjuicio no deja de ser propio del damnificado aunque el hecho generador haya extendido la lesividad a un número indeterminado de personas y para reclamar quien pretende la indemnización tiene que invocar el carácter personal que tiene el daño Pizarro, 2000).

### **La transmisión de las pretensiones “mortis causa**

Explica el doctor Alberto J. Bueres (1999) que el art. 1078 sienta el carácter personal de la acción para reclamar el Daño Moral en vida de la víctima – sin defecto de lo dispuesto por el art.1080 y además si sobreviene la muerte de ésta sólo los herederos forzosos – según la norma – pueden solicitar el resarcimiento por derecho propio y en calidad de damnificados indirectos.

Luego afirma el eximio jurista, que de todas maneras, si la víctima inicia la acción en vida, hay criterio formado acerca de que dicha acción puede ser continuada “iure sucessionis” por sus herederos en general (forzoso y no forzoso, legítimo o testamentario) e inclusive por sus sucesores universales no herederos (legatario de cuota, nuera, viuda).

Agrega que la cuestión mencionada precedentemente fue decidida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, en un fallo plenario de fecha 7/3/77, en los autos “Lanzillo, José A. c. Fernández Narvaja, Claudio”, en el que la mayoría de los jueces que votaron en plenario se inclinó por la buena doctrina, al entender que la acción en curso puede ser continuada por los herederos en general, para lo cual se adujo que el art. 1099 debía ser aplicado en forma analógica.

En dicho fallo plenario se sostuvo que: “La acción en curso por reparación del Daño Moral puede ser continuada por sus herederos”.<sup>4</sup>

### **La prueba del Daño Moral:**

Los doctores Carlos Alberto Gherzi y Celia Weingarten (2008, 256) exponen que el Daño Moral debe ser, en principio, probado por quien pretende haberlo sufrido, salvo cuando se presenta

<sup>4</sup> (ED, 72, 320).

como un hecho notorio y evidente (el de la cónyuge y los hijos del causante) en cuyo caso no se requiere prueba específica, pues es obvio y debe presumirse.

Agregan que el dolor experimentado por el padre por la muerte de un hijo o la lesión invalidante que se prolongara durante toda la vida no requiere prueba específica, a partir de la acreditación del hecho se infiere la existencia del Daño Moral y ello suele acontecer en el círculo más íntimo o de parientes cercanos del fallecido, lo que no impide que otras personas puedan invocarlo; pero en este último supuesto se tratara de una cuestión de prueba porque el daño no se presume y exige una demostración de su existencia.

A más de ello, explican que sin perjuicio de que el Daño Moral surge por vía de presunciones pueden incorporarse otros elementos probatorios directos para acreditar un daño mayor al que normal y ordinariamente se produce en un determinado evento (el fallecimiento de un hijo único o tardío cuando la madre ya no puede procrear o la muerte simultánea de varios hijos) y le corresponderá al sindicado como responsable demostrar la existencia de circunstancias que excluyan la posibilidad de un dolor moral o de una menor intensidad resarcitoria.

## Bibliografía

- Bueres, A. J. (1999). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, 3 A. Buenos Aires: Hammurabi.
- Ghersi, C.; Weingarten, C. (2008). *Tratado de Daños Reparables – Tomo I – Parte General*. (1a ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci, A. R. (1994). Sirve al Derecho argentino la creación pretoriana de la justicia italiana. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1.
- Llambías, J. A. (1973). *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I. Buenos Aires: Perrot.
- Mosset Iturraspe, J. (1999). *Responsabilidad por Daños – Tomo V – El Daño Moral*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Pizarro, R. A. (2000). *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El Daño Moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Ritto, G. (2010). *El Daño Moral y la legitimación activa*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Zannoni, E. (1990). *La responsabilidad por el no reconocimiento espontáneo del hijo*. Buenos Aires: La Ley.
- Zannoni, Eduardo. (1993). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Zavala de González (1993). *Resarcimiento de Daños*, t 2 a, (2a ed.). Buenos Aires: Hammurabi.



## **La cuantificación del Daño Moral:**

El problema de la cuantificación del Daño Moral deriva sin lugar a dudas de la concepción que se adopte sobre este Instituto y de los prejuicios que con andamiaje filosófico lo limitaron durante siglos.

Así, si se sigue la doctrina de la sanción ejemplar, la indemnización se establecerá en virtud de la culpa o dolo del responsable.

Si en cambio, el criterio es el de resarcimiento, la cuantificación se realizará de manera más objetiva, teniendo en la mira el contenido del daño y no la conducta del lesionado.

Si se parte de valorarlo vinculado con el daño patrimonial será un porcentual del mismo y quizás una suma casi simbólica.

En función de lo expuesto, intentaremos realizar una descripción de los distintos criterios de valoración, para luego exponer la postura del Dr. Zannoni, en un fallo ejemplar, a nuestro juicio, que actualizado con los lineamientos de las últimas Jornadas de Derecho Civil del año 2007, otorgaría uniformidad de criterios para la cuantificación.

### **1- La doctrina que valora el Daño Moral por su relación con el daño patrimonial:**

El doctor Pizarro, Ramón D. (2000) expone que para una posición hoy superada, el Daño Moral debía determinarse en función de la cuantía del daño patrimonial.

Esta doctrina parece soslayar que existen actos ilícitos que sólo producen menoscabo patrimonial y a la inversa, en otros supuestos el perjuicio patrimonial puede ser ínfimo o inexistente y el moral ser de entidad.

La jurisprudencia mayoritaria se inclina por rechazar esta doctrina, señalando que el Daño Moral no tiene por qué tener relación con el patrimonial.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Paddu, Julio c. Jorge Sequenza S.A". (JA, 1987, IV, 528).

### **2- La doctrina que valora el Daño Moral en función de criterios subjetivos del juzgador:**

En esta variable, la determinación del agravio moral es definida por el criterio subjetivo y discrecional del juez en el caso concreto.

Según Pizarro (2000): "Esta línea de pensamiento ha sido defendida principalmente por sectores partidarios de la doctrina de la sanción ejemplar...".

Por cierto la estimación debe realizarla el juez pero la cuestión no puede quedar librada a su exclusiva subjetividad.

### **3- La doctrina que valora el Daño Moral en función de la gravedad de la falta cometida por el responsable :**

Proponen esta estimación los partidarios de la sanción ejemplar, a la que nos hemos referido anteriormente y que fue dominante en nuestra jurisprudencia en la década del setenta.

Para esta posición, enuncia Pizarro (2000): "...Cuanto más grave sea el reproche que pueda formularse al autor del daño (v.gr. en razón de mediar dolo en su conducta o culpa grave), mayor será el monto de la pena que se mande a pagar...".

Esta tendencia, hoy superada, rechazaría la reparación del Daño Moral en caso de que el perjuicio provenga del riesgo creado por una cosa o de una actividad riesgosa, dado que en este ámbito la imputación es objetiva.

#### **4- La doctrina que valora el Daño Moral en función de la gravedad objetiva del perjuicio causado:**

Esta corriente proclama la necesidad de atender a la gravedad objetiva del daño causado y es la dominante en la doctrina actual.

Alberto Bueres en su ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, 1984, afirmó que: "... El Daño Moral no es una pena ni una forma de resarcimiento que presenta una connotación retributiva, ni una sanción de prevención abstracta dirigida a la sociedad. Se trata pues de una típica sanción resarcitoria... punto 3º La indemnización del Daño Moral permite que la víctima logre una ventaja, una fuente de satisfacción o placer que alivia o consuela (confort, solace), otorgando un bienestar al afligido (Atiyah, Pagliani, Levin)...".

El doctor Pizarro (2000) dice que para la determinación del Daño Moral deberán computarse entre otros aspectos: la personalidad de la víctima (edad, sexo, condición social, su particular grado de sensibilidad) ; si el damnificado es directo o indirecto y en este último caso su vínculo con la víctima, la índole de las lesiones sufridas, la posible influencia del tiempo, la personalidad de quien lo produjo y su ascendencia en la víctima, la divulgación del hecho, la gravedad del padecimiento espiritual, la realidad económica del país al dictarse la sentencia...".

#### **5- La doctrina que pondera la gravedad de la falta y la entidad objetiva del daño:**

Es la concepción de la tesis mixta de la escuela platense que toma como parámetro además de la entidad objetiva del daño, la falta cometida por el ofensor.

La indemnización puede elevarse más allá del perjuicio sufrido, cuando exista dolo o culpa grave del ofensor o viceversa, disminuirse, como consecuencia de ser una reparación punitiva.

#### **6- Formas de la reparación del Daño Moral:**

Existen dos formas de reparación del Daño Moral: en especie o in natura y por equivalente y están reguladas en el artículo 1083 del CC.

El art. 1083 del CC prescribe que: "...El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero..."

La reparación in natura es una obligación, primordialmente de hacer, que tiene por fin volver las cosas al estado anterior al que se hallaban antes de ocurrir el perjuicio.

En cuanto al dinero, ya vimos que tiene una función de equivalencia en el daño patrimonial y asume una función satisfactiva en la hipótesis de Daño Moral



Según lo relata Pizarro (2000), nuestro codificador se inclinó por el sistema de la reparación del perjuicio mediante una indemnización pecuniaria que fijaría el juez, salvo el caso que fuera posible la restitución del objeto que fuera materia del delito y las raíces del anterior art. 1083 se remontaban al Derecho romano y al Derecho francés.

A su vez, la ley 17.711 se basó en el art. 249 del Código alemán, en el art. 2058 del Código italiano y en la Recomendación del III Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961.

Llambías, Zannoni, Trigo Represas, Pizarro, entre otros, sostienen que el art. 1083 estableció una obligación alternativa irregular (art. 635 del CC), por la cual el acreedor opta por la forma y el modo de la reparación: en especie (salvo que sea imposible o implique un ejercicio abusivo del derecho) o por equivalente.

Sin lugar a dudas, la reparación pecuniaria es la predominante en la vida de tribunales.

Para Mosset Iturraspe (1994), la reparación in natura tiene que ir acompañada de una reparación en dinero, integrando una especie de sanción mixta, de lo contrario sería un mero paliativo y no una reparación integral.

En el mismo sentido, Pizarro (2000) afirma que las dos formas de reparación no son incompatibles entre sí y que en materia de publicaciones inexactas o agravios, los tribunales suelen imponer además de la publicación de la sentencia o la retractación, el pago de una indemnización.

La reforma de nuestra Carta Magna de 1994 incorporó también la reparación in natura del daño ambiental al establecer en el art. 41 que: "...El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley...".

Asimismo el artículo 30 de la ley 25.675 se refiere a la legitimación en materia de recomposición y reparación del daño ambiental producido, indicando para la recomposición, los mismos legitimados del art. 43 de la Constitución Nacional y reconoce acción de recomposición al Estado Nacional, provincial o municipal y para la acción de recomposición o de indemnización pertinente le otorga legitimación a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso.

Además debemos puntualizar que la indemnización del Daño Moral se rige por los principios generales de la reparación, según se trate de responsabilidad contractual o aquiliana.

En la responsabilidad contractual, es resarcible el Daño Moral que es consecuencia inmediata y necesaria del perjuicio y si el incumplimiento es doloso la obligación de indemnizar se extiende a las consecuencias mediatas.

En responsabilidad extracontractual, es resarcible el Daño Moral que resulte consecuencia inmediata y mediata previsible del hecho ilícito.

## **7- El Daño Moral limitado por la cuantía del reclamo del damnificado:**

### **a) Una solución pragmática que responde a los principios de reparación integral del daño**

Fallo de la Sala "F" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: Autos: "Ala Claudio Salvador c/ Lim Chae Hong y otro s/Daños y Perjuicios:

Hechos: La víctima de un accidente de tránsito cuyo rodado fue colisionado por un automotor que no se detuvo a pesar de que la señal lumínica así lo exigía, promovió demanda contra el propietario del automóvil embistente. El juez de primera instancia condenó al propietario del automóvil embestidor.

Ambas partes apelaron. La Cámara confirmó el decisorio de primera instancia pero elevó el monto de la condena en concepto de incapacidad sobreviviente, física y psíquica.

**b) La postura de la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala F, en lo relativo a la cuantificación del Daño Moral:**

A esta altura de nuestro trabajo, nos parece relevante resaltar la solución adoptada por la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala F, a los efectos de cuantificar el Daño Moral, temática que ha sido y sigue siendo objeto de amplios debates doctrinarios y de las recientes XXI Jornadas de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, en septiembre de 2007.

Y si bien con el tiempo se ha abandonado la tesis de que el Daño Moral por ser inconmensurable no es indemnizable en dinero, porque el dolor no se tarifa ni se paga, o lo es a través de sumas simbólicas, o con carácter punitivo, y la doctrina es conteste en admitir hoy, la reparación plena o integral del daño injustamente causado, lo cierto es que no existe uniformidad de criterios para establecer el quantum de dicha indemnización, que queda librada a la discrecionalidad judicial.

Nos acompaña la convicción de que dicha discrecionalidad está unida a la prudencia y a la equidad, pero no podemos ignorar la disimilitud de soluciones judiciales para casos análogos en lo que a cuantificación del Daño Moral se refiere. Por ello, deseamos destacar la solución de la Cámara en el caso que nos ocupa.

Sostiene la Cámara que: "...Distinto es el temperamento a adoptar en cuanto al resarcimiento del Daño Moral, que es estimable en consideración a los dolores y padecimientos del damnificado a partir del accidente sufrido, el tiempo de convalecencia hasta su restablecimiento y las demás repercusiones anímicas que provocaron las lesiones inferidas, si bien no es susceptible de prueba directa... Por esta razón la Sala ha resuelto en diversos precedentes que, a diferencia de lo que acaece en los supuestos de daños materiales o a la persona, cuya entidad se determina por peritos, **la apreciación de la intensidad de los padecimientos que produce el Daño Moral en el damnificado está limitado por la cuantía del reclamo ya que es la víctima quien, mejor que nadie, está en condiciones de mensurar el dolor, la aflicción o los padecimientos que ha tenido a raíz del hecho...** La cuantificación queda librada al criterio prudente de los magistrados cuando la estimación del reclamante parece exorbitante, y es en ese caso que los jueces deben computar la entidad y la magnitud de la lesión o agravio en función de las proyecciones de la persona en sus esferas existencial y psíquica, de sus padecimientos, de su dolor físico, de sus miedos, angustias y sufrimientos...".

Una solución salomónica que responde al criterio de la reparación integral del Daño Moral, dado que por ser un daño extrapatrimonial, nadie mejor que la víctima para valorar los padecimientos sufridos de acuerdo con las particularidades del caso, su realidad existencial y su personalidad, de allí que el Tribunal sostenga que la apreciación del Daño Moral está limitado por la cuantía del reclamo.

Y sólo en el supuesto de que dicha reclamación fuese exorbitante, la cuantificación queda librada al criterio prudente de los jueces, de conformidad con los parámetros enunciados por la Cámara, que no son otros que los que la doctrina mayoritaria sostiene desde hace años.

Y podríamos preguntarnos si la sentencia está fundada y afirmamos que por supuesto lo está, ya que tiene en cuenta los padecimientos del damnificado a partir del accidente sufrido, el tiempo de convalecencia hasta su recuperación y las demás repercusiones anímicas provocadas por las lesiones y valoriza la cuantificación del daño, basándose en el reclamo del damnificado, que además es razonable, y por ello reconoce el resarcimiento del Daño Moral en \$ 5.000 que era la suma estimada por el actor, víctima de lesiones.

Y ante el temor de que los reclamos fuesen exagerados, la única alternativa posible, sería entonces la discrecionalidad judicial para morigerar la indemnización.

Se resuelve desde lo pragmático un debate que no parece tener fin, al que nos hemos referido precedentemente, y que de ser imitado podría ser el camino a la reparación integral del daño, sin caer en las propuestas tarifadas, que lejos están de los principios constitucionales y del espíritu del derecho de daños.

**c) La postura del Dr. Mosset Iturraspe muy cercana a la solución arribada:** El Dr. Jorge Mosset Iturraspe (1994), ha hablado de reglas para cuantificar el Daño Moral que intentaremos sintetizar:

En este sentido, el destacado jurista nos habla de: “ a) Un piso flexible: la indemnización no debe ser tan baja, tan insignificante que aparezca como una indemnización meramente simbólica y cada Juez sabrá cual es su piso flexible. b) Un techo prudente: ni tan elevada que parezca extravagante y lleve a un enriquecimiento injusto, a una situación que nunca se gozó. Entonces la idea se aproxima a otro criterio de flexibilidad, **“que tenga piso, que tenga techo, que tenga razonabilidad”**. c) Dentro del contexto económico del país d) Una prueba convincente, firme y clara. e) Capacidad morigeradora del Juez: el 1069 le permite al Juez morigerar que quiere decir bajar, pero también aumentar, depende de las circunstancias del caso. f) Criterio de equidad y las circunstancias particulares. g) Necesidad de consenso: se aconseja el uso de la informática, no la uniformidad, para establecer una especie de estadística donde se vayan catalogando los daños morales más comunes. h) Seguridad y predecibilidad de los fallos: tenemos que predecir cuanto nos darán los jueces por nuestros daños morales, los que estamos haciendo objeto de la pretensión. La seguridad está en la predecibilidad. 1i) Coherencia de las decisiones: una misma indemnización para casos similares...”.

En definitiva, las reglas que nos proporciona Mosset Iturraspe constituyen una importante guía a los fines de cuantificar el Daño Moral y resaltan la labor del abogado, que es el que tiene que acercar al juez los hechos, las pruebas que fundamenten el reclamo y el juez al decir el derecho empleará un criterio de flexibilidad en la determinación del quantum: **“que tenga piso, que tenga techo, que tenga razonabilidad”**.

La propuesta del excelente jurista santafesino se acerca mucho a la solución instada por la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala F, ya que se aproxima al logro del objetivo de la seguridad y predecibilidad de los fallos.

La Cámara también emplea un criterio de flexibilidad: **“la apreciación del Daño Moral está limitada por la cuantía del reclamo”** (techo de la indemnización) y ese criterio lleva implícita la necesidad de razonabilidad dado que si es exorbitante es el juez el que debe computar la entidad y magnitud de la lesión.

Y es precisamente, este criterio subjetivo o en concreto, el que adopta el Tribunal en el fallo que nos ocupa al sostener que nadie mejor que la víctima está en condiciones de mensurar el dolor que ha padecido.

Y ello, sin apartarse de las otras pautas directrices elaboradas por la doctrina como la razonabilidad y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando hace especial hincapié en la fundamentación de los jueces.

Como sostiene la doctora Zavala de González (1998), la reparación de los daños espirituales, debe ser justa en la medida posible, llegando a una indemnización realmente compensatoria, sin que existan diferencias irritantes entre montos indemnizatorios para víctimas de daños similares.

El criterio plasmado en el fallo marca un iter a seguir en esta temática al que debería sumarse la elaboración de tablas comparativas de antecedentes judiciales sobre los daños morales más comunes,

y este camino conduce sin lugar a dudas a la reparación integral del Daño Moral, cumpliéndose el imperativo constitucional del art. 19 de la Constitución Nacional.

#### **8- Las críticas al criterio de cuantificación limitado por el reclamo del damnificado.**

Los doctores Ghersi y Weingarten (2008, 237) citan un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, que sostiene que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que el límite para fijar la indemnización del Daño Moral es la suma solicitada en el escrito inicial, pues nadie mejor que los damnificados para estimar la extensión, en los autos: “A.L.E. c /García Raúl Oscar y otros s/daños y perjuicios (3/10/2007).

Al respecto, los prestigiosos doctrinarios manifiestan (2008, 237) que: “No coincidimos con este criterio de limitación, ya que la estimación pericial por el Daño Moral puede ser mayor y en consecuencia ello debe reflejarse en el quantum y por otra parte durante el pleito pueden agravarse las lesiones a los sentimientos como proceso dinámico y evaluarse un porcentaje distinto por el perito al reclamado en la demanda. **Entonces esta limitación debe entenderse en tanto y en cuanto el porcentaje de incapacidad permanezca inalterable** (el resaltado nos pertenece)...”.

Coincidimos con la idea de que la limitación debe considerarse en tanto la incapacidad permanezca inalterable pero no nos parece argumento suficiente para descartar el criterio subjetivo que hemos defendido como punto de partida para solucionar de manera pragmática y eficiente la discusión permanente relativa a la cuantificación.

En definitiva, si la incapacidad sufre variaciones, que surgirán de las pruebas periciales, será el juez quien determinará la cuantía indemnizatoria en virtud de su apreciación apoyándose en la labor de los peritos y entonces el reclamo del damnificado oficiará como piso y no como techo. Todo ello teniendo en cuenta el rol del magistrado en el derecho de daños actual que tiende a la eficaz protección de la persona.

#### **9) La metodología homogénea para la cuantificación:**

Precisamente, los doctores Ghersi, Carlos Alberto y Celia Weingarten entienden que debe asumirse una metodología homogénea (2008) de tal forma que la cuantía dineraria surja por diferencia del daño y no por apreciación judicial arbitraria.

Se basan para la defensa del método objetivo que propician en escuelas de análisis económico del derecho, teorías científicas e incluso bíblicas y legales.

El hecho externo dañoso, es para los eximios doctrinarios, sólo comparable simbólicamente con el trabajo en función del sistema económico (lo realizamos para obtener el valor de compra de bienes y servicios) y ello disminuye nuestras energías físicas, intelectuales y morales, para lo cual el sistema genera el descanso – ocio.

Entonces proponen tomar como referencia en función de la intensidad del Daño Moral, la cantidad de días que representa para aliviar al dañado por fórmula matemática (calculando el porcentaje de intensidad del daño sobre los días efectivamente trabajados, lo que da como resultado la intensidad negativa que necesita de intensidad positiva mediante el descanso, obtenida calculando el porcentaje de intensidad del daño de los días que descansamos, teóricamente 85 días). Dan como ejemplo que a un 15% de intensidad del daño s/85 días de vacaciones le corresponden 12,5 días de descanso.

La conversión de los días a indemnización dineraria se realiza tomando la licencia anual promedio que es de 15 días y dividiéndola por la remuneración real del sujeto o por el salario mínimo y así se obtiene el valor de cada día de descanso.

A más de ello es necesario para calcular la cantidad de días, tener en cuenta la edad real del sujeto y la esperanza de vida.

No somos partidarios de las fórmulas matemáticas más acordes con las indemnizaciones tarifadas, y que desconocen las peculiares características del sujeto dañado que la doctrina es casi conteste en valorar para la cuantificación del Daño Moral, a saber: la intensidad del padecimiento, personalidad, condición social, sensibilidad, sexo, edad.

Y no nos parece un parámetro muy equitativo tomar como un indicador para la indemnización el salario mínimo tan depreciado en la realidad económica de nuestro país.

Y si bien, no podemos desconocer que en diversas leyes especiales se han establecido topes o límites para la obligación de responder (arts. 14 y 15 de la Ley 24.557, arts. 144 y 160 del Código Aeronáutico, arts. 278, 331 y 337 de la ley de navegación), tampoco podemos ignorar que nuestro Código Civil consagra el principio de la reparación integral y su espíritu normativo no se condice con las tarifaciones o topes indemnizatorios.

### **10- Las pautas empleadas mayoritariamente para la cuantificación por pronunciamientos judiciales razonablemente afines:**

En la misma línea de pensamiento que hemos expuesto relativa a la propuesta de tarifas o topes indemnizatorios para la cuantificación, la doctora Alejandra D. Abrevaya (2008) argumenta que: "...medir el dolor, la aflicción espiritual es prácticamente imposible y **no existen ni pueden existir pautas concretas en términos dinerarios** (el destacado nos pertenece). Es tratar de objetivar lo que tiene y sólo puede tener su génesis en lo subjetivo. Por tal razón es que se goza de amplio arbitrio para su determinación [ ] en la búsqueda de pautas objetivas de resarcimiento, puede llegar a perderse el sentido mismo de la indemnización...".

La jurista considera que no es posible atenerse a parámetros uniformes para la cuantificación del Daño Moral en razón de su esencia pero cree que es importante para el abogado para estimar el reclamo como para los magistrados a la hora de fijar la indemnización, poder tomar como base los precedentes judiciales de cada fuero.

De la investigación realizada por la doctrinaria en base a datos brindados por la oficina de Proyectos Informáticos de la Cámara Nacional Civil concluye que: "pareciera que las salas de la Cámara Nacional Civil otorgan mayor relevancia al perjuicio económico en cuanto a su cuantificación se refiere, relegando el Daño Moral a una porción menor, que en ocasiones llega a la mitad de áquel [ ] si bien se dice, no guarda relación alguna el Daño Moral con los patrimoniales – y realmente no la tiene, desde un punto de vista conceptual – en los hechos se utilizan áquellos (sobre todo la indemnización por incapacidad) como parámetro para fijar una base para el Daño Moral y esto no puede ser desconocido...".

El estudio realizado por la doctora Abrevaya, nos planteó la inquietud de realizar una pequeña muestra sobre la cuantificación del Daño Moral en el caso de lesiones, que arrojó los siguientes resultados (Ritto, 2010):

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, autos: "Iriart, Diego Martín c. Fabre, Darío Alejandro y otro", 30/10/2008, publicado en la Ley Online:

Lesiones: limitación funcional de la rodilla izquierda, disvalor funcional del 15% parcial y permanente de un profesor de educación física y personal trainer. *Incapacidad:* \$ 12.000.

*Daño Moral:* \$ 10.000

Consideramos oportuno destacar que en el caso se sostuvo que el carácter predominantemente resarcitorio de esta noxa no descarta la función ejemplarizadora propia de una sanción.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, autos: “Berrondo, Marcela Elizabeth c. Almafuerde Empresa de Transportes S.A.C.”, 31/10/2008, publicado en la Ley Online:

Lesiones: pérdida de conciencia, con amnesia post traumática, acompañada de trastorno de la personalidad moderado, incapacidad parcial y permanente del 18 %.

*Incapacidad:* \$30.000

*Daño Moral:* \$20.000

También es importante resaltar que la indemnización del Daño Moral fue considerada en su doble función, como sanción ejemplar al proceder reprochable y como reparación.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, autos: “Szumejko, María Cristina y otros c. Busto, Alicia Florinda y otros”, 27/09/2007, publicado en la Ley Online:

Lesiones: latigazo cervical a raíz de un traumatismo cráneo-cervical, incapacidad parcial y permanente del 6% de la total obrera.

*Incapacidad:* \$ 7000.

*Daño Moral:* \$ 4000

En autos se consideró el carácter resarcitorio de la indemnización.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, autos: “Conti María Elvira c. Autopistas del Sol S.A. y otro”, 7/11/2007, publicado en la Ley Online:

Lesiones: traumatismo columnario, incapacidad transitoria sin secuelas.

*Incapacidad temporal:* \$ 2.500

*Daño Moral:* \$ 5000.

En el caso, se sostuvo el carácter resarcitorio de la indemnización.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, autos: “Contreras, Jorge Eustaquio y otro c. Scagnolari, Carlos y otro, 19/11/2008, publicado en la Ley Online.

Lesiones: traumatismo leve torácico abdominal, sin incapacidad sobreviviente.

*Daño Moral:* \$ 15.000.

En el fallo se admite el carácter resarcitorio de la indemnización y se afirma que no es necesario haber padecido lesión física o psíquica para ser acreedor de la indemnización por Daño Moral.

Del voto del doctor Liberman que cita a Bustamante Alsina (la Ley, 1996-A- 360) se infiere que la indemnización que nos ocupa está en función de su constatación por el juez y de su evaluación objetiva (en abstracto) en el límite de lo reclamado en la demanda.

Hemos seleccionado una muestra reducida para el caso particular de lesiones y creemos poder deducir algunas conclusiones:



La tendencia, tal como lo explicara la doctora Abrevaya, ha sido utilizar la indemnización por incapacidad como parámetro (vinculando el daño patrimonial con el moral, aunque la CSJN y la doctrina hayan afirmado el carácter independiente del resarcimiento) y otorgar un monto menor para el Daño Moral.

Los dos últimos casos, por el contrario se apartan de esa solución y reafirman el carácter autónomo de esta doxa.

A más, aún se observa en algunos fallos el resabio de la teoría de la sanción ejemplar pero aggiornada con la teoría mixta de la escuela platense (sanción reparación).

El último caso de la muestra nos parece meritorio no sólo por la valoración del agravio moral aún cuando no exista el patrimonial sino por la cita del doctor Liberman que nos conduce a nuestro punto de partida en estas reflexiones, dado que se explicita que el límite en la valoración objetiva del juez está dado por lo reclamado en la demanda.

### **11- En la búsqueda de un criterio para la cuantificación del Daño Moral:**

Hemos reseñado las distintas corrientes de valoración del Daño Moral: por su relación con el daño patrimonial, en función de criterios subjetivos del juzgador, en virtud de la gravedad de la falta cometida por el responsable, por la gravedad objetiva del perjuicio causado, de conformidad con la tesis mixta (ponderando la gravedad de la falta y la entidad objetiva del daño) para luego analizar los criterios de cuantificación que responden a dichas concepciones.

Nos pareció importante preponderar la solución adoptada por la Cámara Nacional Sala F, al proponer que la apreciación de la intensidad de los padecimientos que produce el Daño Moral en el damnificado está limitado por la cuantía del reclamo, y sólo si es exorbitante es el juez el que debe computar la entidad y magnitud de la lesión.

También reconocemos que de acuerdo con lo manifestado por los doctrinarios Ghersi, Carlos A y Celia Weingarten (2008) esa limitación debe entenderse en tanto y en cuanto el porcentaje de incapacidad permanezca inalterable, caso contrario será el juez quién establecerá el quantum resarcitorio basándose en las pruebas periciales y en el art. 165 del Código Procesal.

Y va de suyo, que dicha apreciación del dano moral no podrá desconocer las pautas elaboradas por la doctrina, como la razonabilidad y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando especialmente se refiere a la fundamentación de los magistrados.

La Corte viene sosteniendo que: "Para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieren a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación...". (JA, 1995, II, 19).

Creemos tal como lo propicia la doctora Abrevaya que es también esencial para la tarea del abogado para evaluar el reclamo y para el juez al momento de fijar la reparación tener como fuente los pronunciamientos judiciales razonablemente afines.

Y pensamos que estas propuestas de valoración no son excluyentes sino que se complementan para facilitar la tarea jurisdiccional.

Sí rechazamos las vertientes basadas en fórmulas matemáticas o en topes indemnizatorios que acuden exclusivamente a la realidad económica porque no responden al espíritu de nuestro Código Civil que establece el principio de la reparación integral.

En esa inteligencia, el maestro Jorge Bustamante Alsina (1990 – a, 654) expresaba que: “...En lo que concierne a su cuantía, no siendo este daño mensurable por su propia naturaleza, no se puede establecer por equivalencia su valuación dineraria. Se debe recurrir a pautas relativas a un criterio de razonabilidad que intente acercar su valuación equitativamente a la realidad del perjuicio...”.

Y luego, Bustamante Alsina manifiesta, citando a Viney, Geneviève (1988) que la indemnización del Daño Moral está en función de su constatación por el juez y de su evaluación objetiva (en abstracto) **en el límite de lo reclamado en la demanda** ((el destacado es nuestro)

Finalmente, queremos recordar las conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de Lomas de Zamora en el año 2007.

Sobre la problemática que nos ocupa se expidió la Comisión N° 2 “Cuantificación de la indemnización por daños personales” que afirmó de Lege data que: “... 5) El sistema de cuantificación judicial de los daños a la persona muestra un panorama de preocupante anarquía que conspira contra los valores de seguridad, equidad y justicia... 7) La valoración y cuantificación del Daño Moral deben tener en cuenta las pautas empleadas mayoritariamente por pronunciamientos judiciales expedidos en casos razonablemente afines a los efectos de evitar decisorios contradictorios en relación al tema. A tales fines, resulta altamente conveniente confeccionar tablas comparativas de antecedentes judiciales...”.

Es indudable, la búsqueda permanente de la indemnización equitativa en la medida posible, que refleje los objetivos del moderno derecho de daños.

#### Bibliografía:

- Abrevaya, A.D. (2008). *El Daño y su Cuantificación Judicial*. Bs. As.: Abeledo Perrot.
- Bustamante Alsina, J. (1990). Buenos Aires: *La ley*, 1990, A, 654, 355.
- Conclusiones de la Comisión N° 2 de las XXI Jornadas de Derecho Civil, (septiembre 2007) Facultad de Derecho de Lomas de Zamora.
- Ghersi, C. A., Weingarten, C. (2008). *Tratado de Daños Reparables, Tomo I, Parte General*. Buenos Aires: La Ley.
- Mosset Iturraspe, J. (1994). *Cuantía del resarcimiento por Daño Moral, Daño Moral*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, Colección Estudios de Derecho Civil, 31 – 48.
- Mosset Iturraspe, J. (1999). *Responsabilidad por Daños – Tomo V – El Daño Moral*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Pizarro, R. D. (2000). *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El Daño Moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Ritto, G. (2010). *El Daño Moral y la legitimación activa*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Stiglitz, G. A.; Gandolfo de Stiglitz, A. (1999). *Resarcimiento del Daño Moral, Civil, Comercial y Laboral*. Rosario: Editorial Juris.
- Viney, G. (1988). *La responsabilité civile. Effets*, 198, París.
- Zavala de González, M. (1998). “Cuanto por Daño Moral”, *La Ley – E*, 1057.



## **El Daño Moral contractual y la defensa del consumidor:**

El resarcimiento del Daño Moral por incumplimiento contractual fue largamente debatido por años en nuestro derecho.

Antes de la reforma de Borda, una posición restrictiva limitaba su reparación a que el hecho fuese un delito de derecho criminal y otra amplia sostenía que el agravio moral era resarcible en toda clase de ilícitos fuesen criminales o puramente civiles, se tratase de responsabilidad contractual o extracontractual.

La Ley 17.711 introduce el principio de reparación plena del Daño Moral, tanto en materia aquiliana (art. 1078) como por incumplimiento obligacional (art. 522).

Aún así sigue el debate doctrinario al que nos referimos precedentemente, en torno al alcance del verbo podrá del art. 522 como facultativo para el juez (corriente restrictiva) o con una línea más amplia de pensamiento, hoy mayoritaria, deberá otorgar reparación si el daño está acreditado.

Tal como señala Pizarro (2000) la prestación siempre debe tener contenido patrimonial (art. 1169, Cód. Civ.) pero en cambio el interés o utilidad del acreedor en esa prestación puede ser variable y asumir según las circunstancias, carácter patrimonial o extrapatrimonial.

En todos estos casos, Pizarro asevera que el acreedor que a raíz del incumplimiento de su deudor sufre un menoscabo espiritual, derivado de la lesión a un interés no patrimonial, que procuraba satisfacer a través de la relación creditoria, tiene derecho a obtener reparación del perjuicio sufrido.

Se suele sostener que el Daño Moral sólo se configura excepcionalmente en materia contractual, dado que lo generalmente afectado suelen ser intereses patrimoniales y consecuentemente se exige una prueba categórica del perjuicio no resultando suficiente las molestias menores derivadas del incumplimiento y también con mayor rigor aún que medie dolo en la conducta del deudor.

Pensamos que este paradigma de pensamiento cede frente a los lineamientos de la Ley de Defensa del Consumidor.

En este orden, hemos dicho y constatado que la tendencia de la jurisprudencia actual es la tesis amplia del resarcimiento del Daño Moral contractual en la defensa del consumidor que tiene raigambre constitucional.

### **La relación de consumo:**

Gherzi (2005) explica que la expresión sociedad de consumo es una terminología surgida desde la modernidad, pues la situación de consumo es tan vieja como la historia misma del hombre porque hace al proceso de conservación y reproducción de la especie.

Alude luego a la situación de dominación que ejerce el sistema y la empresa sobre el consumidor como individuo y como categoría y a la imprescindibilidad del mismo para la integración del ciclo como estructura en el sistema y que su situación de minusvalía frente al mercado constituyó la base para que desde la década de los cincuenta se desarrollarán las denominadas leyes o códigos de defensa del consumidor.

En nuestro país ese movimiento se inició a fines de los ochenta se concretó en 1993 con la sanción de la ley 24.240 y sus posteriores modificaciones de 1998 (ley 24.999) y del año 2008 (ley 26.361).

El prestigioso doctrinario considera, con estricta lógica, al contrato de consumo como una subcategoría de la categoría de estructura por adhesión.

En esa inteligencia, el artículo 38 de LDC dispone: Contrato de Adhesión. Contratos en Formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior (cláusulas abusivas). La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

En el sistema contractual, hay dos estructuras, la del contrato de negociación individual (a nuestro juicio, en la actualidad prácticamente inexistente) y la del de adhesión, en la que es indudable la presencia de un contratante en inferioridad de condiciones que debe aceptar cláusulas predispuestas.

El proceso que generalizó los contratos de adhesión se inició en la Revolución Industrial y ante la asimetría de poder que este tipo de contrataciones conlleva intervino el derecho con el fin de producir un equilibrio de eficacia económica, a través de institutos como la teoría de la lesión (art. 954 del CC), el abuso del derecho (art. 1071 del CC) y la buena fe contractual (art. 1198 del CC).

Siendo el contrato de consumo una subcategoría de los contratos de adhesión y ante la dimensión económico social que proyecta en una sociedad globalizada, fue necesaria una protección específica para la parte más débil de la estructura negocial que se concreta en la Ley de Defensa del Consumidor que vino a ampliar y profundizar, la tutela ya garantizada por el Código Civil con cuya estructura normativa se complementa, y con raigambre constitucional a través de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994.

La declaración y reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución histórica de 1853 – 1960 y hasta en la concepción social de la Ley Suprema incorporada en 1957 con los derechos sociales del art. 14 bis (Gelli, 2008).

La Constitución Nacional comienza declarando los derechos de usuarios en la relación de consumo que supone un convenio celebrado del cual habrán de derivar los derechos protegidos y las responsabilidades consecuentes, aunque también, desde luego, puede corresponder responsabilidad extracontractual.

Nos interesa destacar que la defensa del consumidor se abre en dos campos: el de los derechos patrimoniales (la seguridad de no sufrir un daño, los intereses económicos, la libertad de elección, el trato equitativo y digno y el de los derechos personales (la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en la misma o en la vida) y el derecho a la información adecuada y veraz resguarda tanto los derechos patrimoniales como los personales.

Y fundamentalmente que la vulneración de los derechos patrimoniales como la de los personales da lugar a indemnización por Daño Moral, que en mucho de los casos asume el carácter de autónomo.

## **Publicidad e Información:**

Carlos Gherzi (2005) enfatiza que la negociación individual se efectúa mediante proferidas, tentativas o propuestas (art. 1148 CC) y la de adhesión se concreta por sistemas de mercadocracia, tales como la publicidad, el marketing.

El art. 8° de la LDC regula los Efectos de la Publicidad: Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen

mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.

Gherzi considera que de la sola divergencia entre la publicidad y el contrato o su cumplimiento en concreto que mueve al consumidor a realizar intimaciones, acciones, queda configurado el Daño Moral autónomo.

En este sentido, concluye que el factor confiabilidad implica que el consumidor deposita en la empresa la carga positiva de que su comportamiento será conforme a las publicidades previas, su prestigio, su marca, de manera que la violación de confianza a través de un hecho sorpresivo e imprevisto o de la inclusión de cláusulas abusivas constituye en sí mismo un daño reparable patrimonial y moral.

**La publicidad:** hoy constituye una oferta contractual y ello no admite discusión sobre todo a partir de la vigencia del art. 8º de la Ley 24.240 que establece la fuerza vinculante de la publicidad respecto de las precisiones publicitarias y a las contenidas en anuncios, proyectos y circulares.

La publicidad engañosa genera Daño Moral al producir una lesión a un interés jurídico espiritual.

Con fecha 30 de agosto de 2007 la Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, en autos “M.M y otro c/ Carrefour Argentina S.A.”, a través del voto unánime de sus miembros, condenó a la empresa Carrefour Argentina S.A. a pagarle al consumidor, una suma de dinero en concepto de indemnización por la lesión sufrida en sus legítimas expectativas, las cuales fueron originadas en una oferta realizada por el hipermercado, utilizando publicidad engañosa.

La Cámara sostuvo lo ante dicho por la jurisprudencia en cuanto al otorgamiento facultativo por el Juez de la indemnización por Daño Moral, dependiendo de la prueba del efectivo incumplimiento contractual y la existencia de una lesión espiritual y de la “índole del hecho generador de la responsabilidad y de las circunstancias del caso (Todo ello conforme a lo resuelto por la C. Nac. Civ, Sal A, R. 161.722 del 5/4/1995).

En el caso, el Dr. Posse Saguier, valoró la frustración del viaje y su implicancia para las expectativas de un niño y consideró que era procedente la indemnización por el rubro de Daño Moral.

A mayor abundamiento, se ha condenado a pagar el Daño Moral generado por la publicidad engañosa a una agencia de viajes.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B(CNCom)(SalaB), 30/06/2003, Bosso, Claudia S. y otro c. Viajes ATI S.A. Empresa de Viajes y Turismo, RCyS2004, 818, AR/JUR/4070/2003:

*Es procedente la demanda entablada contra una empresa de viajes y turismo por reparación del Daño Moral y restitución de las sumas de dinero abonadas por los actores por un viaje que no se realizó ante la inexistencia de disponibilidad hotelera en la ciudad de destino, toda vez que la demandada emitió publicidad que creó en sus destinatarios la expectativa de que en caso de contratar sus servicios se aseguraban el viaje, el precio y la estadía prometida.*

### **La información:**

Nos parece importante resaltar que la información no coincide necesariamente con la publicidad, ya que tienen objetivos distintos, mientras que la primera apunta a dar detalles sobre el bien o el servicio que se ofrece, la segunda, mostrando los aspectos positivos, se dirige a captar adquirentes y consumidores (Kemelmajer de Carlucci, 1994).

El doctor Lorenzetti explica que integran el deber de información: los hechos susceptibles de influir sobre la decisión del consumidor y que hacen a su consentimiento, los datos relativos a la invalidez del contrato, los referentes a los vicios de la cosa, los relativos a la funcionalidad de la cosa o el servicio (Lorenzetti, 1995).

La LCD dispone el deber de información en el artículo 4° que incluye la publicidad del 8°, aunque persigan metas diferentes, y tiene aspectos específicos en la venta, en los servicios y en el crédito.

El deber de información no sólo está presente en la LCD, sino también en la Constitución Nacional, la Ley de Lealtad Comercial, el Código Alimentario, la Ley de Medicamentos. (Mosset Iturraspe y Wajntraub, 2010).

La omisión de información genera Daño Moral al provocar la lesión a un interés jurídico espiritual.

EL artículo 4° de la LCD no sólo constituye un verdadero principio general en materia de consumo, sino que consagra un derecho subjetivo del consumidor. Asimismo, debe aquí destacarse que la información contractual es la que el consumidor requiere o necesita durante la ejecución del contrato, revistiendo particular importancia la vinculada con el modo o empleo del servicio, siendo exigible el deber de información durante todo el tiempo de la ejecución del contrato y, con más razón, extensiva a los reclamos que el consumidor realice en relación al servicio prestado. (Pita y Moggia de Samitier, 2006)

Chaer, Daniel R. c. Banca Nazionale del Lavoro S.A. (02/02/2001)

- *Corresponde indemnizar el **Daño Moral** sufrido por el usuario de tarjeta de crédito que se ve sorprendido por el rechazo de su tarjeta sin que se le hubiera notificado la anulación de la misma, en virtud de que el hecho del rechazo ataca la confianza de los comerciantes en el usuario que lo sufre. Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza.*

En el decisorio, el incumplimiento del deber de información provoca la lesión a un interés jurídico espiritual, el prestigio y la confiabilidad del actor, y consecuentemente genera la obligación de resarcir el Daño Moral.

### **Deber de seguridad en bienes y servicios:**

El artículo 5° - Protección al Consumidor de la LCD regula que: Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios y se conjuga con el artículo 6°.

El art. 6° establece que: Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.

Gherzi (2005) enfatiza que la obligación tácita de seguridad, emanada del art. 1198 del Código Civil, continúa rigiendo para los contratos de negociación individual y a través del art. 5° de la LCD para las relaciones de consumo.

El artículo 5°- Protección al Consumidor de la LCD prescribe que: Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

La producción de un daño será atribuida a la empresa o contratante en cabeza de quien estaba la obligación de seguridad y por supuesto generará la obligación de reparar el Daño Moral en caso de lesión a un interés jurídico espiritual.

En la misma línea de ideas, se ha dicho que el artículo 5° de la LCD establece la obligación de seguridad en forma expresa en todo tipo de contratos de consumo y que el factor de atribución aplicable al caso no es otro que la garantía, por lo que se trata de un deber contractual de resultado, cuyo incumplimiento trae aparejada la responsabilidad objetiva de la empresa deudora (Mosset Iturraspe y Wajntraub, 2010).

Se considera también que la obligación de seguridad desborda aquí su tradicional campo de acción, escapando de la rigidez del contrato e ingresando en la noción más amplia de la relación de consumo y que en cuanto a la falta de precisión normativa respecto de los sujetos pasivos de la misma, la solución razonable sería la integración con la disposición del art. 40 que expande la responsabilidad a todos los proveedores (Hernández y Frustagli, 2009).

El incumplimiento del deber de seguridad genera Daño Moral cuando se afecta un interés jurídico espiritual.

Ello así, nos interesa resaltar el fallo de la Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza (C4aCivComMinasPazyTribMendoza) ~ 2010-09-02 ~ Pérez, Pablo David c. Ulloa de Rebollo, Viviana Marta.

Dicho decisorio revoca la sentencia de primera instancia y admite parcialmente la demanda de daños y perjuicios planteada por los progenitores en representación de su hijo menor, condenando a una farmacia a abonar el Daño Moral provocado por la venta de un medicamento que no era el recetado y que provocó su internación por intoxicación.

En el caso, la Cámara entiende que la lesión antijurídica atribuida a la actora resulta del error en la venta del fármaco donde el personal idóneo debe seguir las prescripciones del médico y esta obligación fue incumplida por lo cual la propietaria debe responder por el hecho de su dependiente que configura el incumplimiento obligacional

Ya hemos sostenido que son aspectos a destacar que ha meritado el Tribunal: el abordaje de dicha responsabilidad contractual desde la perspectiva de la Ley de Defensa del consumidor que es de orden público y la procedencia del Daño Moral resultante (Ritto, 2011).

Hemos afirmado entonces, que en lo relativo a la temática del Derecho del Consumo, la salud y seguridad de las personas son valores absolutos por el artículo 5° de la Ley y los proveedores tienen un deber contractual de resultado, cuyo incumplimiento trae aparejada la responsabilidad objetiva y el derecho a la indemnización de conformidad con el artículo 40.

Concluye la Cámara en los autos que nos ocupan, que a la hora de conceptualizar la obligación de seguridad puede afirmarse que es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a mantener incólume al otro contratante ya sea en su persona su salud o sus bienes hasta la expiración del contrato.

En autos, el Tribunal manifiesta su adhesión al criterio restrictivo, por lo que considera que no todo incumplimiento contractual conlleva un Daño Moral resarcible pero se afirma de conformidad con la letra del art. 522, que este particular daño importa una minoración en la subjetividad de la persona derivada de la lesión a un interés no patrimonial y se acude a la prueba presuncional a los fines de su acreditación, reafirmando su categoría autónoma.

Y aún más, el Tribunal afirma que el hecho de que el niño haya tenido una corta edad al momento del hecho o que padezca una patología de base con déficit neurológico, no es óbice para otorgar un Daño

Moral frente al sufrimiento que seguramente experimentó al ingerir el medicamento y a su posterior internación, dado que para padecer Daño Moral como dolor no se precisa aptitud para conocer.

La existencia de una relación de consumo determina el ámbito objetivo de aplicación de la protección normativa del consumidor o usuario representado por la ley 24.240, con jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Carta Magna de 1994, en su art. 42.

Hemos afirmado oportunamente que en el ámbito del Derecho del Consumo, la ley 24.240 se ocupa expresamente de la protección de la salud y de la integridad física y en general de la seguridad de los consumidores (arts. 5° y 6°). (RCyS2010-VI, 240).

En el mismo sentido, y siendo ya reconocida por la jurisprudencia actual, la relación de consumo, en el contrato de servicios turísticos, se ha dicho que la agencia de viajes que ha incumplido la obligación de seguridad debe responder en los términos de la ley 14.240. Se enfatiza así que *"... Asatej S.R.L. ha incumplido con su obligación de seguridad y que no se ha acreditado, ni intentado acreditar, que hubiere tenido lugar alguna circunstancia que la exima de la responsabilidad que se le atribuye. De ahí que deba responder solidariamente por los daños padecidos por la reclamante junto con el resto de los accionados. En este sentido, se ha resuelto que "si una agencia de viajes al vender cierto paquete turístico se obligó por un tercero, ofreciendo el hecho de éste, es responsable frente a su cliente por el incumplimiento del tercero (arts. 1163, CCiv.; 453, CCom. y 40, ley 24.240); no pudiendo invocar las disposiciones de la Convención de Bruselas sobre Contrato de Viaje (ley 19.918) para exonerarse de responsabilidad, cuando la posibilidad de que el tercero no cumpliera debió razonablemente ser prevista por ella (conf. CNCom., "Porcel, R c. Viajes Futuro S.R.L. s/sumario", del 28/3/2003) (CNCiv., Sala E, "Snitovsky, Luis y otro v. Cordimar Empresa de Viajes y Turismo de Priami S.A.", 10/7/2006)."*

El trato digno:

El artículo 42 de la Carta Magna al utilizar la expresión "trato equitativo y digno", se refiere a un aspecto social o externo, es decir al honor y el respeto que se le debe a la persona.

Los conceptos de dignidad, no discriminación e igualdad forman el núcleo de nuestro sistema constitucional en el artículo 16.

En palabras de Lorenzetti, la regla de justicia es que debe tratarse a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual (Lorenzetti, 1995).

- Lowenrosen señala que al respecto de la configuración del Daño Moral en los contratos de consumo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han enumerado distintas situaciones de las que surge afección moral, entre las cuales podemos citar las siguientes
- Es objeto de atención deficiente o irrespetuosa por dependientes del proveedor por éste mismo;
- Debe esperar mucho tiempo para ser atendido;
- No se le solucionan sus reclamos y quejas, o se difieren, o cuando al presentarla es objeto de burla,
- Es tratado como un delincuente cuando se activa alguna alarma en el local comercial donde se realiza la relación de consumo;
- El local donde se desarrolla la relación de consumo se encuentra en condiciones antihigiénicas;
- Se difunden fotos sin su autorización, etc. (Lowenrosen)



En cualesquiera de estos supuestos, estamos ante la presencia de la vulneración al trato digno consagrado por nuestra Carta Magna y dicha vulneración genera la obligación de reparar el Daño Moral.

En el caso, “Cuello Fernando José c/ Telecom. – Personal S.A. s/ Daños y Perjuicios “del Juzgado de Primera Instancia 24 Nominación en lo Civil y Comercial de Córdoba de fecha 29 de mayo de 2005, se sanciona a la prestadora del servicio a causa del comportamiento de una de sus empleadas que agrede con su trato irrespetuoso al cliente, sometiéndolo a pasar por una situación desagradable en ocasión de concurrir a una oficina comercial de la empresa para realizar un trámite ordinario.

El magistrado al sentenciar señala que lo condenable es el “trato irrespetuoso”, “la falta de trato digno y equitativo”, descartando la posibilidad de incumplimiento contractual o daño material atento al hecho de que al momento de la demanda el servicio solicitado por el Sr. FC estaba en vigencia.

Siguiendo una tendencia jurisprudencial cada vez más acentuada que tiende a considerar, dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, al Daño Moral, el sentenciante encuadra el perjuicio sufrido por el actor en la figura del Daño Moral, aquel dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima produciendo una disminución en sus atributos o facultades morales”, como causa origen de la indemnización dispuesta en el fallo, reafirmandose este argumento en segunda instancia (Imbrogno, 2005).

### **Algunas conclusiones finales relativas al Daño Moral y la defensa del consumidor:**

Hemos iniciado este trabajo sosteniendo que aún está vigente en nuestra doctrina y jurisprudencia el carácter restrictivo de la procedencia del Daño Moral en materia contractual y que a nuestro criterio este paradigma cede ante los lineamientos de la Ley de Defensa del Consumidor.

Y a medida que avanzamos en nuestra investigación hemos probado la hipótesis enunciada precedentemente pero con una salvedad no menos importante, la mayor parte de los fallos que hacen lugar a la reparación del Daño Moral en las relaciones de consumo adhieren a la postura restrictiva relativa a su resarcimiento.

Prima facie, de los pronunciamientos de nuestros tribunales, parece sostenerse que el Daño Moral en materia contractual es facultativo para el juez y sólo procede si está probado, y de las circunstancias del caso, resulta estar probado en las relaciones de consumo y ser de carácter autónomo.

Aún así consideramos que hay una tendencia jurisprudencial favorable a su reconocimiento con rai-gambre constitucional y en la normativa de orden público de defensa del consumidor.

Ese carácter autónomo del Daño Moral ha sido consagrado por nuestra Corte Suprema en Santa Coloma. (JA, 1986, IV -624).

En el mismo orden de ideas, Carlos Gherzi señala la creación de nuevos supuestos de responsabilidad de atribución objetiva como lo son la ausencia o defectos en la información (art. 4º LCD), la obligación legal de seguridad (art. 5º de la LCD), el trato indigno, las prácticas abusivas (Gherzi, 2011).

Es indudable que la publicidad engañosa, la ausencia de información, el incumplimiento de la obligación de indemnidad, el trato indigno generan Daño Moral.

Y entonces ya no podemos hablar de una atribución judicial facultativa o de una reparación de carácter restrictivo dado que hacerlo implicaría ignorar el in dubio pro consumidor y la garantía prevista por el artículo 42 de nuestra Carta Magna.

Y es esencial, la tarea jurisprudencial el marco de un derecho de daños de rango constitucional.

**Bibliografía:**

- Ghersi, C. (2005). *Cuantificación Económica. Contratos de Consumo*. Buenos Aires: Astrea.
- Ghersi, C. (julio de 2011). Los nuevos daños en el derecho del consumo. *La Ley*. Buenos Aires.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1994). Consumidores. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 5. Rubinzal Culzoni Editores.
- Hernández, C.; Frustagli, S. (2009). Protección al Consumidor. Cosas y Servicios riesgosos. En Vázquez Ferreira, P. *Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- Imbrogno, A. (2005). *Derecho del Consumidor. La obligación de un trato equitativo y digno*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro.
- Lorenzetti, R. (2003). *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Lorenzetti, R. (1995). Igualdad, antijuricidad, diferencia, derecho a ser diferente, a no ser discriminado, interpretación y protección (JA - IV, 834).
- Lovece, G. (2005). La fuerza vinculante de la publicidad. *La Ley – F*.
- Lowenrosen, F.I. *La dignidad, derecho constitucional de los usuarios y consumidores*. Recuperado de: [www.el.dial.com.ar](http://www.el.dial.com.ar).
- Ritto, G. (Febrero 2011). Acerca de la reparación del Daño Moral contractual y la defensa del consumidor. LLGC.
- Ritto, G. (2010). Acerca de la obligación de seguridad de los supermercados y el derecho a la integridad física del consumidor. RCyS.



# CAPÍTULO II: LA ATENUACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ESTATUTO DEL CONSUMO

---

Por Julián Emil JALIL

**SUMARIO:** 1.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MARCO HISTÓRICO Y EN LA CONCEPCIÓN DEL SIGLO XIX. 2. RELACIÓN ENTRE CONTRATO, AUTONOMÍA Y LEY: REGULACIÓN LEGAL, CONSENSUAL Y FUERZA VINCULANTE. 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD A LA LUZ DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

## 1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MARCO HISTÓRICO Y EN LA CONCEPCIÓN DEL SIGLO XIX.

La autonomía de la voluntad, prevista en materia contractual, en el artículo 1197, parece que ya no forma parte de los principios en los cuales reposa la estructura contractual de la actualidad que se encuentra a merced de la nueva realidad negocial. Ello, lleva a considerar a la doctrina imperante, que en realidad, la institución contrato se encuentra en crisis, y por ende, como mencionamos, el Código Civil en su totalidad también.

Si bien quienes erogan estas aseveraciones gozan de gran sustento teórico y evidencial, consideramos necesario centrar nuestra atención en desentrañar si la crisis referida recae efectivamente sobre la autonomía de la voluntad, o si lo afectado es el contrato en sí, o si, en definitiva, el conflicto no subyace en ninguno de estos aspectos sino en otro (Jalil, 2010).

A modo de reseña histórica podemos señalar que si bien en el antiguo derecho romano se hablaba de contratos y, en cierta medida ello significaba un acuerdo entre partes, este derecho no llegó a incorporar un principio general, en razón del cual, la sola voluntad obliga, sino una serie de contratos en los cuales las partes se compelián a cumplir determinadas obligaciones ya preexistentes, pero sin una autodeterminación demasiado amplia.

Esto lo advierten los Maestros franceses Ripert y Boulange, quienes afirman que el derecho romano jamás llegó a separar completamente el consentimiento de las formas que le dan su valor. Ha aumentado el número de los contratos consensuales y de los pactos, pero no logró formular la regla de que la sola voluntad obliga.

Ello tardó notablemente en constituirse como una regla general, creemos que esto ocurrió, en el apogeo de la escuela del derecho natural racionalista, de donde se desprende el deber de conciencia que gesta la palabra dada y que tiempo más tarde se traduce en la máxima “quien por su propia voluntad se obliga a algo debe cumplir”

Sustentado en el Derecho Romano el Código Civil francés recoge la regla mencionada anteriormente, la cual se traduce en el artículo 1134 que reza “...los convenios legalmente formados tiene fuerza de ley para los que los han celebrado...”, lo paradójico de esto es que, como mencionamos en el punto anterior, dicho orden normativo no llegó a formular una máxima de este estilo, en definitiva como dice Esmein el derecho romano nos ha dado lo que él no tenía.<sup>5</sup>

Nuestro Código Civil, recoge una regla similar en el artículo 1197 que prescribe: “...las convenciones hechas por las partes en los contratos forman una regla a la cual deben someterse como si fuera la ley misma...”

Esta es la idea en la que se inspira Velez, con arduo sustento en una filosofía liberal e individual propia de la época, es decir, la idea de libertad e igualdad fluye en el aire todo el siglo XIX, y se infiltra minuciosamente en las diferentes legislaciones europeas y americanas, impregnando en la conciencia de aquellos a quienes están dirigidas, una percepción social novedosa.

Con gran acierto explica Soler que en cuanto forma social de vida el derecho es libertad jurídica, es decir, en la idiosincrasia de los nuevos Estados Nacionales, no se concibe el desempeño de vida sin cotejarlo con la idea de libertad, son ordenes que se desenvuelven dentro del mismo plano.

Esa libertad permite que en el ámbito contractual las partes puedan auto determinarse en cuanto a sus obligaciones, las cuales se complementan y condicionan con determinadas normas

<sup>5</sup> RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Ob. Cit. Pág. 16. Nosotros creemos que los cultores del Código Civil francés, DOMANT y POTHIER, extraen esta idea de una concepción evolucionada del derecho natural racionalista, en donde sí se había descrito un principio de raigambre general que tenía un sustento moral.

legales, ambas normas (consensuales y legales) gozan de finalidades divergentes, en este sentido, dice Lorenzetti, que la regulación privada, expresa lo que las partes quieren hacer, la regulación legal lo que la colectividad pretende que hagan.

Entonces, siguiendo a Messineo (1952) libertad contractual significa que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que este debe ser el resultado del libre debate entre ellas.

Ahora bien, esta concepción puede tener una doble arista de influencia en el plano jurídico, una que se desenvuelve en el plano de la acción y otra que se encuentra dentro del marco de la abstención.

Esto es advertido por Galgano (1992), quien enseña que, la libertad o autonomía significa, en sentido negativo, que nadie puede ser privado de sus propios bienes o ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros, contra o, en general, independientemente de su propia voluntad. Y significa, en un sentido positivo, que las partes pueden, con un acto de su voluntad, constituir o regular o extinguir relaciones patrimoniales.<sup>6</sup>

Vemos entonces que autonomía y libertad son dos piezas de un mismo bloque, su separación afecta la totalidad y funcionalidad del mismo, como también lo afectaría la sobrecarga de una en detrimento de la otra, como dice Guardiola, en todo caso, el dogma de la autonomía de la voluntad va unido directamente a la libertad de la persona, es una manifestación necesaria del respeto de los que es debido y constituye el centro mismo del derecho privado. Aunque resulte peligroso para la misma libertad la defensa de la autonomía en forma absoluta e ilimitada,<sup>7</sup> en definitiva como expresa Alterini (1981) la noción de autonomía de la voluntad descansa sobre la de libertad; supone la igualdad jurídica de todos y la libertad jurídica de todos; termina por entender que todo lo libremente querido es obligatorio.

Si bien lo expuesto, debemos concluir aseverando que todo los actos, en cierta medida, se encuentran afectados en cuanto a su carácter libre o por lo menos condicionados, pero ello no les quita el aspecto volitivo, ya que como dice López Mesa (2005), en la base de muchos actos voluntarios se hallan presiones o influencias externas, sentimentales, morales, psicológicas etc., que pretenden volcar la voluntad del individuo hacia los intereses de un tercero, negar esto sería un acto de inocencia propio de infantes.

Dice Guardiola (1973) que, la autonomía privada es, en un sentido amplio, el poder de auto-determinación de la persona, y se refiere a la esfera de libertad de la persona, tanto para ejercitar facultades y derechos como para conformar las distintas relaciones jurídicas que le afectan. Tan importante concepto es definido por el autor, como aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.

<sup>6</sup> Es decir, que estas pueden disponer de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros (bajo el primer aspecto, la autonomía contractual coincide con la facultad de disposición de las cosas, que se encuentra en el contenido del derecho de propiedad GALGANO, Francisco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco BLASCO GASCÓ, y Lorenzo, PRAT ALBENTOSA. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1992. Pág. 66.

<sup>7</sup> GUARDIOLA, Manuel Amorós. "Las limitaciones a la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico De Castro". En *Anuario de Derecho Civil*. TOMO XXXVI, Fascículo IV Octubre-Diciembre MCMLXXIII. Artes gráficas y ediciones SA. Pág. 1131. En igual sentido, Federico DE CASTRO. "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad". En *Anuario de Derecho Civil*. TOMO XXXIV. 1982. Artes gráficas y ediciones SA. Pág. 987 y sgts. En este orden de ideas, explican los maestros franceses PLANIOL y RIPERT, que el principio de la libertad en la contratación es una pieza indispensable de un régimen que acepta la propiedad privada y la libertad de trabajo. El deber del legislador ha de reducirse a prevenir sus excesos, protegiéndolos contratantes frente a las sorpresas y las injusticias del contrato, prohibiéndoles, especialmente, modificar con sus acuerdos privados las relaciones que interesan al orden público. Pero hay que tener cuidado de que tal reglamentación no se haga excesiva, entorpeciendo de ese modo el comercio jurídico, al destruir la seguridad. PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo Sexto. *Las Obligaciones. (Primera Parte)*. Traducción de Mario DIAZ CRUZ. Ed. Cultural S. A. Habana. 1936. Pág. 29.

En un notable trabajo, explica Goldshmidt (1974), que la autonomía consiste, en sustituir las disposiciones dispositivas del derecho aplicable a los contratos, por estipulaciones propias que, por supuesto, deben respetar al orden público interno. Esta limitación es inherente a la definición de la autonomía restringida, toda vez que el orden público interno es idéntico al conjunto de las disposiciones coactivas jugando *par deinitionem* la autonomía restringida solo con miras a las disposiciones dispositivas. Entendía, el destacado maestro, que la autonomía puede ejercerse por inserción<sup>8</sup> o por referencia<sup>9</sup>

Bien, ahora sintetizando esta idea, nosotros entendemos que una conducta es autónoma, cuando quién la ejecuta tiene la facultad de reunir, de contemplar un abanico de situaciones posibles de las cuales en definitiva, si está capacitado podrá optar, en este último caso el acto además de autónomo será voluntario.

Sería necesario hacer una distinción entre los conceptos de voluntad y de autonomía, si bien, ambos se encuentran en plena cohesión, creemos que no son sinónimos, en cuanto al primero de ellos, la voluntad, los griegos y los escolásticos decían que ella es una facultad del alma (Risolia, 1958)<sup>10</sup>. Y San Agustín entendía que toda la vida consciente está gobernada por la voluntad,<sup>11</sup> ¿pero que es realmente lo voluntario? Bueno, nuestro Código civil en los artículo 896 y sgts. reguló una serie de normas en relación a este interrogante, el acto es voluntario si puede ser ejecutado con discernimiento intención y libertad (art. 897), caso contrario es involuntario y no produce obligación alguna para quién lo realiza (art. 900).<sup>12</sup> Es decir, el hombre es obligado por su voluntad siempre y cuando ella no esté viciada, como dicen López Mesa y Valiente (1992), liberados del fatalismo mágico de las civilizaciones incipientes, debemos aceptar, sin cortapisas, que el hombre debe responder por sus actos, al menos que los mismos alojen en sí algún vicio, jurídicamente reconocido, como obstativo para la plena eficacia de la manifestación o la conducta jurídicamente vinculante.

Como en el caso anterior, entendemos que el carácter volitivo del acto va a influir directamente (López Mesa; Valente, 1992), en un aspecto intrínseco del sujeto, en este caso, en la posibilidad de elegir, entonces, si unimos ambos conceptos, *la autonomía implica reunir, y la expresión de la voluntad consiste en elegir entre aquello que se ha logrado reunir.*

Explica Kant (1904) que la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad, y la heteronomía de la voluntad es fuente de falsos principios de moralidad.

Siguiendo a Rosenfeld se entiende que la heteronomía es tal o ha de definirse como la no autonomía. El principio de ordenación de las relaciones, ligado a la autoridad, impone su modalidad y estatuye los efectos según criterios que tiene en cuenta el interés general y que razonan, por tanto, la obligatoriedad del precepto para todos cuantos, personas, grupos instituciones.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> La autonomía por inserción, para el autor, consiste en excluir normas dispositivas ante la incorporación de cláusulas propias acordadas por las partes.

<sup>9</sup> Dice el autor que es admisible que las partes, en lugar de formular las estipulaciones que deseen convenir en sustitución de las disposiciones legales, las elijan por medio de una referencia a otro derecho aplicable. Esta referencia puede hacerse en derecho privado, determinado, sea nacional (por ejemplo, el francés), sea regional, (por ejemplo el neoyorkino). No hay inconveniente en que la referencia se haga a un derecho privado derogado. GOLDSHMIDT, Werner. "Autonomía universal de la voluntad" En *Revista española de Derecho Internacional*. Vol. XXV, Nums 1-4. Madrid. 1974. pág. 183.

<sup>10</sup> Puerto de consolación arribada forzosa de sus búsquedas, los griegos crearon esa entidad metafísica y reversible de las facultades Los escolásticos la apartaron y clasificaron después con sorprendente aptitud RISOLIA, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del Contrato*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1958. Pág. 20. se decía: *Ignoti nulla cupido nihil volitum nisi pracognitum*. La reflexión solo puede abstraer del acto voluntario el elemento voluntad, inseparable de otros intelectuales o afectivos.

<sup>11</sup> SAN AGUSTÍN. La ciudad de Dios. Traducción de J. C. DÍAZ DE BEYRAL. Vida de Hernando y Civa. Madrid. 1893. pág. 74. *Ignoti nulla cupido nihil volitum nisi pracognitum*. La reflexión solo puede abstraer del acto voluntario el elemento voluntad, inseparable de otros intelectuales o afectivos.

<sup>12</sup> Decía ARISTÓTELES que los actos voluntarios son objetos de alabanza o censura; los involuntarios de perdón y algunas veces de piedad. Lo voluntario es lo que principalmente determina la virtud.

<sup>13</sup> Explica, el autor, que la heteronomía no puede ser conceptuada bajo el único signo negativo de la limitación; en ella existe una naturaleza propia, que la independiza y la constituye, siendo la raíz última de la heteronomía el principio de autoridad o sea una extrema reglamentación, impuesta a la propia voluntad del individuo por virtud de normas que imperan su mandato. ROSENFELD, Carlos L. "Autonomía de la voluntad y orden público". En *Revista Notarial*. N° Especial N° 853. pág. 2159.

Es decir, en la contratación la conducta es autónoma cuando una de las partes genera normas por sí sin que la otra participe, pero al suscribir el acuerdo, y conforme a la legislación vigente, está última queda sujeta a todos los efectos legales que emanan del mismo, los cuales, en definitiva, devienen en su mayoría en su contra.

Esta cuestión es altamente problemática, ya que los cimientos en los que se construyó el Código Civil argentino se apoyaron en otra realidad<sup>14</sup>, y ahora la situación hace suponer, que las normas de dicho cuerpo legal, no son aptas para solucionar el sin fin de inconvenientes que surgen de este tipo de contratación.<sup>15</sup>

En la actualidad, la energía está puesta en la protección del débil frente al derecho, que como dice ALTERINI, no significa la destrucción de la libertad de contratar, sino la afirmación del verdadero concepto de libertad: poder obrar como se quiere, queriendo obrar como se debe, y ser libre de contratar, en auténtica noción de igualdad, sin distorsiones o presiones derivadas, generalmente de la desigualdad económica (Alterini, 1981)

## **2. RELACIÓN ENTRE CONTRATO, AUTONOMÍA Y LEY: REGULACIÓN LEGAL, CONSENSUAL Y FUERZA VINCULANTE.**

Como explican Planiol y Ripert, el Código Civil encauza la expresión de la voluntad regulando los contratos más usuales, si bien estas reglas no son de carácter imperativo. Las leyes supletorias o interpretativas constituyen marcos cómodos para las partes, que generalmente se preocupan del efecto esencial de su convenio, desatendiéndolas consecuencias jurídicas secundarias.<sup>16</sup>

Entonces, en principio, el ordenamiento jurídico permanece latente y expectante, es decir, le da prevalencia a la regulación de las partes, pero cuando esta falla o es insuficiente, es misión del juez rellenar esos vacíos, como dice Lorenzetti (1994), la lectura de la jurisprudencia revela hasta qué punto las partes han realizado una obra inconclusa. El juez convoca permanentemente a la ley, los principios generales, los preceptos judiciales, a fin de desarrollar el programa privado o bien para rectificarlo.

Ahora bien, nos preguntamos con Goldshmidt (1974), ¿Cuál de los dos principios merece en justicia la preferencia, la libertad o la autoridad?, y el notable jurista nos marca el camino sosteniendo conforme su percepción trialista del derecho que, he aquí la preferencia dikelógica del reparto autónomo, puesto que el reparto autoritario, cuesta, necesariamente una injusticia, la de ignorar la voluntad de los beneficiarios, mientras que el reparto autónomo puede llevarse a efecto sin incurrir en injusticia alguna.<sup>17</sup>

En muchas ocasiones y a través de la práctica del artículo 1197 del CC, las partes van gestando acuerdos que no se condicen con los regulados por Velez, así van creando nuevas formas contractuales. Esto es así porque la fórmula amplia del artículo 1197 del CC lo permite, al igual que la del 1134 del C C francés, otras legislaciones prevén normas más amplias para crear contratos de tipicidad social, así explica Messineo (1952), que el CC Italiano faculta a las partes a concluir contratos con finalidades prácticas aún no previstas por la ley, pero subordinando su reconocimiento a la condición de que el contrato se dirija a realizar intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico.

<sup>14</sup> VELEZ tuvo en miras la contratación individual, en donde las partes negociaban en pie de igualdad y donde ninguna se sobreponía ante la otra, lo deliberado en cuanto satisfacía los intereses de las partes, formaba parte del acuerdo y en definitiva no existía una presión hacia la contratación. Esta situación, se desnaturalizó completamente.

<sup>15</sup> La ley de Defensa del Consumidor vino a intentar moderar esta antinomia entre el derecho y la realidad, y creemos que en gran medida lo ha logrado, aunque todavía queda mucho por recorrer.

<sup>16</sup> PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge. Ob. Cit. Pág. 30.

<sup>17</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. Ob. Cit. Pág. 192.

Como dice Galgano (1992) en definitiva libertad de utilizar contratos atípicos para conseguir finalidades atípicas<sup>18</sup>

El artículo 1197 dice que lo acordado por las partes forma una regla, y nos preguntamos, cual es la finalidad y el alcance de dicha regla, en cuanto al primer planteo vale decir que la yuxtaposición de voluntades genera una fuerza vinculante, la cual en las palabras de Puig Peña tiene una raíz subjetiva y una objetiva. Al ser el contrato una proyección de la propiedad y libertad individuales, si se reconocen estas absolutamente, deben ser estimadas asimismo en sus efectos, tanto positivos como negativos. La segunda se asienta en razones de conveniencia social, pues que a la sociedad le interesa procurar el respeto y cumplimiento de lo acordado por sus miembros.

En cuanto al segundo interrogante, si bien es un criterio discutido en doctrina<sup>19</sup>, nos inclinamos por considerar que el acuerdo de voluntad no le da fundamento a la fuerza obligatoria del contrato, porque ello significaría convertir al ciudadano en legislador, nosotros creemos que dicha obligatoriedad deriva de la ley, compartimos el criterio de Mayo (1996), para quien la autonomía de la voluntad no es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato (y por ende del negocio jurídico). Explica el autor que se han confundido dos cuestiones bajo la misma noción, la autonomía de la voluntad la libertad de los particulares. Y como corolario de su apreciación nos dice que desde el momento en que la voluntad de los particulares no implica el ejercicio de un poder normativo, carece de sentido mantenerla como noción diversa de la libertad contractual.<sup>20</sup>

### 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD A LA LUZ DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Con solvencia, el jurista Messineo (1952) afirma que el principio de la autonomía de la voluntad, constituye la piedra angular de la disciplina general del contrato, que reposa, como ya hemos dicho en la idea de la libertad. Ahora bien, sabemos que en este último tiempo hemos experimentados cambios que modificaron rotundamente esta concepción, o por lo menos han influido sobre ella, hasta llegar a considerarse que se encuentra en plena crisis.

Como dice Hersalis (2005), la libertad es un don supremo del hombre, y la misma se ha visto cristalizada como medio para que el hombre logre sus proyectos personales y que los mismos no obstaculicen otros, mediante la dominación. También teniendo como fundamento la libertad, pero en ciertas oportunidades y fundamentalmente por los cambios que existieron en el mundo, como ser la revolución industrial y el maquinismo, hasta llegar a la globalización, ha llevado a que las legislaciones impongan límites a la autonomía, ella tiene como fundamento el fortalecimiento de las relaciones jurídicas en un pie de igualdad, a fin de evitar desequilibrios y desigualdades que existen en la contratación moderna.

La consecuencia inmediata de esta situación, es el debilitamiento de la autonomía de la voluntad, en este sentido Puig Peña afirma que en la actualidad, el principio de la autonomía de la voluntad, ha perdido la omnipotencia que tenía durante el siglo XIX y parte del presente, encontrándose en profunda crisis.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Como en el caso del contrato fiduciario o del contrato indirecto, o combinar entre ellas varias figuras contractuales típicas o atípicas, para realizar, como sucede en los contratos colegiados, a los que nos referiremos en su momento, intereses diversos de los que subyacen en cada contrato, singularmente considerado. GALGANO, Francisco. Ob. Cit. Pág. 68.

<sup>19</sup> Algunos autores participan de la idea de que la fuerza obligatoria del contrato deriva de la autonomía de la voluntad, pero eso es inexacto, porque quienes pueden generar obligatoriedad de las relaciones civiles son las leyes, y consecuentemente sus creadores: los legisladores.

<sup>20</sup> Explica el profesor que el contrato deriva su carácter de regla obligatoria para las partes del propio derecho objetivo que así lo reconoce, tal cual lo determina el artículo 1197 del Código Civil, pues es manifiesta la insuficiencia de la autonomía de la voluntad para explicar por qué es obligatorio lo convenido, cuando ello es el resultado de una voluntad pasada, muerta, que debe prevalecer ante una voluntad viva, que se rehúse a ejecutar el contrato. MAYO, Jorge. "La autonomía de la voluntad. ¿Es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato?" En *Revista la Ley*, Tomo 1996-E. Pág. 836.

<sup>21</sup> Entre las causas de esta situación, el autor la encuentra en la falsedad de la tan decantada igualdad de las partes en el momento de la celebración del contrato, y afirma que la vida real ha demostrado que el usuario o el consumidor acuden al contrato en condiciones de verdadera inferioridad frente a la potencia económica que supone el patrono o la empresa que disfruta de un monopolio de hecho o de derecho. PUIG PEÑA, Federico. Ob. Cit. pág. 11.



No nos caben dudas de ello, pero el motivo de esta investigación consiste en desentrañar si realmente es la autonomía de la voluntad la que está en crisis, si es el contrato o si la crisis recae en algún otro aspecto.

Hemos dicho, que la autonomía de la voluntad en el contrato consiste en poder reunir y elegir.<sup>22</sup> Crisis del contrato, crisis de la autonomía de la voluntad, son palabras que resuenan como campanarios dominicales por las Facultades de Derecho de la Argentina, en definitiva, parece una verdad consumada que el Código Civil no resiste el análisis ante la nueva realidad circundante en materia contractual que pone en tela de juicio lo expresado con precedencia.

Es óbice, que hoy existe una contratación que dista mucho de aquella que previó Velez, porque, en definitiva, la sociedad también dista mucho de aquella que vio vivir al Maestro Cordobés. Hoy, la realidad demuestra que una parte se impone en la contratación sobre otra por gozar de mayor poderío económico, es decir, la imposición del más fuerte en una sociedad capitalista, es *la imposición del más rico*.

Pero esto ¿realmente crea una crisis en la institución del contrato, y más precisamente en el principio de la autonomía de la voluntad? Mucho nos ha quitado el sueño estos interrogantes, pero las respuestas a esta complejidad planteada, la encontramos paradójicamente en la simpleza, sí, en aquellas enseñanzas que profesa la lingüística, en especial, en lo pertinente a las proposiciones.

Bueno, pero cuál es el razonamiento, qué une al entrecruzamiento de voluntades y a las proposiciones. Veamos, la proposición es un elemento gramatical semejante a la oración, pero se diferencia de esta, en que no es un enunciado independiente dentro de un texto, sino que está unida a otro enunciado, que también es una proposición.

Existen varias maneras de vincular dos oraciones pero vamos a hacer hincapié en dos tipos de proposiciones: por un lado las coordinadas, y por otro las subordinadas adjetivas.

La primera de ellas, es decir, la proposición coordinada, es aquella que relacionada con otra por medio de nexos coordinantes, (Lescano, 1998) lo característico de este tipo de proposiciones es que una oración no depende de la otra, ni se encuentra subordinada a la misma, creemos que esto simboliza en cierta manera, lo que ocurría con la contratación tradicional que reguló Velez, en donde ambas partes, en principio, se encuentran en igualdad fáctica de negociar y ninguna se halla inmersa en una disvalía que condicione su existencia en la relación.

Por otro lado, en las proposiciones subordinadas adjetivas, una oración tiene una relación de dependencia con respecto a otra oración,<sup>23</sup> porque siempre se refiere a un sustantivo, que recibe el nombre de antecedente. Y están encabezada por *nexos relacionantes*: (que quien, cuyo, donde, el cual)<sup>24</sup> Esto, creemos, simboliza la contratación actual, en donde, quien detenta el capital, se impone por sobre quien se configura como el débil de la relación, en definitiva, los consumidores o usuarios.

No vemos tan caótica la situación como la ha descripto alguna doctrina, consideramos que la ley de defensa del consumidor ha sido una herramienta eficaz para, en cierta medida, amedrentar los efectos nocivos que surgen de la eminente desprotección del débil jurídico.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Como dice RISOLÍA reunir y elegir son los verbos que corresponden a las funciones lata y estricta de la voluntad reunir es la acción que está al comienzo de la vida consciente; elegir es la acción en que la vida consciente culmina. RISOLÍA, Marco Aurelio. Ob. Cit. pág. 20. HOFFDING, H. *Bosquejo de una psicología basada en la experiencia*. Traducción de D. VACA, Madrid. Jorro 1904, Págs. 138 y sgts. ROUSTAN, D. *Lecciones de Psicología*. Traducción de G. FINGERMANN. Editorial Polet. Buenos Aires. 1938. pág. 119/465. PAULHAN, F. *La voluntad*. Traducción de R. RUBIO. Editorial D. Jorro. Madrid. 1905. Págs. 3 y 5. Como señala LOVECE la autonomía del hombre, como principio fundamental de todo sistema social, reflejado en la praxis en su libertad y capacidad de opción, encuentra dentro del sistema jurídico en el principio filosófico de la autonomía de la voluntad, su expresión más acabada. LOVECE, Graciela. "El principio de la autonomía de la voluntad. Sus Límites en la sociedad actual". *Diario La Ley*. Año LXXI N° 194. Octubre de 2007. pág. 1.

<sup>23</sup> MARÍN, Marta. Ob. Cit. pág. 243.

<sup>24</sup> LESCANO, Marta, LOMBARDO, Silvia. Ob. Cit. pág. GP-14.

<sup>25</sup> Además, esta ley se encuentra en plena evolución, recientemente hemos visto una reforma a ella y creemos que este es el camino para regular la realidad circundante. Para nada, creemos que dicha ley modificó el Código Civil, en absoluto, solo lo complementó, e impregnó con su perfume, la fragancia del necesario rejuvenecimiento en el plano contractual dentro de la gran obra de VELEZ.

De manera gráfica, hemos expuesto la problemática en estos tipos de contratación que, en ciertos aspectos difieren y en otros gozan de semejanzas. *¿Pero dónde encontramos esas similitudes?* La descripción que hemos hecho, tomada de la lingüística sería incompleta si no dijéramos que representan para nosotros el nexo coordinante y el nexo relacionante, ambos (los nexos), aunque diferentes, son elementos comunes a los dos tipos de contratación, ahora bien, agudizando nuestra sapiencia vislumbramos que en materia contractual el nexo, ese elemento en común de ambas formas de contratación, lo hallamos en *la confianza*, ello es lo que cualquier contratación tiene en común, es decir, lo que se espera del otro, y esto se proyecta tanto en la contratación individual que tuvo en mente Velez, como en la contratación de consumo que hoy impregna el fenómeno contractual.

Consideramos, sin temor a yerro, que la crisis no es normativa, no recae en el contrato como institución, ni en la autonomía de la voluntad, creemos que ella recae sobre la *confianza*, es que cada vez esperamos menos del otro y cada vez el otro espera menos de nosotros, y ese no es un problema normativo, es una cuestión social, allí reposa el problema coyuntural, ahí radican las causas, y este déficit hoy es evidente tanto en la contratación individual como en la de adhesión de consumo, por ello: *ni crisis del contrato, ni crisis de la autonomía de la voluntad, estamos frente a la crisis de la confianza.*-

#### Bibliografía

- Alterini, A. A. (1981). *Derecho Privado*. (2ª Ed.). Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot. P. 350.
- De Castro, F. (1982). Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. En *Anuario de Derecho Civil*. TOMO XXXIV. 1982. Artes gráficas y ediciones SA. P. 987 y sgts.
- Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. Traducción de F. Blasco Gascó y L. Prat Albentosa. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. P. 66.
- Goldshmidt, W. (1974). Autonomía universal de la voluntad. En *Revista española de Derecho Internacional*. Vol. XXV, Nums 1-4. Madrid. P. 183.
- Guardiola, M. A. (Octubre-Diciembre 1973). Las limitaciones a la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico De Castro. En *Anuario de Derecho Civil*. TOMO XXXVI, Fascículo IV. Artes gráficas y ediciones SA.
- Hersalis, M. y Jalil, J. (Col.). (2005). Heteronomía Vs. autonomía de la voluntad. ¿Y el derecho de defensa en juicio? *Revista La Ley Buenos Aires*. Año 12 (1). P. 21.
- Hoffding, H. (1904). Bosquejo de una psicología basada en la experiencia. Traducción de D. Vaca. Madrid: Jorro. P. 138 y sgts.
- Jalil, J. (2010). Ni crisis del contrato, ni crisis de la voluntad: la crisis de la Confianza. RCyS 2010-I, 82
- Kant (1904). Fundamentos de una metafísica de la costumbre. Traducción de A. Zozaya. Madrid: Editorial Banca económica filosófica. P. 95
- López Mesa, M. (2005). La violencia como vicio de la voluntad. *Revista La Ley*. Tomo -E. Sec. Doctrina. P. 1238.
- López Mesa, M. y Valiente, L. A. (1992). El Negocio jurídico. (manifestación de voluntad libre y consciente). *Revista La Ley*. Tomo 1992-E. Sec. Doctrina. P. 979.
- Lorenzetti, R. (1994). Análisis crítico de la autonomía privada contractual. En *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1994-IV. P. 955.



Mayo, J. (1996). La autonomía de la voluntad. ¿Es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato? En Revista la Ley, Tomo 1996-E. P. 836.

Messineo, F. (1952). Doctrina General del Contrato. Traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M, Volterra. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 16.

Marín, M. (1998). Lengua. Buenos Aires: Editorial Aique. P. 243.

Paulhan, F. (1905). La voluntad. Traducción de R. Rubio. Editorial D. Jorro. Madrid. 1905. Págs. 3 y 5.

Planiol, M. y Ripert, J. (1936). Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo Sexto. Las Obligaciones. (Primera Parte). Traducción de Mario Diaz Cruz. Ed. Habana: Cultural S. A. P. 29.

Puig Peña, F. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. Vol. II. 2º ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. P. 18.

Puig Peña, F. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. Vol. II. 2º ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. P. 18.

Risolía, M. A. (1958). Soberanía y crisis del Contrato. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. P. 20.

Ripert, G. y Boulanger, J.. Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol. Tomo IV. Las Obligaciones. Volumen I. Buenos Aires: Ed. La Ley. P. 16.

Rosenfeld, C. L. Autonomía de la voluntad y orden público. En Revista Notarial N° 853. p. 2159.

Roustan, D. (1938). Lecciones de Psicología. Traducción de G. Fingermann. Buenos Aires: Editorial Polet. P. 119-465.

San Agustín (1893). La ciudad de Dios. Traducción de J. C. Díaz de Beyral. Vida de Hernando y Civa. Madrid. P. 74.

Soler, S. *Ley, historia y libertad*. Buenos Aires: Editorial Losada. P. 95.

# CAPÍTULO III: LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y SU VINCULACIÓN CON EL DEBER DE INFORMACIÓN.

---

**Por Pablo Truscello**

## 1.- La libertad de elección del Consumidor en Argentina y en el Mercosur

La evolución del derecho del consumidor a nivel internacional se ha dado de manera constante. Pero es en la actualidad donde observamos que este derecho, a diferencia de otras épocas, ha encontrado mayor desarrollo y relevancia, debido a que el consumidor, como parte débil en los distintos tipos de relaciones de consumo, requiere cada vez más protección en una sociedad consumista.

Si buscamos un momento concreto, en el tiempo, en el cual los derechos del consumidor comenzaron a estar presente en las agendas políticas, debemos señalar la década de los sesenta, del siglo pasado<sup>26</sup>. Esto ha sido impulsado por el surgimiento de la denominada sociedad industrial. Con respecto a ello, el jurista argentino Atilio A. Alterini (1996) explica que dicha sociedad industrial tuvo que abastecer a una población en crecimiento, incorporando el uso intensivo del capital para poder aplicar la ciencia a aquel proceso de producción de bienes.

Claro está que Argentina no ha quedado exenta de las consecuencias producidas por esta “revolución consumista” y ha optado por regular el derecho al consumo dándole raigambre constitucional. Así, el artículo 42 de la Constitución Nacional garantiza a los consumidores y usuarios de bienes y servicios el 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<sup>27</sup>. Pero también, a nivel infraconstitucional, a través de la ley 24.240<sup>28</sup> -reformada por ley 26.361- este derecho se encuentra regulado.

Así las cosas, y más allá de la regulación nacional, existe un contexto internacional -y sobre todo regional- que no puede desconocerse. Los constantes cambios económicos y la creciente globalización<sup>29</sup>, generan la necesidad de crear, entre los Estados, distintos grados de integración regional, para satisfacer intereses o fines económicos y políticos comunes, eliminar progresivamente las diferencias entre los espacios económicos y, fundamentalmente, lograr una mejor inserción en la economía internacional (Laredo, 1994). En consonancia con esta idea, en el Tratado de Asunción<sup>30</sup>, que el 26 de Marzo de 1991 creó el Mercado Común del Sur (Mercosur) se afirma que dicha integración regional se hace “Teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para los países” (Tratado de Asunción, 1991, p. 2).

<sup>26</sup> Como ejemplo de nuestra afirmación, podemos tomar el hito histórico utilizado por el jurista argentino Fulvio G. Santarelli (2009) quien, al explicar este mismo punto, indica que la primera vez que los derechos de los consumidores fueron considerados en un plan de gobierno, fue el 15 de marzo de 1962, en el famoso discurso del entonces Presidente de los EE.UU., John F. Kennedy, en el cual enumeró como derechos fundamentales de los consumidores: la seguridad en el consumo de productos; la información; la libre elección y la representatividad de los consumidores. El autor que seguimos en este punto, explica que este hito americano tuvo decidida influencia en Europa, en donde el fenómeno comienza a diseminarse en la década del sesenta, principalmente en Francia, en la entonces República Federal Alemana y en el Reino Unido.

<sup>27</sup> Recuperado el 15 de junio de 2012 de <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo2.php>

<sup>28</sup> Recuperado el 05 de mayo de 2012 de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

<sup>29</sup> Nos referimos al sentido más amplio y genérico del término. Interesante es la definición aportada por el politólogo alemán Joachim Hirsch (1996), quien dice que cuando se habla de globalización pueden diferenciarse analíticamente varios niveles de significados: (i) en lo técnico, lo relaciona con la implantación de las nuevas tecnologías, y especialmente, con las revoluciones tecnológicas. Esto se vincula con las modernas posibilidades de elaboración y transferencia de información. Con gran rapidez y de manera “on line” se pueden unir regiones muy distantes. Este desarrollo sirve para el desarrollo de lo que se suele conocer como “aldea global”; (ii) en lo político, cuando se habla de globalización se hace referencia a la finalización de la “guerra fría” y a la división del mundo en dos bloques enemigos derivada de la misma. Tras la caída de la Unión Soviética, se presenta como definitiva la victoria del modelo democrático liberal. Estados Unidos se convierte mundialmente en una potencia militar dominante sin restricciones; (iii) en lo ideológico-cultural, puede entenderse la globalización como la universalización de determinados modelos de valor; por ejemplo, el reconocimiento general de los principios liberales democráticos y de los derechos fundamentales; sin embargo, también puede entenderse como la generalización del modelo de consumo capitalista. Este desarrollo se vincula fuertemente con la formación de monopolios de los medios de comunicación de masas; (iv) Por último, en lo económico, el autor al que seguimos dice que el concepto hace referencia a la liberación del tráfico de mercancías, servicio, dinero y capitales; a la internalización de la producción y también a la posición cada vez más dominante de las empresas multinacionales.

<sup>30</sup> Recuperado el 05 de mayo de 2012 de [http://www.mercosur.int/innovaportal/file/719/1/CMC\\_1991\\_TRATADO\\_ES\\_Asuncion.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/719/1/CMC_1991_TRATADO_ES_Asuncion.pdf)

Debemos aclarar que, un adecuado estudio del contexto internacional excedería los límites de este trabajo, por lo tanto nos concentraremos en realizar un breve análisis del derecho a la libertad de elección del consumidor, en la República Argentina y en el Mercosur. Consideramos que, la tutela de este derecho fundamental, ya sea en el ámbito del Mercosur o en los ordenamientos jurídicos nacionales de los miembros plenos<sup>31</sup>, no muestra el avance que se hubiera requerido para la realidad actual, repercutiendo ello, notablemente, en el derecho objeto de este estudio. La postergada aprobación del proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur, y la insuficiente legislación existente en la materia en cada uno de los miembros plenos, da cuenta de ello. Consecuentemente, el mecanismo de producción, distribución y consumo desarrollado por esta sociedad consumista, propicia el terreno para que se concreten relaciones de consumo, muchas veces, signadas por cierto grado de injusticia e inseguridad jurídica. Esta situación ya ha sido adelantada, entre otros, por el jurista argentino Ciuro Caldani (1997)<sup>32</sup>, quien sostiene que la sociedad de consumo necesita del consumidor para mantener el sistema económico pero lo impulsa, a menudo, a contratar a través de presiones (principalmente propagandísticas) e incluso engaños a los que lo somete

Sin perjuicio de reconocer que el Mercado Común del Sur, mediante resolución MERCOSUR/GMC/RES N° 126/94<sup>33</sup>, instruyó a la Comisión de Defensa del Consumidor a la elaboración de un reglamento común para la defensa del consumidor, vemos la precariedad en la regulación del derecho de libertad de elección del consumidor en el Mercosur. Asimismo, dicha resolución establece que mientras no se apruebe un reglamento común para la defensa del consumidor, se debe aplicar la legislación nacional vigente en cada país, de forma no discriminatoria. De esta manera, lejos de conseguir la seguridad jurídica requerida, se nos plantea la necesidad de analizar la tan buscada armonización de la legislación sobre el tema. Pero esto sigue siendo postergado, atento a que aún el reglamento no se encuentra concluido<sup>34</sup> y la defensa del derecho al consumidor ha quedado tan solo regulada por una serie de resoluciones que resaltan, en sus considerandos, que el proceso de armonización en esta materia es parcial, razón por la cual a medida que se avance en ese proceso se podrá considerar la complementación de los conceptos actualmente acordados y la realización de las adecuaciones que los miembros plenos consideren necesarias.

El autor brasilero, Luiz Carlos Pavan (1997) destaca que "...en los procesos de integración, además de un sistema eficiente tiene que existir una armonización, tanto para brindar protección uniforme como para influir positivamente sobre las asimetrías inexistentes". Sin embargo, este autor resalta que han sido pocos los avances para hacer efectiva la protección del consumidor en el Mercosur y, por ende, esto tiene incidencia en distintos órdenes de acuerdo al grado de profundidad que va adquiriendo la integración<sup>35</sup>.

En ese débil contexto de protección, el Mercosur solo ha avanzado en conceptos básicos del derecho del consumidor mediante el dictado de la resolución MERCOSUR/GMC/RES N° 123/96<sup>36</sup>; los derechos básicos del consumidor a través de la resolución MERCOSUR/GMC/RES. N° 124/96<sup>37</sup>, siendo en esta norma donde se garantiza el derecho a la libertad de elección y tratamiento igualitario cuando el consumidor contrate; la protección a la salud y seguridad del consumidor fue establecida en la resolución MERCOSUR/GMC/RES N° 125/96<sup>38</sup>; la publicidad de los productos está regulada por

<sup>31</sup> Son miembros plenos del Mercosur la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República Oriental del Uruguay, la República del Paraguay y la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>32</sup> Recuperado el 13 de mayo de 2012 de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/664/1262>

<sup>33</sup> Recuperado el 08 de mayo de 2012 de [http://www.mercosur.int/innovaportal/v/387/1/secretaria/busqueda\\_en\\_la\\_base\\_de\\_datos\\_documental](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/387/1/secretaria/busqueda_en_la_base_de_datos_documental)

<sup>34</sup> El reglamento común para la defensa del consumidor no ha sido concluido, debido a que Brasil se ha opuesto a su redacción sosteniendo que la entrada en vigencia de éste implicaría bajar la protección del derecho al consumidor brasilero.

<sup>35</sup> Recuperado el 13 de julio de 2012 de <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd51/protecc.pdf>

<sup>36</sup> Site cit.

<sup>37</sup> Site cit.

<sup>38</sup> Site cit.

<sup>39</sup> Site cit.

la resolución MERCOSUR/GMC/RES N° 126/96<sup>39</sup> y garantías contractuales en la resolución MERCOSUR/GMC/RES N° 127/96.<sup>40</sup>

Asimismo, nos resulta relevante resaltar que, se suman al déficit generado por la falta de armonización legislativa en la región, (i) la influencia que ejercen las empresas mediante la función económica que tienen en las operaciones comerciales, y (ii) las tendencias generadas por una sociedad de consumo. Esta situación afecta la libre elección del consumidor, derecho fundamental de la persona humana, que debe ser resguardado nacional y regionalmente.

## 2.- Tratativas previas.

Siguiendo en este punto al Presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Ricardo Luis Lorenzetti (2009), afirma que la libre elección es una libertad y no un derecho subjetivo. No obstante, la lesión a la libertad es la que puede dar causa a un derecho subjetivo. Es que durante la concreción de las prácticas comerciales previas a la configuración de la relación de consumo es donde mejor se puede visualizar la lesión a la libre elección del consumidor.

Estas tratativas previas, donde, entendemos, se puede gestar la lesión a la libertad de elección, han sido muchas veces relacionadas con la responsabilidad precontractual pero, como afirma Lorenzetti (2009), la excede ampliamente. La responsabilidad precontractual se define en virtud de un tiempo previo al contrato. Los tratos previos en materia de consumo abarcan muchos aspectos, que pueden o no, terminar en un contrato. Si bien no debemos desconocer el tema de la responsabilidad precontractual, la oferta, las ventas domiciliarias y el perfeccionamiento del contrato, hay que destacar que las tratativas previas abarcan fenómenos tales como las prácticas comerciales y el marketing; situaciones monopólicas que crean mercados cautivos; discriminación; la publicidad y el deber de informar. En este campo de análisis, bien señala Lorenzetti (2009), la legitimación activa del consumidor o usuario para actuar proviene de la lesión a un derecho subjetivo en el caso en que el trato afecte un sujeto determinado, lo cual sucede en dos supuestos: a) cuando produce una expectativa razonable en un sujeto de arribar a un contrato, y b) cuando causa un daño a un sujeto.

En este mismo sentido, la profesora Eugenia Días Palacio (1998), resalta la importancia de la información durante las tratativas previas, ya que es en ese momento donde las partes generan una relación de mutua confianza -en base al deber de negociar con lealtad y por el principio de la fuerza vinculante de la publicidad- y entran en vigor obligaciones específicas de información o aclaración. Estas obligaciones tratan de evitar que la esfera de interés de una de las partes se vea afectada como consecuencia de la falta de información debida por la otra.

## 3.- El deber de información

Una información adecuada, veraz, cierta, clara y detallada respecto de los bienes y servicios, es decisiva para verificar la libertad de elección del consumidor, toda vez que dadas estas condiciones el consumidor estará en condiciones de elegir libremente. Esta obligación recae en el proveedor quien debe suministrar toda la información necesaria para que el consumidor pueda, libremente, evaluar y comparar la calidad, precio, y condiciones de los servicios y productos ofrecidos. Para decirlo con el jurista argentino Juan M. Farina (2008)

El derecho a la debida información, y su correlativo deber impuesto al proveedor, tiene el carácter de principio general del derecho del consumidor y usuario, como lo consagra el art. 42 de la Constitución Nacional. En nuestro país, este derecho tiene rango constitucional, con lo cual se descarta toda posibilidad de discusión (p. 159).

<sup>40</sup> Site cit.

No debemos desconocer que, el cumplimiento del deber de informar por parte del proveedor, forma parte del principio de buena fe que debe regir en toda etapa precontractual. En este punto, nuestra postura es concordante con la del profesor y jurista paraguayo, José Antonio Moreno Rodríguez (2011), quien destaca que el artículo 689 del Código Civil Paraguayo –inspirado, a su vez, en el artículo 1337 del Código Civil Italiano- establece que “...en el desarrollo de las negociaciones y en la forma del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe”.

Por lo tanto, entendemos, siguiendo a Moreno Rodríguez, que una de las partes negociadoras viola el deber de informar al proporcionar datos incorrectos a la otra parte, o no le informa un hecho relevante que tiene el deber de comunicar. En virtud de lo expuesto, el profesor paraguayo distingue dos tipos de información: la primera recae sobre el objeto o contenido del eventual contrato, y la segunda sobre los potenciales efectos de dicho acuerdo. Entendemos, con el autor citado, que el primer tipo de información es el más importante pues, en relación al tema que nos ocupa, se trata de información que podría llegar a influenciar la formación de la voluntad de la otra parte negociadora y, por ende, afectar claramente su libertad de elección<sup>41</sup>.

El jurista Uruguayo Emilio Biasco (s.f.) señala que la Constitución uruguaya en el artículo 29, se refiere a la libertad de comunicación de pensamientos, protegiendo, a su vez, la posición en que se encuentra el receptor del pensamiento emitido pero, asimismo, menta la libertad de expresión –elemento básico para la emisión de los pensamientos- ya que para que exista comunicación, es necesaria la presencia de un emisor y un receptor.

Atento a esto, Biasco agrega que, en la Constitución uruguaya, se garantiza no solo la libertad de expresión de pensamiento, sino también la libertad de información, que no es la libertad de informar, sino la libertad de informarse, de recibir pensamientos ajenos.

Por lo tanto, el problema de la libertad de información es un problema de los que necesitan informarse<sup>42</sup>.

Según Biasco la libertad de elección y contratación existen solo si el consumidor conoce, a través de la educación, las diversas cualidades de los productos o servicios. La libertad de elección, insita en todo derecho subjetivo, puede comprender varias direcciones fundamentales: a) sobre ejercer o no el derecho; b) sobre la utilización de la facultad necesaria para ejercerlo (goce, disposición, pre-tensión); y c) sobre las modalidades del ejercicio del derecho (cómo, cuándo, dónde)<sup>43</sup>.

Siguiendo al autor uruguayo podemos afirmar que, tanto la libertad de elección, como el derecho a la información, son derechos básicos del consumidor que forman parte -o derivan directamente- de los denominados derechos humanos.

En el ámbito del Mercosur advertimos que la posibilidad de establecer relaciones de consumo que exceden los límites de un Estado, y la falta de regulación que armonice los ordenamientos nacionales, propician las condiciones que vulneran la libertad de elección.

#### **4.- El deber de informar y su operatividad en los contratos de consumo.**

Es preciso destacar que, es en el ámbito de los contrato de consumo donde la libertad de elección del consumidor puede verse afectada y, por ende, también, se afectará la autonomía de la voluntad. Pero antes de adentrarnos en el análisis de un tipo de contrato, que pueda ejemplificar lo que sostenemos, nos parece necesario dejar en claro, a que nos referimos cuando hablamos de contratos de consumo.

<sup>41</sup> Recuperado el 18 de julio de 2012 de <http://cedep.files.wordpress.com/2011/12/cuestionario-plac.pdf>

<sup>42</sup> Recuperado el 17 de julio de 2012 de <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/consumidor.PDF>

<sup>43</sup> Site cite.



Aunque parezca obvia la aclaración, es importante considerar que un contrato de consumo se da en el ámbito de lo que se denomina relación de consumo. El artículo 3 de la ley 24.240<sup>44</sup>, establece que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. La regulación de ese vínculo jurídico no está dada solo por la ley 24.240, sino, también, por la ley 25.156<sup>45</sup> de Defensa de la Competencia y la Ley 22.802<sup>46</sup> de Lealtad Comercial.

La ley argentina, en su artículo 1, considera consumidor tanto a la persona física como a la jurídica, siempre que estas adquieran o utilicen bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Asimismo, incluye en su definición de 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.

Nos parece relevante la definición brindada por la ley, ya que podemos inferir que el legislador busca la protección del consumidor, con prescindencia de que éste se encuentre emplazado dentro de una relación de consumo. Por lo tanto, su objetivo es la defensa del consumidor o usuario. Para decirlo con Rinesi (20--) la ley, con respecto a la relación de consumo, no la toma como objeto de la misma, sino como una precisión conceptual<sup>47</sup>.

Con respecto al proveedor, parte necesaria, para la existencia del contrato de consumo, la ley establece, en su artículo 2, que es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

Así las cosas, podemos afirmar que la relación de consumo cuenta con elementos subjetivos, como ser el consumidor o usuario y el proveedor, y un aspecto objetivo que está compuesto por los contratos de consumos, celebrados por consumidores o usuarios y proveedores de bienes y servicios.

Entendemos que, la libertad del consumidor se podrá ver afectada, no solo durante las denominadas tratativas previas, sino también, durante la ejecución de determinados contratos cuyo objeto contractual se perfecciona en base a la información brindada por el proveedor.

Generalmente, la mayoría de los contratos de consumo, se instrumentan mediante los denominados contratos de adhesión. Estos contratos se caracterizan por, establecer condiciones generales y especiales de contratación, que son establecidas únicamente por el proveedor, quedándole al consumidor, tan sólo, la opción de aceptar o no dichas condiciones. Es en este tipo de contratos donde advertimos, con mayor claridad, que la autonomía de la voluntad se ve desplazada, toda vez que se omiten las tratativas previas, y el consumidor no tiene la posibilidad de negociar las condiciones de contratación. Asimismo, muchas veces, preso de la necesidad (más allá de que ésta sea real o creada por el mercado) el consumidor acepta sin advertir la existencia de ciertas cláusulas abusivas, que son característica constante en estos tipos de contratos.

Mediante este ejemplo queremos remarcar la existencia del desequilibrio que se genera entre los contratantes. Por un lado, el proveedor quien concentra los medios de producción, maneja la oferta, establece los precios y las condiciones generales y especiales de contratación y, por el otro lado, el proveedor adherente, parte débil de la relación de consumo. Así, entran en juego, para tratar de

---

<sup>44</sup> Site cite.

<sup>45</sup> Site cite.

<sup>46</sup> Site cite.

<sup>47</sup> Recuperado el 27 de octubre de 2012 de <http://www.protectora.org.ar/wp-content/2010/junio%202010/La%20Relaci%C3%B3n%20de%20Consumo%20en%20la%20Ley%2026.361%20y%20en%20la%20Constituci%C3%B3n%20Nacional.pdf>



equilibrar esta relación, dos principios fundamentales: (i) el principio elemental del derecho contractual, que es el principio de buena fe. Si bien este principio es aplicable a las dos partes, es evidente que es el proveedor quien tiene mayor implicancia en la instrumentalización del contrato. Además, esta figura contractual, carece de negociación previa, por ello, sostenemos que el deber de buena fe debe recaer con mayor intensidad sobre el proveedor y, (ii) el indubio pro consumidor, que establece que en caso de duda respecto de las condiciones pactadas (que fueron propuestas arbitrariamente por el proveedor) se interprete y se aplique de la manera más beneficiosa para el consumidor.

En este sentido, el jurista Vázquez Ferreyra (1991), dice que:

Entre sus funciones, la buena fe, cumple un papel integrador con fuerza jurígena, ampliando el conjunto de obligaciones propio de todo negocio jurídico en particular. De esta forma, la buena fe, en su función que analizamos, acuerda al consumidor o usuario el derecho a exigir no sólo las calidades propias genéricas del bien o servicio de que se trate, sino también todo lo que se ha ofrecido en la actividad promocional, aunque no se haya particularizado individualmente el contrato.<sup>48</sup>

Claramente, al afirmar Vázquez Ferreyra que el consumidor y usuario tienen el derecho de “exigir no sólo las calidades propias genéricas del bien o servicio de que se trate, sino también todo lo que se ha ofrecido en la actividad promocional”, resalta la importancia de la información con la que debe contar el consumidor a la hora de contratar y, asimismo - sostenemos nosotros - durante toda la ejecución del contrato de consumo.

No quedan dudas que la incorporación de cláusulas abusivas atentan contra la buena fe que debe regir en toda relación contractual. Tal como lo sostienen Stiglitz Rubén y Gabriel A. Stiglitz (1992):

El punto de equilibrio queda desplazado y el contrato se transforma – vía cláusula abusiva – en potencial instrumento de opresión que ejerce el polo dominante (predisponente), fracturándose indirectamente el principio conmutativo de distribución de sacrificios.<sup>49</sup>

Si bien la ley 24.240, no se refiere directamente a las cláusulas abusivas, sí hace mención en su capítulo IX a los términos abusivos y cláusulas ineficaces. La ley establece, en el artículo 37, que deberán tenerse como no convenidas: (i) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, (ii) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte y, (iii) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Posteriormente, recepcionando el principio del indubio pro consumidor, indica que se deberá interpretar en el sentido más favorable para el consumidor y cuando existan dudas, sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

No es un dato menor, para los fines de este trabajo, resaltar que la ley 24.240 indica que si el oferente viola el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgrede el deber de información<sup>50</sup> o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas.

El artículo 38 de la ley 24.240, regula los contratos de adhesión (o Contratos en Formularios), dejando en manos de la autoridad de aplicación la vigilancia de estos contratos de adhesión o similares, para evitar que estos contengan las cláusulas del tipo previstas en el artículo 37, y la vigilancia de aquellos contratos cuyas cláusulas uniformes, generales o estandarizadas hayan sido redactadas

<sup>48</sup> Recuperado el 27 de octubre de 2012 de <http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-022.pdf>

<sup>49</sup> Site cite.

<sup>50</sup> Dr. TRUSCELLO, Pablo

unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que el consumidor tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Por último, no podemos cerrar este apartado, sin antes al menos, hacer una breve mención del tratamiento que, el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial Argentino,<sup>51</sup> le da a la relación de consumo. El artículo 1092 del proyecto recepciona lo establecido tanto en el artículo 1, como en el artículo 2 de la ley 24.240.

También, es destacable la incorporación de la noción de contrato de consumo - establecida en el artículo 1093 - el cual quedará configurado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social. Mediante este artículo, el proyecto define el contrato de consumo e, indirectamente, el concepto de proveedor. Finalmente, el artículo 1095 refiere al principio del indubio pro reo, ya establecido, como señalamos *up supra*, en el artículo 37 de la ley 24.240.

Entendemos así, que la libertad del consumidor se ve claramente vulnerada mediante la celebración de los contratos de adhesión, toda vez que la falta de negociación previa, momento donde creemos se gesta la autonomía de la voluntad, queda reducida a la mera aceptación (si o no) por parte del consumidor. Estas prácticas, propician las condiciones necesarias para la generación de las denominadas cláusulas abusivas, que más allá de la nulidad de las mismas, siguen siendo utilizadas en estos tipos de contratos aprovechándose, muchas veces, de la necesidad, o falta de información adecuada del consumidor.

## **5.- El deber de informar y la imprecisión legislativa a nivel nacional y mercosureño.**

En este apartado observaremos como los miembros plenos del Mercosur han regulado, internamente, el deber de informar. Asimismo, destacaremos una imprecisión legislativa que se repite en cada una de esas legislaciones y, entendemos, puede interferir tanto en la libertad de elección del consumidor, como en la voluntad de cumplimiento de aquel que tiene la obligación de informar.

Como es sabido, el art. 4º de la ley 24.240, de defensa al Consumidor de la República Argentina, establece que “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización”. Más allá del esfuerzo de la doctrina en explicar la esencia del artículo en cuestión, entendemos que es prudente resaltar qué poco preciso ha sido el legislador al hablar de “características esenciales de los bienes y servicios”. Debido a ello, la jurisprudencia ha interpretado este artículo buscando desentrañar la voluntad del legislador y el sentido último de la norma. Es así, que la Sala III de la Cámara Contencioso y Administrativo Federal en los autos “Banco Sudameris S.A. c/ DNI-Disp 892/04” (Expte 501:0029783/03)<sup>52</sup> del 13 de julio de 2006, siguiendo el precedente de Sala II en los autos caratulados “Diners Club Argentina S.A.C. y de T. c/ Secretaría De Comercio e Investigaciones s/ Disp. DNCI 165/97”<sup>53</sup>, del 04 de Noviembre de 1997, estableció que:

El art. 4 de la ley 24.240 persigue la búsqueda de la voluntad real, consciente e informada del usuario respecto a las ventajas y desventajas del servicio que contratan. La razón de la norma se halla en la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, al efecto de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio en relación al cual pretende contratar

<sup>51</sup> Recuperado el 16 de junio de 2012 de <http://www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines/especiales/23062010/ibanez.php>

<sup>52</sup> Recuperado el 16 de junio de 2012 de <http://ar.vlex.com/vid/contencioso-administrativo-federal-n-4-13-35088991>

<sup>53</sup> Recuperado el 16 de junio de 2012 de <http://ar.vlex.com/vid/contencioso-administrativo-federal-n-4-13-35088991>

Más recientemente la misma sala, el 04 de agosto de 2009, en los autos “OSDE – Organización de Servicios Directos Empresarios SA c/DNCL -Disp. 376/08” (Expte. S01: 132.269/04)<sup>54</sup>, indicó:

Que el derecho a la información que el artículo 42 de la Constitución Nacional reconoce al consumidor, halla su exacto correlato en el deber de información impuesto con alcances genéricos a los proveedores de bienes y servicios por la ley de defensa del consumidor en su art. 4º, cuando expresa: “Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos” (conf. esta Sala, in re, “Epac S.R.L. c/Sec. de Comercio e Inversiones- disp. DPCI 582/97, del 11/11/1997). La razón de esta normativa se halla en la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, al efecto de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio en relación al cual pretende contratar.

La sala B de la Cámara Nacional Comercial, el 16 de marzo de 2010, en la causa “Ibáñez Pedro Ernest contra HSBC Bank Argentina S.A sobre Ordinario”<sup>55</sup>, se manifestó en contra de la posibilidad de que el proveedor pueda ampararse en la ambigüedad del artículo 4º de la ley 24.240, expresando que:

Cabe recordar en el caso la importancia y el desarrollo que ha tenido la tutela de los derechos del consumidor en nuestro país y en el derecho comparado, teniendo su punto máximo de consagración la sanción de la ley 24.240 y la posterior incorporación del tema en la Constitución Nacional de 1994. Por ello no es ocioso, distinguir que una entidad financiera no puede imprudentemente refugiarse en situaciones ambiguas, imprecisas u oscuras; su calidad profesional la obliga a un obrar diligente y el interés general exige que los servicios que presta funcionen responsablemente y adecuadamente, pues los consumidores descuentan su idoneidad

Asimismo, el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial Argentino<sup>56</sup> del año 2012 regula la información y la publicidad dirigida a los consumidores. En el artículo 1100, establece la obligación del proveedor de suministrar información al consumidor, pero para ello utiliza la misma fórmula legislativa que el art. 4º de la ley 24.240, y reitera la imprecisión legislativa que venimos destacando al establecer que 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.

Así las cosas, la lógica del artículo debe analizarse desde lo que se denomina principio de la transparencia. Para decirlo con el jurista francés Jean Carbonnier (2004), la obligación de informar es menester entenderla dentro del principio de la transparencia que debe regir en las relaciones patrimoniales intersubjetivas.

En esta misma línea de pensamiento, el jurista argentino Fulvio G. Santarelli (2009) señala que mediante el principio de transparencia se procura eliminar las denominadas cláusulas abusivas, también denominadas sorpresivas.

La transparencia es un valor de las relaciones de mercado que es susceptible de optimización, teniendo en cuenta que las relaciones de consumo cada vez son más complejas.

Asimismo, la sofisticación de los medios de acceso al consumo, de financiamiento, complejidad de los servicios ofrecidos, etc. reclama cada vez más caudal informativo. Santarelli añade -y nosotros hacemos extensiva esta afirmación para el ámbito del Mercosur- que la transparencia no se

<sup>54</sup> Recuperado el 16 de junio de 2012 de <http://www.protectora.org.ar/salud-medicamentos-medicina-prepaga-y-o-sociales/fallo-que-ratifica-multa-por-no-cubrir-prestacion-de-operacion-ocular-y-no-cumplir-el-deber-de-informacion/1513/>

<sup>55</sup> Site cite.

<sup>56</sup> Recuperado el 9 de julio de 2012 de <http://www.colabogados.org.ar/archivos/proyecto-codigo-civil-y-comercial-8842012.pdf>

logra sólo con agudizar el deber de información en cabeza del proveedor, a favor del consumidor, sino que es necesario implementar políticas que permitan aumentar los niveles de información del consumidor medio en general.

Al indagar la normativa venezolana, advertimos que la existencia de la ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios<sup>57</sup>, garantiza a las personas el derecho a la información precontractual. Así, los juristas venezolanos José F. Annicchiarico Villagrán y Claudia Madrid Martínez<sup>58</sup> (s.f) comentan que, la ley mencionada, obliga al proveedor a suministrar información veraz y suficiente para que las personas puedan formar su voluntad de manera libre y consciente al momento de contratar. Dentro de los derechos más importantes que establece esta ley -destacan los autores venezolanos- se encuentran una información suficiente, oportuna, clara y veraz que le permita al consumidor ser consciente sobre las características y riesgos del producto antes y después de la adquisición, y la protección contra la publicidad engañosa o subliminal.

Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez afirman, además, que la obligación precontractual de dar información y la obligación de informarse forman parte de los deberes positivos de cooperación, lealtad y de diligencia recíproca que dan contenido a la noción de buena fe objetiva en la fase precontractual.

## **6.- La libertad del consumidor en la llamada “sociedad de consumo”.**

Otro concepto que no debemos perder de vista, cuando hablamos del derecho a la libertad de elección del consumidor, es el de “sociedad de consumo”.

La denominada sociedad de consumo, tuvo su génesis en la década del sesenta del siglo pasado, pero no ha dejado de evolucionar. Según el jurista francés, Didier Ferrier (1996) en dicha sociedad el sujeto es inducido por el poder que ejercen los proveedores de bienes y servicios a la satisfacción de las necesidades materialmente creadas.

Agregamos, siguiendo al jurista brasilero Ronaldo Porto Macedo Jr. (2006), que la historia del derecho del consumidor se debe relacionar con el nacimiento de los mercados de masa, especialmente luego de la Segunda Guerra Mundial, ya que en ese periodo se produjo una expansión en el consumo de bienes durables jamás vista en la historia del capitalismo.

Es en ese marco histórico, en el cual se produce el advenimiento, entre las economías capitalistas mundiales, de la llamada sociedad de consumo, sociedad que ha seguido los parámetros establecidos originalmente por los Estados Unidos y ha sido rápidamente acompañada por las demás sociedades capitalistas avanzadas. Por lo tanto, debemos destacar que la sociedad de consumo compone el ambiente en el interior del cual irá desarrollándose el derecho del consumidor.

Por otro lado, dice Lorenzetti (2009) que, la demanda (entiéndase como la necesidad de consumo) es creada por la publicidad, el marketing, los atractivos como el sorteo, la conexión entre bienes de distinta naturaleza, la creación de situaciones jurídicas de cautividad. El consumidor, en muchos casos, no compra porque necesita ni es la necesidad la que crea la oferta. Muy por el contrario, es a la inversa, pues la oferta crea la necesidad.

Se compra porque se vio una buena publicidad, porque se desea un estatus particular al que va asociado el producto, porque se ganó un sorteo, porque se está en una situación cautiva que obliga a comprar; se pagan precios porque no hay otras opciones, se adquieren accesorios porque están adheridos inevitablemente al bien que se desea.

<sup>57</sup> Recuperado el 17 de julio de 2012 de <http://www.suscerte.gob.ve/index.php/es/la-institucion/biblioteca-suscerte/marco-legal/leyes/260-ley-para-la-defensa-de-las-personas-en-el-acceso-a-los-bienes-y-servicios>

<sup>58</sup> Recuperado el 17 de julio de 2012 de [http://www.fundacionfuego.cl/archivos/catedra\\_der\\_cont\\_informe\\_venezuela.pdf](http://www.fundacionfuego.cl/archivos/catedra_der_cont_informe_venezuela.pdf)

La publicidad y el marketing, terminan siendo determinantes en la personalidad del consumidor. Ello es así pues, como afirma la investigadora española Cristina Santamaría (2002), la publicidad ha sido la gran encargada de producir la parafernalia de la *imago* mitológica de los valores fundamentales de la cultura de occidente los cuales, inexorablemente, tienden aludir el mercado en tanto institución central del amplio y cambiante mundo de las mercancías materiales y de las intangibles axiologías de dominación, es decir, de la producción de mercados ideológicos<sup>59</sup>.

Carlos Alberto Ghersi (2005) destaca la importancia de la publicidad en el consumo, y analiza cómo repercute la misma en la sociedad. Este fenómeno es denominado, por el autor, como publicidad inductiva, y la define como aquella que conforma una sociedad consumista, instaurando la marginación, la desigualdad, la apetencia desmedida y el trastocamiento de valores.

Asimismo, nos resulta interesante remarcar lo que Santarelli (2009) menciona. El autor sostiene que, en el proceso de comercialización aparecen dos aliados: la publicidad y el crédito:

La publicidad, es la que genera, en el consumidor, la necesidad de innovación. Con lo cual, claramente, la publicidad de hoy en día no se limita, simplemente, a presentar y mostrar el producto ofertado, sino que va más lejos. La publicidad utiliza la persuasión como herramienta y, mediante el diseño de nuevos hábitos, genera convicción en el consumidor, marcando la agenda del quehacer diario de los individuos; genera costumbres, idiosincrasia, que de por sí sólo conduce al consumo.

El crédito. Mediante la aparición de sofisticados sistemas financieros que abren líneas de crédito al consumo, se sacia el anhelo consumista; pero, al mismo tiempo, se invade la capacidad de pago del consumidor. Es así que el consumidor termina siendo gobernado, más por aquella ansiedad que por decisiones presupuestarias en términos de utilidad y conveniencia.

## 7.- La libertad de elección del consumidor y su importancia universal

Atento a lo analizado hasta aquí, estamos en condiciones de afirmar que la importancia de la libertad de elección es universal. Y así lo ha resaltado en 1985 las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas, y en su versión ampliada de 1999. Las directrices mencionan, en el artículo 3º, inciso c), que se procurará atender el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual.<sup>60</sup>

Estas directrices, fueron analizadas por el jurista argentino Gabriel Stiglitz (1995), quien resalta que las Naciones Unidas, mediante las mismas, indican que los gobiernos deben garantizar:

1) protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar la posibilidad de los consumidores de elegir en el mercado;

2) la competencia leal y efectiva, a fin de brindar a los consumidores la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos; y

3) que las medidas de protección al consumidor se apliquen en beneficio de todos los sectores de la población.<sup>61</sup>

Así las cosas, cabe remarcar el rol que cumple la información, al momento de analizar el respeto que se le da a la libertad de elección. Interesante resulta destacar la opinión de la profesora Eugenia Días Palacio (1998):

<sup>59</sup> Recuperado el 25 de mayo de 2012 de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/852/745>

<sup>60</sup> Recuperado el 01 de junio de 2012 de [http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption\\_sp.pdf](http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_sp.pdf)

<sup>61</sup> Recuperado el 01 de junio de 2012 de <http://derechoshumanos.argentinidad.com/10.ARTICULO%20STIGLITZ%20CLASIFICACION%20LA%20LEY.doc>



En los tiempos modernos en que vivimos, el derecho a la información se encuentra vulnerado por el tecnicismo, la carrera publicitaria desmedida, la competencia desleal, la publicidad engañosa y agresiva, siendo el único perjudicado el consumidor, a quien le deforman la opinión, le restringen la espontaneidad de su elección, le relativizan su poder de decisión y, como consecuencia de ello disminuye su libertad de contratar, siendo, por ende la parte más débil del contrato... (p. 95).

Se suma a esta postura, la del jurista argentino Miguel Ángel Ciuro Caldani, para quien a los consumidores se les debe garantizar la libertad de elección con la debida disponibilidad de información y el amparo contra la publicidad engañosa<sup>62</sup>.

Sostenemos –al igual que lo hace Gabriel Stiglitz (1995)- que la protección del consumidor en el proceso de integración económica (Mercosur), aún no ha concretado una armonización legislativa sobre los distintos aspectos de la defensa del consumidor, con el objetivo de alcanzar un alto grado de protección. Asimismo, adjudicamos la falta de armonización y regulación de la materia, a un contexto de debilidad en la estructura del proceso de integración del Mercosur -desde el punto de vista normativo e institucional lo cual conlleva –decimos aquí siguiendo al autor precedentemente mencionado- una seria dosis de inseguridad jurídica para las comunidades, pero también, dudas en torno a la eficiencia práctica de sus medidas, decisiones y el futuro mismo del Mercado Común del Sur<sup>63</sup>.

En este punto creemos que la armonización legislativa es:

Un recaudo insoslayable para el funcionamiento de la integración económica y la libre circulación de mercaderías intra-comunitaria. Ello resultaría impracticable mediando diferentes niveles de protección en cada Estado, en orden a standards de información, calidad y seguridad sobre los productos y servicios, a los respectivos sistemas de garantías y responsabilidades, etc. Thierry Bourgoignie explica que si las medidas de protección de las cuales se benefician los consumidores de un país determinado, no son equivalentes en los otros países miembros, y tampoco a nivel comunitario se acuerda un grado igualmente elevado de protección, entonces, del proceso de integración económica, resultaría una pérdida para aquellos consumidores, que se verían mejor protegidos en su orden jurídico nacional (Stiglitz, 1995)<sup>64</sup>.

## 8.- Palabras finales

Sin desconocer que la libertad de elección ha sido regulada internamente en Argentina, y en los ordenamientos jurídicos de los miembros plenos del Mercosur, destacamos la imprecisión legislativa que existe sobre el tema. Esta situación, sumada a la falta de una armonización normativa mercosureña, y a las relaciones de consumo cada vez más complejas –que pueden darse a nivel nacional o regional- nos invita a reflexionar sobre la amplitud, influencia, calidad e importancia de la libertad de elección del consumidor en Argentina y en el Mercosur.

## Bibliografía

- Alterini, A. El consumidor en la sociedad postmoderna. *La Ley*, 1996 – E, p. 818.
- Annicchiarico Villagrán J., Madrid Martínez C. (20--). Proyecto principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Recuperado el 17 de julio de 2012 de [http://www.fundacionfueyo.cl/archivos/catedra\\_der\\_cont\\_informe\\_venezuela.pdf](http://www.fundacionfueyo.cl/archivos/catedra_der_cont_informe_venezuela.pdf)

<sup>62</sup> Recuperado el 04 de junio de 2012 de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/search/results>

<sup>63</sup> Site cit.

<sup>64</sup> Site cit.

- Biasco, E. (20--). Análisis de los denominados derechos básicos del consumidor. Recuperado el 17 de julio de 2012 de <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/consumidor.PDF>
- Caldani, C. (1997). La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo. Recuperado el 04 de junio de 2012 de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/774/586>
- Carbonnier, J. (2004). *Droit Civil, Les biens. Les Obligations*. Paris: PUF
- Días Palacio, E. (1998). El Derecho a la información y la seguridad en el consumo de alimentos. En Ghersi C. (coord.). *La responsabilidad de las empresas y la tutela del consumidor de alimentos* (pp. 95-107). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Farina, J. (2008). *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.
- Ferrier, D. (1996). *La protección des consommateurs*. Paris: Dalloz.
- Ghersi, C. A. (2005). *Cuantificación Económica. Contratos de Consumo*. Buenos Aires: Astrea.
- Laredo, I. (1994). *América latina en el sistema internacional. La integración regional como herramienta de transformación de "status". Estado, Mercado y Sociedad en el Mercosur. Pautas para su viabilización*. Rosario: Universidad Nacional de Rosario.
- Lorenzetti, R. L. (2009). *Consumidores segunda edición actualizada*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Moreno Rodríguez, J. A. (2011). Proyecto principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Recuperado el 17 de julio de 2012 de <http://cedep.files.wordpress.com/2011/12/cuestionario-plac.pdf>
- Pavan, L. C. (1997). La protección del consumidor en el Mercosur. Análisis comparativo de los sistemas de Argentina, Brasil y Chile. Recuperado el 13 de julio de 2012 de <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd51/protecc.pdf>
- Porto Macedo Jr., R. (2006). *Contratos relacionales y defensa del consumidor*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA-La ley.
- Rinessi, J. A., Rey de Rinessi, R. (20--) La relación de consumo en la ley 26.361 y en la constitución nacional.  
Recuperado el 27 de octubre de 2012 de <http://www.protectora.org.ar/wpcontent/2010/junio%202010/La%20Relaci%C3%B3n%20de%20Consumo%20en%20la%20Ley%2026.361%20y%20en%20la%20Constituci%C3%B3n%20Nacional.pdf>
- Santamaría, C. (2002). La publicidad como voluntad de representación. *Revista Política y Sociedad*. Recuperado el 25 de mayo de 2012 de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/852/745>
- Santarelli, F. (2009). El desarrollo del derecho de los consumidores y usuarios. En Picasso S. y Vázquez Ferreyra R. (coord.). *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada* (pp. 17-72). Buenos Aires: La Ley.



CAPÍTULO IV: EL DAÑO MORAL Y SU CUANTIFICACIÓN:  
UN ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN VISTA DEL CÓDIGO DE DEFENSA DEL  
CONSUMIDOR EN EL DERECHO BRASILEÑO

---

Por Carla ROCHA PORDEUS y María MÔNICA DE ALMEIDA

## EL Daño Moral Y SU CUANTIFICACIÓN

### 1 Introducción

En este trabajo se abordará el problema de la cuantificación de los daños materiales mediante la realización de un análisis más detallado acerca de los daños morales en las relaciones de consumo. Al principio, se tratará de exponer, en general, el concepto de daño, haciendo hincapié en el Daño Moral y su evolución en dichos ordenamientos jurídicos. Para tanto, será resaltada las teorías existentes sobre la naturaleza jurídica de la reparación por daños morales, así como los criterios para su cuantificación.

Se observa que, en la legislación brasileña, el Daño Moral fue reconocido y consagrado en el art. 5º, incisos V y X de la *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia sigue siendo muy debatido, sobre todo en el caso de la dicha cuantificación, ya que el contenido subjetivo de la cuestión, que, delante de la falta de “métodos exactos “para definirlo, no existe además, la posibilidad de reunir una certeza, dejando así a la acción discrecional del magistrado la fijar del *quantum*.

Examinará los criterios que siguen siendo adoptados para la cuantificación del Daño Moral por el magistrado en Brasil, así como la manifestación del *Superior Tribunal de Justiça* para establecer parámetros uniformes para esta fija.

Al mismo tiempo, se abordará el concepto y evolución histórica del Derecho del Consumidor en el sistema jurídico brasileño, haciendo hincapié en el problema de los daños morales en las relaciones de consumo y su cuantificación, ya que, dada la ausencia de disposición expresa de legislativa, el tema cuelga la uniformidad.

Esta investigación tiene como objetivo, en su desarrollo, presentar un breve análisis de las cuestiones clave relacionadas con el Daño Moral y el CDC, estudiados por la doctrina y jurisprudencia patrias, principalmente con el análisis de la jurisprudencia. Como apoyo a los argumentos desarrollados, se consideró, básicamente, las doctrinas de Derecho Civil y Derecho del Consumidor, el derecho brasileño, y algunos juzgados del *Superior Tribunal de Justiça* y tribunales de primera instancia.

### 2 Concepto y evolución histórica del Daño Moral

Antes de entrar en el tema específico de este trabajo, es necesario hacer algunas consideraciones acerca del contexto del daño en la doctrina de la responsabilidad civil. Bastante sencillo, se puede decir que todas los agentes de Daño Moral tiene la obligación de repararlo, y esta afirmación se basa en la teoría de responsabilidad, cuyos supuestos son: acción u omisión del agente, culpa del agente cuando subjetiva la responsabilidad; relación de causalidad y el daño sufrido por la víctima.

Por lo tanto, se entiende que es esencial la existencia de daño o perjuicio a la configuración de la responsabilidad civil. Reforzando la importancia de este concepto *María Helena Diniz* (2003) explica que hay tres elementos necesarios para el establecimiento de la responsabilidad: una acción u omisión, un daño material o moral, y el vínculo entre los dos primeros.

Al abordar el tema, Cifuentes (1999) afirma que “para el derecho privado, además de antijurídico por haber-se contrariado una ley tomada en sentido material (cualquier norma emanada de autoridad competente), es necesario que haya un daño causado. Sin daño, en derecho privado, no hay stricto sensu acto ilícito, pues este derecho tiene por finalidad resarcir, no reprimir o punir.”

Por lo tanto, dice que, cualquier tipo de responsabilidad en virtud del examen (contractual, extracontractual, objetivo o subjetivo), el daño es elemento indispensable para su configuración.

La doctrina brasileña comparte el mismo concepto que se extrae de la afirmación Sergio Cavalieri *apud* Stolze,

*“o dano, é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.”*<sup>65</sup>

En cualquier caso, después de la noción de daño, para el estudio evolucionar, llegando a la parte alta del problema propuesto, se presenta con considerable importancia el enfoque de la distinción entre las especies de daño.

En este sentido, la mayoría de la doctrina reconoce como especie de daño, el daño material, también conocido por parte de la doctrina de daño patrimonial, y el Daño Moral, también llamado de daño inmaterial o daño extrapatrimonial.

El Daño Moral, según Bodin de Moraes es el que “[...] *independentemente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros*”<sup>66</sup>.

Para Pablo Stolze<sup>67</sup>, “o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, ou seja, o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”.

En la lección de Alberto Bueres *apud* Ritto (2010): “El Daño Moral, cuando menos en una acepción primaria o pura, es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que ha de ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual).”

Aun invocando las enseñanzas de la doctrina argentina Zannoni (2005) dijo que “denomínase “Daño Moral” – o agravio moral- al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico.”

Discutido los conceptos de Daño Moral, hay que destacar que la profundidad del daño material no se incluye en los propósitos de este estudio, razón por la cual no se hará posible los detalles de la institución, que se limita en cuanto al análisis del Daño Moral, que será llevado a cabo ahora de forma individual en los hilos siguientes.

## 2.1. Daño Moral en el derecho brasileño

Para una mejor comprensión del tema, la cuestión de los criterios para la cuantificación de Daño Moral, es creíble realizar un rápido bosquejo histórico sobre la figura del Daño Moral en el derecho brasileño, desde la fase de sin reparabilidad hasta hoy en día, en particular, teniendo en cuenta la evolución del pensamiento doctrinal y jurisprudencial sobre la materia.

Por lo tanto, es necesario establecer un marco teórico, dividiendo el marco en dos fases: el Daño Moral antes de la vigencia del Código Civil de 1916 y el Daño Moral desde el Código Civil de 1916.

<sup>65</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo Novo Curso de Direito Civil, volume III: Responsabilidade Civil. 6. Ed. Rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.

<sup>66</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 157.

<sup>67</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo. Op. cit., p. 57.

Esta división no tiene el propósito de demostrar la existencia de positivación del daño en el derecho brasileño, o incluso si se utiliza como criterio para la separación de la responsabilidad civil y penal, pero si, por razón de la aparición de la “aceptación” del Instituto de la reparación por daños morales por parte de la doctrina (en especial) y la jurisprudencia patria (a partir de la otorga de la Constitución de 1988), en particular, por el mejor trato legislativo dado a la materia.

### 2.1.1 Daño Moral en el derecho brasileño antes de la vigencia del Código Civil de 1916.

Con la proclamación de la República y la otorga de la Constitución del Imperio en 1824, que revocó las *Ordenações Filipinas*, establecía en su artículo 179, inciso XVIII: “*Organizar-se-á quanto antes um código civil, e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade*”.

Así, antes de la vigencia del Código Civil de 1916, hubo la aprobación, en 1830, el Código Criminal, que contenía predicción sobre la reparación del daño, aunque no había ninguna referencia expresa al patrimonio moral.

Esto se debe porque la Ley de 1830 establecía que “*a indenização será a mais completa que for possível; no caso de dúvida, será a favor do ofendido*”. Sin embargo, dejó en claro que la responsabilidad extracontractual sería plena.

Más tarde, bajo la fuerte influencia traída por el Código Civil Portugués, el Código Penal Brasileño de 1890 garantiza, explícitamente, en su artículo 276: “*prestação pecuniária satisfatória de dano moral, nos casos de atentados contra a honra da mulher*”. En otros casos, hacía referencia al artículo. 70 de esta Ley para que la indemnización por los perjuicios sufridos fuesen regidos por el Derecho Civil.

Con la entrada en vigor del Decreto 2.681/1912, que regulaba la responsabilidad civil de los ferrocarriles en Brasil, hubo un enfoque de indemnización por daños morales, incluyendo, de conformidad con el art. 17, con las disposiciones expresas de la presunta culpabilidad de los ferrocarriles sobre “*desastres que nas suas linhas sucederem os viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea*”, menos las hipótesis que figuran en los incisos I y II.

Había también la predicción de la culpa solidaria entre los ferrocarriles y los agentes que, debido la culpa, competían por el accidente (art. 18), así como el derecho de regreso de un ferrocarril sobre la otra cuando los desastres ocurren en la primera línea por culpa de la segunda (art. 19).

Sobre la cuestión de reparación civil, el art. 20 del Decreto establecía que, “*nos casos de ferimento, a indenização será equivalente às despesas do tratamento e os lucros cessantes durante ele*”, hipótesis de reparación material, tal como la disposición contenida en el art. 21, que “*no caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e lucros cessantes, deverá ser pelo juiz arbitrada uma indenização conveniente*”.

Sin embargo, llama a hacer hincapié la disposición contenida en el art. 21, representada por el término “*uma indenização conveniente*”, que se refiere al dolor causado por la víctima, que no implica ningún reflejo sobre su patrimonio, si a figurando por tanto, como una forma de reparación por daños morales sufridos.

Según Silva (2005), el período anterior a la vigencia del Código Civil Brasileño de 1916, “*ou se negava a reparabilidade do dano moral ou se considerava indenizável o dano moral apenas quando afetava o patrimônio da vítima, empobrecendo-a*”.

### 2.1.2 Daño Moral en el derecho brasileño desde la vigencia en el Código Civil de 1916

Bajo la influencia del Derecho alemán, en materia de responsabilidad civil, Clovis Bevilacqua presenta el Código Civil de 1916, que se ocupó, en diversos dispositivos, sobre la reparación

del daño extrapatrimonial en el Derecho Brasileño, sin embargo, no lo hace expresamente, pero indirectamente.

Cabe señalar que la legislación civil de 1916, en su art. 76, trajo un poco de controversia para el mundo jurídico de la época al afirmar que *“para propor ou contestar a ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral”*, teniendo en cuenta que el interés moral, tal como se describe en el párrafo único de dicho dispositivo, se limita a una lesión directa con el autor o su familia

La polémica se justifica en razón de la naturaleza conservadora de algunos doctrinadores por no darse cuenta, en el dispositivo anterior, de base ninguna para la doctrina del Daño Moral.

Sin embargo, en la interpretación de dicho dispositivo, Clovis Bevilacqua *apud* Silva (2005), declaró que *“se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro. O Código Civil em vigor não deu grande latitude ao poder de reação jurídica suscitado pelo dano moral; restringiu-o, subjetivamente, neste artigo, e fixou-o objetivamente ao tratar da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos”*.

Según la regla general de responsabilidad civil dispuesta en la ley de 1916, la obligación de indemnizar es de aquello que *“por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem”* (art. 159).

Así, a pesar de que no haya una distinción acerca del Daño Moral y patrimonial, el trato del legislador ser sólo por la reparación del daño, se puede entender por la aplicación ampliativa de dicho dispositivo, comprendiendo ambos

También cabe destacar que, en el Capítulo II del Título VIII, que trata sobre la liquidación de las obligaciones derivadas de acto ilícito, el legislador de 1916 presentó una serie de modalidades de reparación debido a la muerte (Art. 1537), lesiones u otros daños a la salud (Art. 1538 y 1539) usurpación o expropiación (art. 1541), con discusiones, incluso, sobre la naturaleza de algunos de ellos, como siendo indemnización por daños morales.

El hecho es que los artículos 1545 y 1547 establecieron la necesidad de reparar el daño causado por los médicos, cirujanos, farmacéuticos, matronas y dentistas en el primer caso, y debido a injuria o calumnia, en el segundo, siendo que, en ambos casos, tal lo sucedido arriba, la dicción del artículo 159, no hubo la distinción adecuada entre el daño patrimonial y moral, subentendiendo la coexistencia de ambos.

Del mismo modo, los artículos 1548-1552 previeron la reparación del daño, ya sea en cuántica para ser arbitrada en los tribunales, sea en cuantía diferente de los daños patrimoniales efectivamente probados.

Por último, predijo el Código Civil de 1916, en su art. 1553 que *“nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização”*. Así, tal dispositivo se refiere, sin duda, a cualquier modalidad de daño, ya sea patrimonial o extrapatrimonial.

Sin embargo, aunque parte del pensamiento doctrinal ya dejase entrever, en aquel momento, la necesidad de reparación por Daño Moral, la jurisprudencia parecía ser resistente, al igual que el juzgado abajo del Supremo Tribunal Federal, donde el ministro Lafayette de Andrade<sup>68</sup> afirmaba que el Daño Moral no siempre es resarcible, no sólo porque no le puede dar un valor económico, porque no puede apreciar él en dinero en efectivo, sino también porque esta insuficiencia de nuestros recursos abre la puerta a especulaciones engañosas por el manto noble de los sentimientos afectivos, sin embargo, en

<sup>68</sup> RE n°. 12.039 – 2ª Turma; Rel. Min. Lafayette de Andrade, datado de 06/08/1948

el caso de lesiones causantes de deformidades en el caso del valor afectivo coexistir con el moral, en caso de ofensa contra el honor, la dignidad y la libertad, se indemniza el valor moral a lo establecido por el Código Civil. En el caso de muerte de un hijo menor de edad no indemnizará el Daño Moral si él no contribuía en nada a lo sustento de la familia

Parece también, del texto de la jurisprudencia recogida, que en el valor de la reparación por daño material ya debería estar incorporado el valor correspondiente a Daño Moral.

A posterior, el Código Brasileño de Telecomunicaciones (Ley 4.117/1962) estableció un hito en la evolución de la reparabilidad del Daño Moral, ya que dispone expresamente, en sus artículos 81 a 88, reglamentando la reparación del Daño Moral puro, como resultado de calumnia, injuria o difamación por emisión de radio consistente en una indemnización a la víctima acerca de los daños no patrimoniales experimentados.

Estas normas, sin embargo, fueron revocadas por el art. 3 del Decreto 236/67 y antes de eso, sustituidas por el nuevo texto, que sin embargo no abordó la reparación civil por Daño Moral.

Con el tiempo, otras leyes publicadas en el país, tales como el Código Electoral (Ley 4.737/65) y la Ley de Prensa (Ley 5.250/67), también hicieron referencia expresa al Daño Moral puro, determinando una indemnización justa en caso de abuso de la libertad de prensa y en hipótesis de calumnia, injuria y difamación, estableciendo, sin embargo, criterios objetivos para el arbitraje del importe de la indemnización moral.

Sin embargo, fue con la promulgación de la Constitución de la República Federativa del Brasil, en 1988, como un reflejo de la elevación de la persona humana a el vértice del ordenamiento jurídico nacional, que la reparación por daños morales fue consagrada como un derecho fundamental, cayendo a la tierra toda y cualquier discusión sobre la falta de ejecución de precepto genérico, o aun- ficiación del daño. Así que predijo la Constitución de 1988 en su artículo. 5º, V y X.<sup>69</sup>

Consagró la ley suprema, por lo tanto, la protección a los denominados derechos de la personalidad, tomados por inviolables, previendo expresamente la posibilidad de indemnización por daños morales producidos por su violación.

Y, sin embargo, con el apoyo de la norma constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça consolidó las Súmulas 37 y 227, en el entendimiento por la acumulación de las indemnizaciones por daño material o moral causado por su violación, cuya aplicación se extiende a las personas jurídicas.

Envuelto en la gran innovación constitucional, consagrada en la admisión, en su texto, del principio de reparabilidad del Daño Moral, fueron editadas diversas otras leyes ordinarias, reglamentando y aumentando las hipótesis de daños morales indemnizables, como el Estatuto *da Criança e do Adolescente* (Ley 8.069/90), *Lei de Proteção aos Direitos Autorais* (Ley 9.609/98), entre otros.

En esta trayectoria, merece mención, así como enfoque mayor de este trabajo, la publicación de la Ley 8.078 de 1990, el *Código de Defesa do Consumidor*, que prevé la protección y la defensa del Consumidor, dispondo, ya en su art. 6º, inciso VI “*a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*” y, en el inciso VII, “*o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais (...)*”.

<sup>69</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.



Cabe señalar la primordial importancia del *Código de Defesa do Consumidor* para el ordenamiento jurídico, no siendo considerada sólo como una ley general de consumo, pero, en especial, sólo esta ley reglamenta los contratos de consumo, o mejor, las relaciones contractuales y extracontractuales sobre los productos y servicios, siendo sus hipótesis de aplicación amplia y diversa.

Por último, a raíz de la *Constituição Federal de 1988* y del *Código de Defesa do Consumidor*, entró en vigor el 11 de enero de 2003, la Ley 10.406 de 10 de enero de 2002, el nuevo Código Civil brasileño, revocando el Código Civil de 1916 expresamente.

La nueva legislación civil, en su art. 186 disponen expresamente que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Ya en su art. 187, previó que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

De lo expuesto, se desprende que cualquier oposición que aún existía con respecto al principio de la reparabilidad del Daño Moral quedó obsoleto con la vigencia de los incisos V y X del 5º de la *Constituição Federal*, seguido más tarde por el *Código de Defesa do Consumidor* y del *Código Civil* brasileño de 2002, siendo incontrovertible actualmente la reparación para reparar del Daño Moral, exista o no daño patrimonial, de una manera integral.

### **3. La Naturaleza Jurídica de la Reparación por Daño Moral y Las teorías en Brasil y Argentina**

Queda claro, delante de lo que fue expuesto sobre la evolución del pensamiento doctrinal y jurisprudencial acerca de la reparación civil por daños Morales, hoy en día, son desechadas las objeciones, prevaleciendo la indemnización por daño extrapatrimonial, aunque no haya cualquier repercusión económica, o que del mismo hecho el daño, se presente también daños patrimoniales.

La indemnización por daños morales, por su carácter extrapatrimonial, tiene como objetivo mitigar las pérdidas sufridas por la víctima, si figurando como medida compensatoria del daño injustamente causado, aliviando su dolor y sufrimiento.

Por lo tanto, con el fin de que el Daño Moral no puede ser expresado en dinero, se torna perjudicado la intención de restitución del status quo ante de la víctima frente del agravo extrapatrimonial sufrido, haciendo esencial, por lo tanto, el arbitraje judicial el pago de naturaleza compensatoria, a fin de disminuir la lesión moral sufrida.

Por otra parte, para complicar aún más los criterios que se establecerán el arbitraje de los daños morales, debe tenerse en cuenta que la evolución del pensamiento doctrinal y jurisprudencial se establecieron en el sentido de que, por regla, los daños morales no necesitan prueba, ya que se presumen, al tratarse de una modalidad de *damnum in re ipsa*, es decir, daño decurrente de la propia conducta.

En este sentido, Cavalieri Filho (2008) destaca “*entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais*”.

Así, en primera línea, se observa la naturaleza jurídica compensatoria por daños morales, a diferencia del alcance de equivalencia adoptado por reparación de los daños materiales. El objetivo no



es tanto el restablecimiento del status quo ante de la víctima - puso ser imposible medir el dolor moral - pero, compensación como una forma de mitigar los daño sufridos.

Por otro lado, hay que destacar que no sólo el carácter de reparación (compensación) del daño se puede medir como base para la indemnización por daños morales, sino también, que la responsabilidad civil sirva como un instrumento hábil a constituir un elemento disuasorio en la conducta del ofensor (socioeducativo), evitando que dicha conducta se repita por él mismo.

Por lo tanto, se verifica también un objetivo de disciplina en la reparación por Daño Moral, un objetivo verdadero instrumento de eficacia social. La indemnización por Daño Moral, pues, además del carácter compensatorio, también debe tener un contenido educativo, con el fin de frenar la recurrencia del causante, sin, de otro modo, proporcionar enriquecimiento sin causa para la víctima.

Hay autores que prefieren considerar que el carácter de desaliento atribuido a la reparación por Daño Moral aparece como una pena, una verdadera función sancionadora.

Se trata de la comprensión, por lo tanto, de María Helena Diniz, para quien la reparación pecuniaria del Daño Moral es una mezcla de pena y satisfacción compensatoria. Afirma la notable jurista que no se puede negar su función penal, constituyendo una sanción impuesta al ofensor, además de la compensatoria, consistente en una satisfacción para mitigar la ofensa causada.

Este entendimiento resulta corroborado también por el *Superior Tribunal de Justiça*, lo que atribuye a la naturaleza doble de reparación civil por daños morales, el alcance compensatorio y punitivo, donde la Ministra Eliana Calmon afirma que:

*“cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir”.*<sup>70</sup>

Sin embargo, hay que tener cuidado para asignar al Daño Moral carácter punitivo.

Esto es así porque hay que tener en cuenta, siempre, la llamada “pena civil”, no como una sanción impuesta para castigar a la víctima, sancionar a él, no es el objeto de la reparación civil, sino un instrumento de contenido de enseñanza, poseyendo un contexto más pedagógico que sancionador.

Aun porque, la sanción del agente es incompatible con el art. 5º, XXXIX, de la *Constituição da República Federativa do Brasil* en 1988, que establece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Aun porque, la sanción del agente es incompatible con el art. 5º, XXXIX, de la *Constituição da República Federativa do Brasil* en 1988, que establece que “no hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin una imposición legal anterior”. En efecto, mediante la atribución de poderes al juez para que él, usando de su discreción, establezca una “compensación punitiva”, se crea un pena sin una imposición legal anterior, así como incumbe al juez civil asignaciones de naturaleza penal.

El carácter compensatorio punitivo del Daño Moral se trata, en la verdad, de instituto *punitive damages* existente en el sistema jurídico norteamericano, que exige una indemnización alta para punir y disuadir a los transgresores de la ley.

Sin embargo, el carácter sancionador del Daño Moral, presente en el derecho norteamericano, no ha sido recepcionada por la legislación brasileña, teniendo el instituto de la responsabilidad civil la función de reparación del daño, de forma a evitar el enriquecimiento indebido de la víctima,

<sup>70</sup> REsp 575.023/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 21/06/2004. p. 204

cabiendo al Derecho Penal, a su vez las disposiciones relativas a la pena, siendo el caso, del causador el hecho ilícito.

La reparación por daños morales, por lo tanto, tiene una doble función: objetiva la compensación de la víctima por el perjuicio extrapatrimonial sufrido, no como una forma de cuantificar el derecho personal lesionado, pero, aliviar el dolor experimentado, y tiene un carácter pedagógico, no como una sanción civil por acto ilícito, sino una medida socioeducativa, de eficacia social, a fin de prevenir la práctica de una conducta repetida, o incluso disuadir tal conducta por terceros.

Siguiendo nuevamente las palabras de Cavalieri Filho (2008) se desprende que *“com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à ‘restitutio in integrum’ do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as conseqüências do sofrimento.*

*Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava ‘substituição do prazer, que desaparece, por um novo’. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões.*

*A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.”*

Así, se puede inferir, que la reparación por Daño Moral no puede dejar de ser una herramienta eficaz para asegurar el principio de la dignidad de la persona humana.

## 4. Cuantificación del Daño Moral

Después de toda la exposición preliminar, finalmente se llega al núcleo del problema, la cuantificación del Daño Moral.

Fuente de interminables discusiones, la cuantificación del Daño Moral ha sido un tema ampliamente controvertido y polémico, no siendo raros los comentarios acerca de la “industria del Daño Moral” o “loterías de indemnización”, así como los inconformismos acerca de la fijación, tanto por parte de magistrados como de los abogados, litigantes y expertos del derecho en general, debido a la ausencia de una definición legal de los criterios para su cuantificación.

De este modo, se mostrará las líneas que siguen, los criterios utilizados para la cuantificación del Daño Moral en la doctrina y jurisprudencia brasileña.

### 4.1 Criterios para la cuantificación del daño material y del Daño Moral en Brasil.

Como se sabe, con respecto a la naturaleza del bien lesionado, el daño puede ser de orden material, en el caso de perjuicio causado a bien patrimonial; o moral, cuando caer sobre los bienes extrapatrimoniales, es decir, derechos personales garantizados por la Constitución.

La reparación de daño patrimonial se dará de dos formas: por la restitución del bien al status quo ante o la prestación de pecunia de carácter compensatorio.

A pesar de la primera hipótesis se mostrar la más adecuada para reparación, esto no siempre es posible, requiriendo, por lo tanto, una prestación pecuniaria con el fin de reparar los perjuicios causados.

En este caso, establece el Código Civil Brasileño, en su art. 944 que: *“A indenização mede-se pela extensão dos danos”*.

Esta es la regla esencial de la reparación civil por daños materiales, que se extrae que el daño debe ser concreto y probado para que haya su reparación, o mejor, para que pueda establecer la extensión de los perjuicios a posibilitar el valor de la reparación civil.

En este sentido, esclarece Rui Stoco que *“para que surja o direito de indenização, o prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação”*.

Así, se tiene el daño material como una lesión concreta que afecta el patrimonio de la víctima, con el fin de causar la pérdida total o parcial, imponiendo la reparación, en cualquier caso, por la restitución del bien lesionado al estado que estaba anteriormente, o por indemnización consistente en el pago pecuniario compensatorio, en importe correspondiente a la extensión del daño sufrido, según el art. 944 del Código Civil Brasileño.

Conviene señalar, sin embargo, en los términos del párrafo único del art. 944 del Código Civil Brasileño, la posibilidad de que el juez asignar el valor de la indemnización por daños materiales en atención al criterio de equidad siempre que haya *“excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”*.

En cuanto al Daño Moral, no hay un impacto económico o la posibilidad de restitución del status quo ante. No está, por lo tanto, en el sistema normativo brasileñas cualquier criterio práctico y objetivo para cuantificación de daño. La doctrina patria aún no se ha convertido pacífica, apuntando los varios métodos de proceder con el resarcimiento por los daños sufridos por la víctima, teniendo algunos, incluso, el fin de establecer parámetros previamente definidos en la propia ley.

Por lo tanto, existiendo cualquier criterio legal específico arbitrar el valor de los daños morales a ser indemnizados, el criterio a establecerse para la fijación de la cuantía será el arbitraje, que se realizará a través de la vía judicial

De esta forma, Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 91) esclarece que *“não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral”*.

Por lo tanto, como el Daño Moral no puede expresarse en dinero, es imposible la restitución al status quo ante de la víctima, haciendo esencial, por lo tanto, el arbitraje de la cuantía, reunidas con algunas peculiaridades, como se dijo anteriormente el juez del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro y profesor Sergio Cavalieri Filho y como veremos, con más detalle a seguir:

Debido al carácter doble de reparación por Daño Moral, buscando no sólo una compensación ante el daño material injustamente causado, sino también, como una forma de disuadir nuevas conductas (contenido didáctico), el juez debe arbitrar una condenación, basada en aspectos objetivos para tanto.

Sin embargo, como ya se ha medido anteriormente, el legislador no se preocupó de establecer, por ley, criterios objetivos para cuantificación del daño, imponiendo a la doctrina y la jurisprudencia hacerlo.

El principio, es importante enfatizar que la reparación civil por daños morales debe, sobre todo, se basar en la condición económica del ofensor para la medición de la indemnización.

Es inútil condenar el ofensor, causante del Daño Moral, el pago de los fondos que están por encima de su capacidad económica.

Incluso porque, al limitar la cantidad la indemnización debida, teniendo base en la capacidad socioeconómica del ofensor, no sólo la tarea de fijación del *quantum debeatur* sería más fácil para el juez, sino también, haría más justa la reparación más justa y, aumentar sobre todo la posibilidad de cumplimiento de la obligación por parte del causante del daño.

De otro modo, el importe de la indemnización arbitrada no debe ser insignificante, pero en cuantía necesaria a fin de desalentar conducta similar del ofensor. De lo contrario, dependiendo de la conducta causante del Daño Moral, sería capaz de entender, el delincuente, ser más económicamente ventajoso el mantenimiento de una conducta ilícita ante la víctima, o incluso de terceros para reconsiderarlo y adaptarlo.

Si, por ejemplo, la base de datos de una empresa que, en repetidas ocasiones genera un cobro indebido, incluso, culminando en la negativa del nombre del supuesto deudor, el monto de la indemnización por daños morales no debe ser insignificante suficiente como para que la empresa prefiera soportar el pago de indemnización en juicio, que centrarse en gastos para actualización y adecuación de su base de datos.

Así, el valor arbitrado como indemnización por daños morales, prestando atención a la capacidad socioeconómica del ofensor, debe ser fijado en una cantidad dentro de las condiciones financieras de él, se muestra como una reparación forma justa y sustancial (no puede ser de valor insignificante) a imponer también una “sanción” con el fin de disuadirlo de repetir en la comisión de tales actos perjudiciales de esta naturaleza.

Otro criterio objetivo que debe considerado al determinar el Daño Moral es la capacidad socioeconómica de la víctima, por lo que el importe de la indemnización para alcanzar el objetivo principal de compensación por las pérdidas sufridas, como una forma de mitigar el dolor y el sufrimiento.

De lo contrario, imponer el pago de obligaciones pecuniarias en concepto de daños morales en valor mucho más allá de la capacidad económica de la propia víctima constituiría de enriquecimiento ilícito, teniendo en cuenta el cambio repentino de la “situación económica” de la víctima.

Mucho se ha hablado, últimamente, sobre los reclamos exorbitantes de indemnizaciones, proporcionando la víctima a recibir valores más allá de su capacidad económica, o incluso, alentando la interposición de demandas de indemnización por daños morales, trivializando, no sólo el instituto, sino también, dando al Poder Judicial la imagen de “lotería”.

En este sentido, subraya con conocimiento Cavalieri Filho (2008), *“ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.”*

Completando ese entendimiento, Martins da Silva (2005) explica que *“a preocupação em relação à fixação de valores extremamente exagerados por juízes imprudentes tem crescido muito tanto na doutrina como nos próprios tribunais, onde as sentenças proferidas por esses juízes, na maior parte das vezes, acabam sendo reapreciadas. A ponto de, frequentemente, surgir aqui e acolá sugestões no sentido de se fixar em lei um teto máximo para conter tais reparações.”*

Tal vez por eso la jurisprudencia del *Superior Tribunal de Justiça* ya se ha establecido en haber Recurso Especial para la reconsideración de los valores arbitrados en las instancias inferiores, en concepto de daños morales, cuando se trata de expediente de indemnización mínimo o excesivo.

Hay, sin embargo, quien defienda la exacerbación de la “sanción” pecuniaria impuesta acerca del valor monetario arbitrado por concepto de indemnización. Es el caso de Carlos Alberto Bittar (1972), que así preleciona, *“ora, num momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento (o da condenação*

*em quantia significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante) constitui sólida barreira jurídica atitudes ou a condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade. De fato, a exacerbação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves conseqüências que de atentados à moralidade individual ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade”*

Por lo tanto, la capacidad económica de la víctima es criterio fundamental que debe ser considerado cuando fue a determinar la fijación del Daño Moral, por lo que, a pesar de que no hay necesidad de inferir de alcance socioeducativo en la cuantía de la reparación, no aparezca como una fuente de enriquecimiento ilícito, trivializando la función social verdadera de la indemnización por los daños morales.

Por último, el tercer criterio objetivo que debe tomarse en cuenta, no es menos importante que los otros, es la gravedad de los daños, que incluye no sólo su naturaleza, la intensidad del sufrimiento de la víctima y la posición social y política de la misma (repercusión del daño), sino también, la intensidad del dolo o el grado de culpa del infractor responsable.

Em este sentido, fundamental em entendimento del *Superior Tribunal de Justiça*, con la posición del ministro Humberto Martins, “*não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à mingua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano*”<sup>71</sup>. (AgRg no REsp 700.899/RN, Rel. Ministro

HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJe 06/03/2008).

Debe establecerse, por lo tanto, que el monto de la indemnización de acuerdo con la extensión y naturaleza de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto, al carácter antisocial de la conducta dañosa y e investigando el valor real del perjuicio sufrido por la víctima, dado el alcance de la compensación concedida al Daño Moral y la necesidad de, a través de la prestación pecuniaria, mitigar el dolor y el sufrimiento.

Habrà interferencia, también, la repercusión pública causada por el hecho nocivo y sus circunstancias de hecho, todo bajo el contexto económico del país, es decir, bajo su punto de vista de la realidad. Ahora un país como Brasil, enormes deudas, no puede dar lugar una reparación civil por daños morales en la misma cantidad buscada en otros países desarrollados, como Estados Unidos, con base en el Instituto de *punitive damages*.

Verse, pues, que el arbitraje del Daño Moral del juez es una tarea ardua, que debe basarse en criterios objetivos para determinar el *quantum*, teniendo en cuenta la capacidad socioeconómica del ofensor y del ofendido, así como gravedad del daño, su naturaleza y efecto, estableciendo un valor que no pueda ser insignificante, para desalentar nuevos comportamientos, sino que además no pueda ser exorbitante, para evitar enriquecimiento ilícito de la víctima y el pago más allá de las condiciones financieras del infractor.

Aún hay quien defienda la idea de fijación, el llamado tarifario del Daño Moral consistente por determinar de antemano un valor para que el magistrado lo aplique al caso concreto, observando los límites fijados en cada situación, es decir, estableciendo parámetros objetivos para la cuantificación de la indemnización por Daño Moral.

Como visto arriba, incluso antes de la otorga de la *Constituição da República de 1988*, algunas leyes especiales predijeron, escasamente, la posibilidad de indemnización por daños morales. No obstante, tendieron a predeterminar, la mayoría de los casos, el valor del *quantum debeatur*.

<sup>71</sup> AgRg no REsp 700.899/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJe 06/03/2008



Hay, por tanto, que el tarifario de los daños morales no está soportado por la jurisprudencia patria, en particular, ante la otorga de la *Constituição da República de 1988* y la vigencia del *Código de Defesa do Consumidor*, lo que garantiza, en ambos casos, la justa e integral reparación.

Sobre todo porque, como se señaló anteriormente, tal tarifario no es consistente con el alcance de la reparación (la naturaleza jurídica de la indemnización por daños morales) incluso se tiene en cuenta los criterios subjetivos y objetivos al tiempo de cuantificar, no representando, por tanto, una reparación justa y adecuada al caso concreto.

Sin embargo, hay doctrinadores que defienden esta necesidad de imponer límites legales para la cuantificación del Daño Moral.

Siguiendo esta posición minoritaria sobre la necesidad de cobrar daños morales, muchos proyectos de ley fueron propuestos en el Congreso Nacional Brasileño en el sentido de establecer límites objetivos al valor de la indemnización, aunque no lo han hecho, hasta la fecha actual, con éxito.

El proyecto de ley nº 150/1999, que se estaba desarrollando en el Senado Brasileño, que, con el fin de evitar fijación de valores exorbitantes y disparidades en lo que respecta a los daños morales, pretendía adoptar un sistema tarifario basada en la naturaleza de las lesiones: para lesiones leves el juez podría fijar la indemnización de hasta veinte mil reales, para las medias, entre veinte mil y noventa mil reales, y para las graves, entre noventa mil y ochenta mil reales. Del mismo modo, fue el proyecto de ley de la Câmara dos Deputados nº. 7.124/2002.

Sin embargo, considerando que los proyectos de ley pretenden regular el art. 159 del Código Civil de 1916 - ya revocado - junto con la consideración que no tuvo en cuenta la devaluación de la moneda, e incluso la forma de las lesiones, el Proyecto de Ley del Senado nº 150/1999 archivado el 28/02/2007, y el Proyecto de la Câmara dos Deputados nº 7.124/2002 fue declarado inconstitucional el 02/09/2008, en particular, en el entendimiento de *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* por no ser justo establecer valores antes de la lesión sufrida, y el derecho a dejar la fijación de la cuantía para la evaluación del juez en cada caso.

El proyecto de ley de la Câmara dos Deputados nº. 6.960/02, aunque no tarifar objetivamente el valor de la indemnización, pretendió insertar un párrafo segundo al art. 944 del Código Civil Brasileño, como sigue: “*A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante*”. Sin embargo, siguiendo el mismo camino de los demás, fue archivada el 17/03/2008.

Por lo tanto, como ya se señaló más arriba, mejor es dejar la cuantificación de los daños morales a la discreción del juez, que se basará, con razonabilidad y proporcionalidad, en la situación socioeconómica del ofensor y de la víctima y en las peculiaridades del caso concreto, tales como la gravedad del daño y el grado de intensidad de la conducta, para imponer una reparación justa y equitativa, de manera integral - como lo estipula la *Constituição Federal de 1988* - no, de acuerdo con un valor predeterminado, es decir, valor la indemnización tarifada.

Por otra parte, mucho se ha discutido acerca de un posible tarifario de los daños morales por los propios magistrados, habiendo rumores incluso en la existencia de una tabla de cuantificación de los daños morales del extinto *Tribunal de Alçada*, en *Minas Gerais*.

Tales suposiciones encontraron refugio en los valores publicados, en 1998, por el Centro de Estudios Jurídicos Juez Ronaldo Cunha Campos, como se describe: Inclusión en órganos de restricción de crédito o protesto indebido: hasta 20 salarios mínimos. Daño por muerte de esposo, esposa o hijos: hasta 100 salarios mínimos. Otras bases de pedidos: hasta 90 salarios mínimos.

Pesar de lamentable, creer que el Poder Judicial tuvo el cuidado de establecer preliminarmente- “criterios” y “valores” para el arbitraje del Daño Moral (elaboración de tabla), es de destacar la inadmisibilidad de tal tarifario.

Por lo tanto, analizando cuidadosamente la naturaleza jurídica de la reparación por Daño Moral, en especial, los criterios objetivos que deben ser sopesados ante cada situación concreta, está claro que *“cada perda e cada dano deverão ser avaliados separadamente, valorizados em relação à pessoa da vítima, de modo que nada servirá produzir uma tabela, por assim dizer fixa, do que hoje se procura não chamar preço da dor”*, lo que huiría por completo, el alcance del instituto.

Maria Helena Diniz (2003), aborda las siguientes reglas que deben seguirse para fijación del *quantum* de indemnización:

*“a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícita ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;*

*b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;*

*c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e natureza da lesão;*

*d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;*

*e) atentar para as peculiaridades do caso e para o caráter anti-social da conduta lesiva;*

*f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica; g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;*

*h) levar em conta o contexto econômico do País; no Brasil não haverá lugar para indenizações de grande porte, como a vista nos Estados Unidos;*

*i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;*

*j) basear-se em prova firme e convincente do dano;*

*k) analisar a pessoa o lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;*

*l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;*

*m) aplicar o critério do justum ante as circunstâncias particulares do caso sub judice (LICC, art 5), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade.”*

Completando, la jurista se manifiesta alerta que *“na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e moderação (CC, art. 944), proporcionalmente ao grau de culpa, sendo caso de responsabilidade civil subjetiva, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine.”*

Sin embargo, no siempre es posible que el juez prestar atención a todos estos criterios, en particular, para ajustar el valor de la indemnización a tanto la capacidad socioeconómica del ofensor y ofendido. Esto existe debido a que en muchas situaciones, la distancia entre la capacidad económica de ambos es tal que existe la opción por cualquier criterio. O existe, la dificultad para establecer, con la precisión necesaria, la realidad económica de las partes involucradas, teniendo el magistrado que arbitrar la cuantía de acuerdo a su “sensibilidad” en el caso concreto.

Para tanto, observará subjetivamente el juez los principios de razonabilidad y proporcionalidad, analizando el caso de acuerdo con su libre convicción y las máximas de la experiencia, teniendo



en cuenta que, no sólo las peculiaridades envueltas en la cuestión, sino también los aspectos objetivos de la fijación de una reparación justa.

#### **4.2. Proyectos de Ley actuales en tramitación en el *Congreso Nacional* brasileño acerca de la cuantificación del Daño Moral en las relaciones de consumo**

El *Congreso Nacional* ha intentado dar una respuesta satisfactoria a la sociedad brasileña sobre la cuestión de caracterización del Daño Moral y su cuantificación. Algunos de los proyectos merecen destaque, como el Proyecto de Ley N°. 523/2011, por autoría del diputado Walter Costa, presentado a la *Câmara dos Deputados* el 22 de febrero de 2011.

Para este proyecto, el legislador quiere traer criterios orientadores para la fijación de la indemnización del quantum, considerando el elemento esencial o potencial económico de las partes. Criterio que ya está nombrado por la doctrina y jurisprudencia nacional hoy en día.

Centra en la conceptualización del Daño Moral, trayendo los elementos configuradores, como, por ejemplo, las entradas indebidas en el registro de incumplidores, el cobro indebido de valores, la contratación de la relación de consumo, sin el consentimiento expreso del consumidor, la realización del procedimiento de revista del consumidor, el suministro o venta de terreno para vehículo de transporte colectivo cuyos asientos se han agotados, la oferta de producto fuera de las especificaciones técnicas o adecuadas para las condiciones de consumo, el suministro de producto alimenticio contaminado, fuera sin validez o condiciones distintas a aquellas impuestas por las normas sanitarias, la provisión de la cláusula leonina o abusivo de instrumento contrato, la ejecución de cobro de deudas, por cualquier medio, en el lugar de trabajo, la interrupción infundada a la prestación de servicios esenciales, no conceder a alguien el derecho expresado en la ley e incluso el acto ilícito que no genera daño específico.

También trae un techo mínimo y un techo máximo de diez a 500 salarios mínimos, teniendo en cuenta el potencial económico de las partes involucradas, considerando un parámetro de fijación como una media aritmética y considerando el potencial económico comprobado de las partes involucradas. Un criterio objetivo, delante de la necesidad de prueba previa de la capacidad económica de los involucrados.

Así, el proyecto tiene como característica para la fijación de la cuantía de indemnización el carácter pedagógico y educativo y, al mismo tiempo, aporta el carácter represivo de la indemnización, para evitar que una conducta perjudicial para siga siendo una práctica común. Otro proyecto de ley digno de comentarios es el PL 6487/2002, de autoría de Adriano Osorio, aún en trámite en la *Câmara de Deputados*.

Con este proyecto aprobado, el artículo 43 del Código de Defesa do Consumidor será cambiado en su redacción, pasando a contener los párrafos 6° a 12.

El artículo 43 de dicho Código, es el derecho de acceso a la información del consumidor, existentes en los registros, formularios y los datos personales y de consumo archivado en ellos, así como sus respectivas fuentes.

Para la justificación del proyecto, la modificación se hace necesaria, teniendo en vista que los tribunales ya han decidido en esta línea, pero algunos jueces aún resisten a la decisión de los tribunales, aunque determinando que la víctima del daño pruebe materialmente el daño. Y, según la justificación, la mayoría de los consumidores afectados son de bajo grado de educación y casi no consiguen declaración que indique que alguna tienda que le niegue el crédito. Las tiendas son parejas entre sí y terminan por obstaculizar la vida del consumidor. Cuando se trata de servicios prestados por clubes de los directores de tiendas es que los consumidores no pueden ni siquiera hacer prueba. La cuestión

será resuelta definitivamente. Por otra parte, la conciencia despierta está llevando a los consumidores a buscar sus derechos de Justicia. Sin embargo, las bases de datos están buscando desbaratar tal acceso al pago de “tasas” por el suministro formal de información que instruirá el proceso indemnizatorio. Tales organizaciones son pagos para proveer informaciones sobre el comercio y los bancos.

Y este cobro de la tasa tiene el único objetivo de inhibir el acceso a la Justicia. Cabe al poder político evitar el fraude. Según el autor del proyecto, es lo que se quiere con su aprobación: evitar el fraude al proporcionar mayor acceso a la justicia por los consumidores.

#### **4.3. Análisis de la postura del *Superior Tribunal de Justiça* de Brasil en la cuantificación del Daño Moral en las relaciones consumeristas y no consumeristas**

Como fue mencionado en líneas pretéritas, por mucho tiempo el Poder Judicial cuestionó y por lo tanto retrasó el acceso de las víctimas a la reparación de los daños morales: ¿es posible cuantificar financieramente el dolor emocional o una molestia? Hasta que la Constitución Democrática de 1988 pacificó la cuestión y garantizó el derecho a la indemnización por Daño Moral. Desde entonces, los magistrados de todo el país se suman, dividen y multiplican para llegar a un nivel en el arbitraje de indemnización.

El Superior Tribunal de Justicia (STJ) tiene la última palabra en estos casos y, aunque no exista uniformidad entre los órganos de los magistrados, está tratando de reajustar los parámetros de las indemnizaciones.

Se observó, desde el estudio de la jurisprudencia en esta investigación que el valor del Daño Moral se ha medido en el *Superior Tribunal de Justiça* desde la perspectiva de asistir a una doble función: reparar el daño tratando de minimizar el dolor de la víctima y castigar

al ofensor para no reincidir. Como está sellado al Tribunal Superior revisar los hechos y pruebas e interpretar las cláusulas contractuales, el STJ sólo cambia los valores de las compensaciones determinadas por las instancias locales cuando se trata de cuantía irrisoria o exagerada.

La dificultad en establecer con precisión la equivalencia entre el daño y el resarcimiento se refleja en el número de casos que llegan al STJ para discutir el tema.

Se publicó que, en 2008, fueron 11.369 procesos que, de alguna manera, discutieron el Daño Moral. El número aumenta desde la década de 1990 y, en los últimos 10 años, ascendió a 67.000 casos sólo en el Tribunal Superior<sup>72</sup>.

El Ministro del STJ, Luis Felipe Salomão, miembro de la *Quarta Turma* y de la *Segunda Seção*, es un defensor de la reforma legal en relación con el sistema recursal, para que, en los casos en que la condena no exceda de 40 salarios mínimos (por analogía, el marco de los *Juizados Especiais*), se impida el uso del recurso para el STJ. “*A lei processual deveria vedar expressamente os recursos ao STJ. Permiti-los é uma distorção em desprestígio aos tribunais locais*”, el ministro critica. Al examinar el pedido de Daño Moral, el juez puede determinar libremente, evaluar y arbitrar una indemnización dentro de los parámetros previstos por las partes.

De acuerdo con el Ministro Salomão, hay un criterio legal objetivo y tarifado para la fijación del Daño Moral. “*Depende muito do caso concreto e da sensibilidade do julgador*”, explica. “*A indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação a vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa*”, añade.

<sup>72</sup> [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679)

Para el ministro Sidney Beneti, este es uno de los temas más difíciles del derecho brasileño actual "*Não é cálculo matemático. Impossível afastar um certo subjetivismo*", dice. De acuerdo con el ministro Beneti, en los casos más frecuentes, se considera, cuanto la víctima, el tipo de ocurrencia (muerte, lesión, deformidad), el sufrimiento por sí mismo y familiar, circunstancias fácticas, tales como una duración mayor o menor y consecuencias psicológicas permanentes para la víctima.

En cuanto al ofensor, se considera la gravedad de su conducta ofensiva, la desconsideración de los sentimientos humanos en la acción, sus fuerzas económicas y la necesidad de mayor o menor valor, para que el valor sea un desincentivo efectivo para la no repetición.

Muchos factores para analizar resultan en las disparidades entre los tribunales en la fijación de Daño Moral. Es lo que se denomina de "jurisprudencia de lotería" El ministro Salomão explica: para un mismo hecho que afecta a muchas de las víctimas, una Cámara del Tribunal fija un determinado valor de indemnización y otra Turma jugadora arbitra, en situaciones que involucran las partes con situaciones semejantes y valor diferente. "*Esse é um fator muito ruim para a credibilidade da Justiça, conspirando para a insegurança jurídica*", analiza o ministro do STJ. "*A indenização não representa um bilhete premiado*", dice.

En la investigación realizada, algunos juzgados colacionados a ejemplos de como los daños morales se han cuantificados en el STJ.

En caso de muerte dentro de la escuela, cuando la acción por Daño Moral se dirige contra una entidad pública (por ejemplo, la Unión y los Estados miembros), cabe para las turmas de derecho público del STJ, el juzgamiento del recurso. Seguiendo el acuerdo de la *Segunda Seção*, la *Segunda Turma* ha establecido el valor de indemnización en el límite de 300 salarios mínimos.

Esto es lo que pasó en el juicio del Resp. 860705, relatada por la ministra Eliana Calmon. El recurso fue de los padres que, entre otras cosas, intentaban elevar el Daño Moral de R\$ 15 mil a 500 salarios mínimos por motivos de la muerte de su hijo ocurrido dentro de la escuela, por el disparo de un arma de fuego. La Segunda Turma fijó el daño, a ser resarcido el Distrito Federal, siguiendo el techo padronizado por los ministros.

El nivel, sin embargo, puede variar de acuerdo con el daño sufrido. En 2007, el Ministro Castro Meira condujo para el análisis, también en la Segunda Turma, un recurso del Estado de Amazonas, que había sido condenado al pago de R\$ 350 mil a la familia de una niña asesinada por un policía militar en servicio. En primera instancia, la indemnización se fijó en cerca de 1.600 salarios mínimos, pero el tribunal local redujo el valor, la asignación de R\$ 100 mil para cada padre y R\$ 50 mil para cada uno de los tres hermanos.

El STJ mantuvo el valor, ya que, debido a las circunstancias y la ofensa sufrida por la familia, no se consideró el valor exorbitante o sin proporción (REsp 932001).

También se observó, además, que la subjetividad en el momento de la fijación del Daño Moral resultó en grandes disparidades entre los distintos tribunales del país. En un recurso analizado por la Segunda Turma del STJ en 2004, la *Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul* presentó ejemplos de algunos juzgados del país para corroborar su tesis de reducir la indemnización a la que había sido condenada.

Tomados como rehenes durante un motín, el director general del hospital penitenciario de la Prisión Central de Porto Alegre quedó parapléjico debido a las lesiones. Demandó al Estado y, en el primer grado, los daños morales fueron arbitrados en R\$ 700 mil.

El Tribunal Estadual de Porto Alegre consideró suficiente la indemnización equivalente a 1.300 salarios mínimos. Sucede que, en caso semejante (paraplejía), el *Tribunal de Justiça de Minas Gerais* fijó en 100 salarios mínimos en 100 el Daño Moral. De ahí el recurso al STJ.

La Segunda Turma redujo el Daño Moral debido a la víctima del motín a 600 en 100 salarios mínimos (Resp. 604 801), pero la relatora del recurso, la ministra Eliana Calmon, destacó la dificultad para llegar a un entendimiento uniforme, ya que hay muchos detalles que deben analizarse, de acuerdo con los hechos y circunstancias de cada caso.

Situación similar ocurre también en el caso de la muerte del hijo. En 2002, la Tercera Turma fijó en 250 salarios mínimos la indemnización debida a los padres de un bebé, de São Paulo, muerto a cargo de la negligencia de la guardería (Ag 437968).

También fue analizado por la Segunda Turma el caso decurrente de la falta de atención adecuada durante y después del parto, que el niño se quedó con secuelas permanentes en el cerebro. En este caso, la relatora, ministra Eliana Calmon, decidió por una mayor indemnización debido al prolongamiento del sufrimiento: *“A morte do filho no parto, por negligência médica, embora ocasione dor indescritível aos genitores, é evidentemente menor do que o sofrimento diário dos pais que terão de cuidar, diuturnamente, do filho inválido, portador de deficiência mental irreversível, que jamais<sup>73</sup> será independente ou terá a vida sonhada por aqueles que lhe deram a existência”*, dijo la ministra en su voto. La indemnización se fijó en 500 salarios mínimos.

El STJ reconoció la necesidad de reparación a una mujer que tuvo su foto junto a un novio publicado en un periódico del Rio Grande do Norte, divulgando que se casarían. En realidad, no era ella la novia, por el contrario, él iba a casarse con otra persona. En primer grado, la indemnización se fijó en R\$ 30 mil, pero el *Tribunal de Justiça del Rio*

*Grande do Norte* consideró que no existía daño a ser resarcido, ya que una corrección habría sido publicada posteriormente. En el STJ, la condena fue restablecida.<sup>74</sup>

En cuanto al Daño Moral en las relaciones de consumo, que pueden ser interpretado como un simple malentendido o desilusión por parte de algunos consumidores, para otros es causa de proceso judicial. El STJ tiene jurisprudencia en el sentido de que no genera un Daño Moral la simple interrupción indebida de la prestación de servicio telefónico<sup>75</sup>.

Tiene otro caso que la *Terceira Turma* mantuvo una condena en el valor de R\$ 7 mil en daños morales debido a un consumidor del Río de Janeiro, que sufrió la vergüenza y humillación de tener que volver a la tienda para ser revistado. La alarma se disparó indebidamente. Para la relatora del recurso, Ministra Nancy Andrighi, fue un razonable nivel establecido por el Tribunal local (Resp 1.042.208). Señaló que la cifra sería incluso a menor que en otros casos semejantes que llegaron al STJ. En 2002, hubo un juzgado de la *Quarta Turma* que la fijó la indemnización de R\$ 15 mil para un caso idéntico (Resp. 327 679).

De la investigación realizada se puede inferir también que el *Superior Tribunal de Justiça* ha basado siempre en los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la determinación de la indemnización y por lo tanto ha influido los tribunales de primera instancia, como se evidencia en la jurisprudencia del año 2011 colacionada a seguir:

<sup>73</sup> resp 1024693 -recurso especial nº 1.024.693 - sp (2007/0309336-8)relatora : ministra eliana calmon-ementa processual civil e civil - indenização - danos morais - 500 salários mínimos - majoração - evento danoso contemporâneo ao parto - negligência e imprudência do atendimento médico - reexame de matéria fático-probatória - súmula 7/stj - juros moratórios incidentes a partir do evento danoso - súmula 54/stj - alíquota dos juros - 0,5% ao mês - código civil anterior - selic - atual código civil - ausência de cotejo analítico.

<sup>74</sup> recurso especial nº 1.053.534 - rn (2008/0093197-0) relator : ministro fernando gonçalves-ementa- recurso especial. dano moral. publicação de fotografia com notícia de fato não verdadeiro.1. a publicação de fotografia, sem autorização, por coluna social veiculando notícia não verdadeira, causa grande desconforto e constrangimento, constituindo ofensa à imagem da pessoa e, conseqüentemente, impondo o dever de indenizar (dano moral). 2. recurso especial conhecido e provido.

<sup>75</sup> agrg no recurso especial nº 846.273 - rs (2006/0097090-0) relator: ministro humberto gomes de barros-e m e n t a -agravo regimental. dano moral. interrupção de serviço telefônico. mero dissabor. - mera contrariedade pelo bloqueio de linha telefônica não causa dano moral indenizável.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento de que, no que se refere aos aspectos pertinentes à fixação do valor dos danos morais, somente se admite a revisão do quantum indenizatório, nesta instância especial, nas hipóteses do montante ser exorbitante ou ínfimo.

2. Encontrando-se o valor fixado na origem adequado aos parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade, como no presente caso, é inadmissível a sua alteração, na via do recurso especial, por exigir, necessariamente, o reexame do conjunto fático dos autos, medida inexequível nesta instância especial. Precedentes.

3. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 7).4. Agravo regimental improvido<sup>76</sup>.

En los tribunales de primera instancia, como se dijo, también se observa esta tendencia como se puede ver:

## 5. Historia del *Código de Defesa do Consumidor* en Brasil.

Como se dijo, la Ley nº 8.078 del 11 de septiembre de 1990, Código de Defesa do Consumidor, tiene su origen legislativa en la Constitución de la República de Brasil, de 1988.

La protección de los consumidores, reconocido por el legislador originario del derecho fundamental del ciudadano (artículo 5, XXXII), así como el principio de orden económica nacional (art. 170, V) es el estándar para determinación de la aplicabilidad del fundamento de la República Federal, la dignidad de la persona humana.

Ya en los *Atos de Disposições Constitucionais Transitórias*, existe disposición constitucional para la elaboración de un *Código de Defesa do Consumidor* (art. 48)<sup>77</sup>, que tuvo lugar en 1990.

En vista de esta disposición constitucional, el *Congresso Nacional* formó una comisión mixta con el propósito de elaborar dicho Código, tal comisión que estuvo presidida por el Senador José Agripino Maia, y su vicepresidente, el Senador Carlos Patrocínio y relator el diputado Joaci Goes.

Varias audiencias públicas fueron celebradas para debatir temas polémicos y hacer sugerencias.

No se puede dejar de mencionar el compromiso del Presidente del Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, que incluso antes de la Constitución Federal de 1988, constituyó comisión en el ámbito de dicho Consejo, con el fin de presentar el Proyecto preliminar del Código de Defesa do Consumidor.

La comisión estaba compuesta por los juristas: Ada Pellegrini Grinover (coordinadora), Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari y contó con el asesoramiento de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Eliana Caceres, Marcelo Gomes Sodré,

<sup>76</sup> Processo:AgRg no REsp 1231593 AM 2010/0230827-5 Relator(a): Ministro HAMILTON CARVALHIDO  
Julgamento: 03/03/2011

<sup>77</sup> Art. 48, ADCT. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborara o Código de Defesa do Consumidor.



Mariangela Sarrubo, Nelson Nery Junior e Regis Rodrigues Bonvicino. Del trabajo de esta comisión surgió el proyecto preliminar que fue ampliamente divulgado y discutido.

Así que finalmente fue aprobado, pero con cuarenta y dos vetos, el proyecto de ley. n° 3683/1989, transformándolo en el Código de Defesa do Consumidor.

Por lo tanto, en las palabras de Claudia Lima Marques, el derecho del consumidor sería el conjunto de reglas y principios especiales diseñados para cumplir con este derecho constitucional triple:

1) promover la defensa de los consumidores,

2) para observar como principio general de la actividad económica, como principio imperativo de orden económica constitucional, la necesaria “defensa” del sujeto de los derechos del “consumidor” y

3) sistematizar y ordenar esta tutela especial infraconstitucional mediante un código, recoger y organizar las normas tutelares del derecho privado y público, basado en la idea de la protección de los sujetos de derechos (y no de la relación de consumo o del mercado de consumo), un código de protección y defensa del “consumidor”.

## 6. Daño Moral en las relaciones de consumo: análisis jurisprudencial

Con respecto al Derecho del Consumidor, la responsabilidad por el Daño Moral también contribuye como un medio para hacer valer sus derechos. Es en el campo de la reparación de los daños patrimoniales y morales que existe una forma de controlar las prácticas comerciales abusivas, dando las condiciones del consumidor exigir a los proveedores una conducta compatible con la lealtad y la confianza que la relación impone.

En este sentido, el nuevo concepto social del contrato trae como un paradigma, el principio de buena fe objetiva, un principio que debe regir toda y cualquier relación jurídica, especialmente las relaciones de consumo, teniendo como función, entre otras<sup>78</sup>, la función creadora, como fuente de nuevos deberes de conducta anexos a los deberes de prestación contractual. Estos deberes anexos presupone el deber de informar, de cuidar y de cooperar.

Estos son los deberes laterales conocidos, siendo los daños causados por la violación de esos deberes indemnizables basada de responsabilidad contractual, porque son deberes indispensables para de lograr los objetivos contractuales. Por lo tanto, tratando de una ofensa ilícita a los derechos de la personalidad (vida, integridad física y mental, el honor, buen nombre y reputación, etc.), reparación por Daño Moral es indiscutible ya que es un acto ilícito (violación de derechos absolutos), sin importar la lesión que se encuentra en fase precontractual, en el cumplimiento del contrato, o incluso en la fase postcontractual.

Dada la amplia jurisprudencia sobre la reparación por Daño Moral en las relaciones de consumo, se seleccionaron dos juicios que servirán como muestras para demostrar las consideraciones derivadas en este trabajo.

El primer caso fue examinado por el *Superior Tribunal de Justiça*, en Recurso Especial n° Especial 165727 - DF (4ª Turma) : ERIVAN SILVA RAPOSO presentó una demanda de indemnización por daños morales, contra LOSANGO PROMOTORA DE VENDAS LTDA, afirmando que su nombre

<sup>78</sup> Claudia Lima Marques señala que el principio de la buena fe objetiva en la formación y ejecución del contrato tiene tres funciones principales: 1) como fuente de nuevas obligaciones especiales de conducta, 2) como una cláusula que limita el ejercicio de los derechos subjetivos y 3) la interpretación del contrato (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 180).

fuera indebidamente introducida por la empresa demandada en el Servicio de Protección de Crédito, recibiendo el reclamo sentencia sin procedencia, sentencia confirmada en segundo grado.

La 4ª Turma del Superior Tribunal de Justiça, adoptando un entendimiento común de aquella Corte, para ser obligatoria la notificación previa del consumidor de su inscripción en el Registro de protección de crédito, teniendo que, en la ausencia de comunicación, a reparar el Daño Moral que surge de la inclusión indebida, confirmó el recurso especial, condenando al demandado a pagar una indemnización de Daño Moral en el importe de R\$ 10.000,00 (diez mil reales), incidiendo corrección monetaria e intereses.

La solución alcanzada allí procedió con el marco teórico sobre la naturaleza y el contenido del derecho a la reputación y buen nombre, en el contexto de la protección general de los derechos del consumidor, haciendo el estudio legal y doctrinal de la materia en consideración.

En verdad, la Turma jugadora reconoció como práctica abusiva y la falta de comunicación del consumidor el registro de su nombre en la protección de crédito. En este caso, se suponía, con razón, la existencia de Daño Moral por la simple demostración de la entrada irregular.

El segundo caso que se menciona es el Recurso Especial n.º 373.219 - RJ, jugado por el Superior Tribunal de Justiça el 28 de mayo de 2002, y también se refiere a una acción de indemnización por Daño Moral, propuesto por GUILHERME FREDERICO PICLUM contra el Banco ESTADO DE MINAS GERAIS S/A - BENGÉ.

El autor, con base en la obligación legal del proveedor de comunicar al consumidor cualquier registro en los bancos sus bancos de datos (Art. 43, § 2º, CDC), solicitó una indemnización por los daños morales causados por la inclusión indebida de su nombre en el registro de la protección de crédito, sin previo aviso.

En primera instancia, el autor tuvo su pedido de Daño Moral negado, manteniendo el Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro la sentencia concedida, como se verifica abajo:

*“Apelação cível. Ação de responsabilidade Civil. Aval. Inadimplência do devedor. Inclusão do nome do avalista no SERASA. Notificação prévia. Desnecessidade. Devedor solidário. Ausência de dano moral. Estando o devedor, em favor de quem o avalista prestou aval em contrato firmado por instrumento particular de confissão de dívida, inadimplente, são lícitas as providências adotadas pelo banco em razão da existência desse débito e levadas a efeito, especialmente a inclusão do nome do avalista em cadastro restritivo de crédito, não revelando conduta ilícita, mas sim, atos praticados no exercício regular de um direito. Recurso desprovido”.*

Sin embargo, a pesar del reconocimiento de la deuda del deudor principal, la decisión de la segunda instancia no dejó de considerar la falta de notificación previa al deudor, la obligación prevista en el Código de Defesa do Consumidor, con el fin de evitar el abuso por los proveedores en la facturación de deudas.

En consecuencia, el Superior Tribunal de Justiça, entendiendo ser esencial la comunicación al deudor antes de la entrada en el registro de morosos con el fin de evitar posibles errores, comprensión, por otra parte, adoptada en varias otras decisiones, dio proveimiento al Recurso Especial, para condenar al Banco acusado a pagar una indemnización al autor cuanto a los daños morales, la fijación del importe de R\$ 10.000,00 (diez mil reales), a su juicio que sigue:

Existen numerosas decisiones relativas a la obligación de cumplir con los deberes impuestos por el Código de Defesa do Consumidor, como el deber de informar, tratar con cuidado los datos incluidos en los bancos, notificar al consumidor para que pueda corregirlo, si caso necesario. Esto demuestra que esta práctica comercial abusiva daña el principio legal de buena fe, obligatoria en todas las relaciones contractuales, sobre todo en las relaciones del consumidor, y



que la responsabilidad de los agentes económicos por daños morales derivados de esta práctica puedan ayudar a asegurarse de que no existirá una modificación del mercado.

## 7. Conclusión

Después de una discusión de los aspectos conceptuales del Daño Moral, así como las teorías que se centran en la naturaleza de la reparación y, por último, sobre la cuestión de su cuantificación en Brasil, se ha medido que a pesar de algunos no comprendieren que la fijación del valor de daño al albedrío del poder judicial es un procedimiento frágil y peligroso, dada la subjetividad que puede ser tratada, generando diferencias entre los juzgados que examinen daños patrimoniales de la misma especie, esto es cierto, aun así, la mejor manera de llegar para que la indemnización alcance sus objetivos, es decir, satisficieran plenamente a la víctima y desaliente el ofensor.

Fue notado que, en Brasil, y con el advenimiento de la *Constituição de la República Federativa do Brasil*, en 1988, como reflejo de la elevación de la persona humana a la cúspide del ordenamiento nacional, la reparación por daños morales fue consagrada como derecho fundamental (art. 5º, V y X), cayendo al suelo cualquier discusión acerca de la ya hecha acerca del incumplimiento de precepto genérico sobre el tarifario del daño.

Quedó demostrado también, que el Daño Moral es el que resulta del daño a los derechos de la personalidad del ofendido, patrimonio desmaterializado de una persona, ya sea persona física o jurídica, y también puede combinar al daño patrimonial.

No obstante, a diferencia del que ocurre con respecto a los daños materiales (artículo 944 del Código Civil Brasileño) no existe, en cuanto a daños morales, cualquier criterio legal específico para arbitrar el importe de la indemnización, por lo que tendrá la necesidad de su arbitramento, que se llevará a cabo a través de la vía judicial, atendidas, así, algunas peculiaridades.

En lo que respecta a los criterios objetivos, hay que tener en consideración la capacidad socioeconómica del ofensor y ofendido, así como la gravedad del daño, su naturaleza y repercusión, estableciendo un valor que no puede ser insignificante - de modo que desaliente nueva conducta - pero también, no pueda ser exorbitante - para evitar enriquecimiento ilícito de la víctima y el pago más allá de las condiciones económica del ofensor.

En cuanto a los criterios subjetivos, deben tener en cuenta el concepto de razonabilidad y proporcionalidad, y siempre se utilizar de la prudencia para establecer el *quantum debeat*, atentándose al caso concreto.

Por lo tanto, ardua tarea del juez la cuantificación de los daños, teniendo en cuenta siempre, cada caso concreto, atendiendo la naturaleza jurídica de la reparación y de los criterios subjetivos y objetivos, cuando del arbitraje del *quantum*.

Además, con respecto al Daño Moral en las relaciones de consumo, se puede afirmar que el Código de Defesa do Consumidor brasileño (artículo 6, inciso VI) establece como un derecho fundamental del consumidor el derecho a una reparación efectiva por los daños morales o no patrimoniales, convirtiendo la responsabilidad de los prestadores en una forma importante de garantía de sus derechos. Y así para que se pueda hablar de reparación efectiva, la cuantificación del Daño Moral debe utilizar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

## Bibliografía

- Benjamin, A. H.; Lima Marques, C.; Roscoe Bessa, L. (2010). *Manual de Direito do Consumidor*. (3a. ed.) rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

- Bittar, C. A. (1992). *Reparação civil dos danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Carneiro, M. F. (2001). *Método de valuación del Daño Moral*, Buenos Aires: Hammurabi.
- Diniz, M. H. (2003). *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. (17a. ed). São Paulo: Saraiva, V. 7.
- \_\_\_\_\_, M. H. (2000). *O problema da liquidação do dano moral e dos critérios para a fixação do quantum indenizatório*, En *Atualidades Jurídicas*, São Paulo: Saraiva.
- Filho, S. Cavalieri. (2008). *Programa de Responsabilidade Civil*. (8a. ed.) rev. e ampl. São Paulo: Atlas.
- Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo (2008) *Novo Curso de Direito Civil*, volume III: Responsabilidade Civil. (6a. ed.) Rev e atual. São Paulo: Saraiva.
- Ghersi, C. A. (1999). *Teoría general de la reparación de daños*, (2a ed.), Astrea: Buenos Aires.
- Marques, C. Lima (2002). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, (4a ed.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Moraes, M. C. Bodin de. (2003). *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 157.
- Pizarro, R. D. (2004). *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El Daño Moral en las diversas ramas del derecho*. (2a ed.), Hammurabi: Buenos Aires.
- Santos, Cifuentes. (1999). *Elementos de Derecho Civil – Parte General*, (4a. ed.). Buenos Aires: Astrea. p.261
- Silva, Américo Luís Martins da. (2005). *O dano moral e a sua reparação civil*. (3a ed.) rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 159-161.
- Ritto, G. (2010). *El Daño Moral y la legitimación activa*. Buenos Aires: Universidad.
- Zannoni, E. (2005). *El daño en la responsabilidad civil*. (3ª. Ed.). Buenos Aires: Astrea.

CAPÍTULO V: EL CAMINO DE LOS CONSUMIDORES  
Y USUARIOS A LA JUSTICIA ANÁLISIS DE UNA  
PROBLEMÁTICA ACTUAL

---

**Por José Pablo Di Iorio**

## Resumen

La inquietud por hacer más accesible la justicia a los consumidores, y por perfeccionar los mecanismos que permitan garantizarles la instrucción de sus derechos, ha conducido a examinar los impedimentos evidentes y a plantearse una serie de argumentos sobre cómo optimizar la tutela o defensa jurisdiccional del consumidor y usuario. Cuestiones, todas ellas, que han propiciado una particular atención en los diferentes países parte, y que han recogido una especial dimensión en el derecho comunitario.

Estas respuestas de los sistemas judiciales habituales en lo concerniente, sobre todo, a los pleitos, querellas, etc. de menor preeminencia económica, hace cuestionarse la mejora del camino de los consumidores y usuarios a la justicia.

## I.- Introducción

El contrato, como instrumento de relaciones patrimoniales, ha ido variando notoriamente a lo largo del tiempo, siempre de forma tal que ha podido “receptar los desafíos que se le han ido planteando a partir de los nuevos fenómenos económicos y sociales”<sup>79</sup>. Sin embargo, la aparición de los llamados derechos colectivos o difusos, o derechos de incidencia colectiva como los designa nuestra Constitución Nacional (art.43), obliga a buscar nuevas herramientas que admitan su efectivo ejercicio y protección judicial. Esto ocurre ante una realidad socio-económica muy distinta, que deja de manifiesto que el simple principio de igualdad no es suficiente para eliminar y ni siquiera empequeñecer la enorme divergencia que existe entre los miembros de la sociedad en cualquier país del mundo, “diferencia que se refleja claramente en los contratos”<sup>80</sup>

Para remediar esta condición de desequilibrio en la que se encuentra inmerso el adherente a quien se le atribuye el contenido contractual, los ordenamientos jurídicos han ideado disímiles mecanismos. Uno de los más significativos ha sido dotar a los consumidores de una acción judicial para “demandar la nulidad parcial del contrato excluyendo de las condiciones aquella cláusula que se estima abusiva”<sup>81</sup> y legitimando para su ejercicio al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

Esta cuestión, que ha cobrado especial importancia a partir de una serie de demandas judiciales que se han ido presentando en los últimos tiempos por parte de organismos públicos y asociaciones de defensa de los consumidores ante los tribunales de justicia, conminó a los operadores jurídicos a decidirse por una toma de posición acerca de dos extremos posibles. Esto es, “la existencia o no de legitimación para demandar en nombre de cierto grupo de sujetos sin contar para ello con apoderamiento formal por parte de sus integrantes”<sup>82</sup>.

En este sentido, se orienta la Ley 24.240 de Protección a los Consumidores, cuya última reforma amplió los medios de protección delineando “la democratización del poder, mediante el acceso a la justicia en el ejercicio de acciones de incidencia colectiva”<sup>83</sup>. Contrariando a esta posición, algunas

---

<sup>79</sup> Becerra María del Carmen, “defensa del Consumidor Informático”, V Jornadas de Informática y Derecho, San Juan 2000, Publicación Digital: <http://www.unsj-cuim.edu.ar/portalezonda/Congreso/papers/2000/D09.pdf>, p. 5

<sup>80</sup> Valdez Francisco Álvarez, “La protección contra las cláusulas abusivas: el caso de la república dominicana”, Congreso Dominico-Francés, Santiago 22 y 23 de Febrero de 2003, Publicación Digital: <http://www.hrafdom.com/pdffiles/conferencias/clausulasabusivas.pdf>, p. 1

<sup>81</sup> Pizarro Wilson Carlos, “El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión”, Revista de Derecho de Chile, Vol. XX- N2- Dic- 2007, p. 31

<sup>82</sup> Wajntraub Javier H, “Las acciones colectivas tras la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, Cita Lexis Nexis Online N° 0003/013849 o JA 2008-II-1286, p. 6

<sup>83</sup> Wajntraub Javier H, “Las acciones colectivas tras la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, Cita Lexis Nexis Online N° 0003/013849 o JA 2008-II-1286, p. 7

voces se han manifestado resistiéndose a que los representantes de los intereses colectivos accionen con relación a ciertos supuestos hasta tanto se sancione una normativa específica.

Esta posición minoritaria entiende que “la nota característica de un derecho de incidencia colectiva es que tutela intereses colectivos de naturaleza indivisible”<sup>84</sup>. De esta manera, encierra los casos que apuntan a lograr restituciones de sumas cobradas indebidamente o de daños y perjuicios fuera del universo de las acciones colectivas. Al respecto, Giannini sostiene que esta postura implicaría “otorgar al consumidor una mera licencia formal para reclamar, sin consecuencias prácticas”<sup>85</sup>.

En otras palabras, la identificación de un derecho de incidencia colectiva no depende exclusivamente del derecho que ha sido violado. El mero hecho de que en un caso concreto exista una violación a los derechos del consumidor o al derecho a un ambiente sano no implica necesariamente la afectación de un derecho de incidencia colectiva, “sino que debe tenerse en cuenta también el tipo de tutela jurisdiccional que se busca”<sup>86</sup>

De esta manera, frente a la afectación de un derecho colectivo, nos encontramos ante una controversia que involucra ya no a los derechos individuales de dos partes determinadas, “sino que ahora los intereses en juego pertenecen a toda la comunidad o a parte de ella”<sup>87</sup>. Y es aquí donde las tradicionales reglas procesales han quedado vetustas, sobre todo en materia de legitimación y cosa juzgada, institutos que requieren ser adaptados a los nuevos procesos colectivos.

Bianchi analiza las acciones de clase y se pregunta si constituyen una adecuada solución y si estamos en condiciones de incorporar el sistema, ante frustrados intentos de aplicación de la doctrina extranjera; teniendo en cuenta que la problemática de una controversia pueda generar consecuencias vinculantes para quienes no han sido parte de ella.

En este orden de ideas, hacer obligatoria una sentencia sobre quienes no han participado es convertir a los jueces en legisladores, pero también es cierto que ello ocurre de hecho cada vez que se “pronuncia un fallo cuyos alcances se proyectan sobre un número indeterminado de personas”<sup>88</sup>.

En línea con su jurisprudencia tradicional, la Corte sostiene que dicha carencia no es óbice para impedir el acceso a la justicia, toda vez que los derechos que se protegen con la acción de amparo poseen fundamento constitucional y se gozan y ejercen con independencia de las leyes reglamentarias. Se trata, en definitiva, de una creación pretoriana que, si bien se inscribe en la tendencia de las acciones de clase del derecho norteamericano, no implica la “adopción ciega ni automática de sus reglas procesales que por cierto resultan bastante complejas y, en ciertos casos, de difícil adaptación a la realidad vernácula”<sup>89</sup>.

Para fundamentar esto, la Corte utiliza un argumento lógico y otro jurídico. Ambos tienen sólido sustento. El primero, ya que es razonable que dicho efecto resulta inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en “virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intenta proteger”<sup>90</sup>. También puede colegirse que dicho principio reconoce su fuente primaria en el propio texto

---

<sup>84</sup> Rivera, Julio C. y Rivera, Julio C. (h), “La tutela de los derechos de incidencia colectiva”, LL Online 2005-B-1053, p. 5

<sup>85</sup> Giannini, Leandro J., “La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas”, en “Procesos colectivos”, coord.: Eduardo Oteiza, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 179

<sup>86</sup> Rivera Julio César, “La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores”, Cita Lexis Lexis Online N° JA 2008-II-1141 ó SJA 25/6/2008, p.3

<sup>87</sup> Stiglitz Rubén, “Acciones colectivas de los consumidores. Cesación de cláusulas abusivas”, Cita Lexis Nexis Online N° 0003/012629 ó SJA 21/6/2006, p. 3

<sup>88</sup> Garrote Ángel Fermín, “Ponencia: Las acciones de incidencia colectiva en el marco de la tutela procesal diferenciada. Proyección del instituto a partir de la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2009, publicación online: <http://www.procesal2009bsas.com.ar>, p. 9

<sup>89</sup> Bianchi Alberto B., “Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala”, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 43

<sup>90</sup> Cassagne Juan Carlos, “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos “erga omnes” de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva”, LL Online 2009-B, 646, p. 3

constitucional (aunque en forma implícita) y que, por otra parte, se trata de una institución ya reconocida en el ordenamiento vigente.

El reconocimiento de esta categoría de procesos, como bien lo advierte la Corte, plantea una serie de problemas que deberán dilucidarse en el futuro. La necesidad de resguardar el derecho de defensa de quienes integran el grupo colectivo y el de los intereses de terceros ajenos al pleito, así la idoneidad de la persona o entidad que asuman la representación hasta el carácter “difuso que tiene el control de constitucionalidad en nuestro país. Son muchas las cuestiones a resolver por parte de los jueces y/o los legisladores”<sup>91</sup>.

Ahora bien, el nuevo estado de cosas que fueron mencionadas someramente más arriba “cambia esencialmente la forma en que se realizan los contratos”<sup>92</sup> y esto debe impactar, necesariamente, en la forma en la que interviene el Estado para asegurar la justicia, evitando y previniendo las prácticas abusivas de la parte negocialmente fuerte.

La introducción de los derechos de incidencia colectiva constituye así la “base indubitable del progreso futuro en esta materia no solamente para la legitimación judicial en cuanto al derecho sustantivo sino también para el adjetivo”<sup>93</sup>.

## II.- ¿Cómo defender al consumidor?

Pese a estos avances legislativos, en nuestra vida cotidiana no percibimos que haya una aplicación de la ley, por el contrario se “advierte que los proveedores de bienes y servicios se resisten a reconocer nuestros derechos”<sup>94</sup>

Y que la justicia está muy lejos de los pequeños inconvenientes que sufrimos todos, incluso los funcionarios, abogados y jueces que deberían procurar su aplicación.

Las raíces de estas circunstancias son de lo más variadas y a manera de una sintetizada exposición podemos detallar las siguientes: reclamos de poco monto y por lo tanto que no provocan interés, falta de conciencia y conocimiento por parte de los consumidores como de quienes tienen a su cargo la aplicación de la ley, falta de recursos de las asociaciones de defensa al consumidor, falta de acceso a alguna estructura que le dé cabida a sus derechos, como así también falta de educación, la cual es un pilar fundamental para una efectiva protección no sólo de los consumidores, sino del individuo en general. etc.

Tal como se expresa, nos encontramos en una situación donde la justicia y los derechos del consumidor en particular no se encuentran entre las prioridades de políticas públicas. El consumidor se haya enormemente postergado, “entendiéndose todo el avance legislativo como una mera expresión de deseos, más que como un mejoramiento en la calidad de vida”<sup>95</sup>. Actualmente, la ley ha creado un aparato dependiente especializado en la materia del consumidor pero que está falto de las posibilidades propias de un poder jurisdiccional. Esto se traduce a que en la práctica el procedimiento resulte aparentemente eficaz si las partes arriban a un acuerdo, pero se torna ineficiente

<sup>91</sup> Cassagne Juan Carlos, “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos “erga omnes” de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva”, LL Online 2009-B, 646, p. 4

<sup>92</sup> Cassagne Juan Carlos, “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos “erga omnes” de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva”, LL Online 2009-B, 646, p. 4

<sup>93</sup> Gordillo Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo T. 2”, Ed. Buenos Aires, 1998, Argentina, p. 36

<sup>94</sup> Imbrogno Andrea I., “Del dicho al hecho...¿existe una tutela efectiva de los derechos del consumidor?”, publicación online: <http://www.cartapacio.edu.ar>, p. 2

<sup>95</sup> Imbrogno Andrea I., “Del dicho al hecho...¿existe una tutela efectiva de los derechos del consumidor?”, publicación online: <http://www.cartapacio.edu.ar>, p. 2



cuando el proveedor no colabora con la solución del problema. Esto ocurre puesto que la autoridad administrativa sólo podrá sancionarlo con una multa, que no sólo no está facultada a ejecutar sino que no resuelve el problema de fondo: violación del derecho del consumidor.

Dentro de este esquema idóneo de ideas existe un marco de variadas posibilidades que van, desde la implementación de tribunales especiales para el consumidor como técnicas directas de participación ciudadana hasta mecanismos procesales idóneos para tales fines que pueden ser aplicados por los tribunales comunes.

En este sentido, nadie ignora que en la mayoría de los países del mundo la administración de justicia se caracteriza por ser costosa, compleja y lenta. Esta particularidad común, frente a la poca entidad que poseen en general los reclamos aislados de los consumidores, es la razón por la cual la mayor parte de sus frustraciones no trascienden el marco personal o familiar de la población. Esto, lejos de representar un beneficio, importa un desgaste que excede el marco individual del hombre para proyectarse sobre la credibilidad de las instituciones, con seria afectación de la justicia como mecanismo idóneo para solucionar conflictos.

Considerando el estado crítico por el que transcurre el sistema jurídico argentino, en lo que hace a su aceptación y confianza en el marco de la sociedad, creo que el país no puede permitirse el lujo de marginar ideas que han demostrado ser exitosas en otros países más evolucionados que el nuestro en lo que se refiere al respeto por las instituciones, y a la protección de los derechos ciudadanos.

Bajo este convencimiento, y sin perjuicio del debate amplio que todos los cambios merecen, creo que las nuevas iniciativas que tiendan a perfeccionar un sistema integral de resolución de conflictos para la sociedad argentina deben ser apoyadas. Además, cabe asentar énfasis en que cualquier dispositivo de autocomposición de diferendos debe tener específica consideración en la discrepancia existente entre las partes, a los fines de alcanzar una solución que efectivamente devuelva los derechos al consumidor.

Es indispensable por ello que desde el Estado se creen Juzgados de Pequeñas Causas o Tribunales para el Consumo, fundándose la gratuidad para el consumidor como se establece en el artículo 28 de la Ley 26.361 accediéndose de esta forma a una efectiva protección del consumidor, la cual proporcionaría el acceso a la equidad, frente a un sistema de justicia que obviamente se muestra desbordado y en donde sólo así tendremos una efectiva tutela de los derechos del consumidor.

Esta misma justicia especializada debe tener, también, competencia para entender en los procesos en los que el consumidor sea sujeto demandado, consiguiendo especial valor las circunstancias de insolvencia del consumidor a fin de alcanzar un estado de derecho que se comprometa en garantizar a todos los ciudadanos su debida protección “materializada en una efectiva vigencia de los derechos”<sup>96</sup>.

Veremos a continuación, haciendo especial hincapié en los derechos de los consumidores, que la forma en que se conforma esta tutela judicial, a los fines de afirmar el acceso irrestricto a la jurisdicción, es a través de la exploración y facilitación de soluciones auto-compuestas, acentuación de los deberes de colaboración de las partes, tanto en la aportación de los hechos así como también de la prueba.

En palabras del Dr. Berizonce, se debe aseverar la accesibilidad para todos al sistema judicial “sin trabas ni cortapistas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento y actualización de los derechos, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva”<sup>97</sup> (primacía de la realidad), consagración en fin del derecho material (derechos fundamentales), que no puede frustrarse

<sup>96</sup> Corvalán Guillermo César, “Alternativas para una efectiva Tutela de los Derechos del Consumidor”, Ponencia presenta en el XXV Congreso de Derecho Procesal Nacional, Nov, 2009, Publicación Digital: <http://www.procesal2009bsas.com.ar>, p. 14

<sup>97</sup> Corvalán Guillermo César, “Alternativas para una efectiva Tutela de los Derechos del Consumidor”, Ponencia presenta en el XXV Congreso de Derecho Procesal Nacional, Nov, 2009, Publicación Digital: <http://www.procesal2009bsas.com.ar>, p. 14



por razones puramente formales (instrumentalizada y exclusión del exceso formal manifiesto). Se trata de consagrar una justicia de acompañamiento, para la “protección reforzada de los derechos de la parte desfavorecida en la relación sustancial, equilibrando y comparando la situación relativa de los contendientes”<sup>98</sup>.

La ley 24.240 modificada por la ley 26.361 establece un régimen de prevención de transgresiones a los derechos de consumidores y usuarios y un régimen de sanciones a las mismas, y a su vez, una doble vía de acción a nivel administrativo y judicial, nacional y local. Este especial régimen de defensa, que lo diferencia de los mecanismos de protección de derechos más habituales, determina que hablemos de una tutela diferenciada.

### III.- El acceso colectivo a la justicia

Este recontó, no exhaustivo por cierto, deja evidente que la efectiva defensa del consumidor se encuentra en un punto muerto donde una diversidad de situaciones jurídicas que merecen un tratamiento diferenciado en términos de contenidos y/o urgencia, no son atendidos adecuadamente. Un ejemplo de esto lo evidenciamos en la desatención prestada por el derecho procesal a la defensa de los derechos e intereses supraindividuales en los que las viejas categorías procesales de legitimación procesal, representación, acumulación y cosa juzgada, en su clásico pensamiento, no lograban desarrollar la tutela demandada por los derechos colectivos, los intereses difusos y los intereses individuales homogéneos.

Ello, porque el proceso ordinario de conocimiento se concibió originalmente como instrumento para la tutela de situaciones jurídicas individuales. El acceso colectivo a la justicia es un requerimiento de las sociedades postindustriales, construidas sobre la base de sistemas masivos de producción distribución y consumo. La existencia de derechos que corresponden a grupos no organizados de personas es uno que preocupa al derecho procesal hace más de tres décadas. Sin embargo, el camino para llegar a códigos procesales que regulen sistemáticamente los denominados procesos colectivos todavía es largo y difícil.

Para lograr este objetivo (el acceso procesal colectivo), es necesario desarrollar una tutela diferenciada del régimen general que permita el inicio de un solo proceso judicial que agrupe originaria o sucesivamente a quienes aleguen haber sufrido un daño. En este punto, se debe hacer una aclaración necesaria: Se sostiene que el régimen actual de acumulación procesal podría ser suficiente para el objetivo requerido. Sin embargo, más allá de la doctrina y las normas, la práctica judicial reflejada a través de la jurisprudencia “nos muestra un panorama dividido en el que las interpretaciones”<sup>99</sup>, lamentablemente, inclinan la balanza hacia la obstrucción de procesos de este tipo.

### IV.- Los procesos colectivos en España

La solución a este problema, que presentamos, pasa por eliminar estos obstáculos, de forma que existan mecanismos jurisdiccionales que admitan una solución auténtica a los conflictos en materia de consumo. En esa “dirección se dirigen las opciones que se barajan en los ordenamientos occidentales contemporáneos”<sup>100</sup>.

Así, de un lado, la primera de las tendencias legislativas consiste en permitir y promover la existencia de procesos colectivos, como sucede en “España desde mediados de los años 80 y,

<sup>98</sup> Berizonce, Roberto Omar - “técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas - Revista de Derecho Procesal, n° 2009, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 61

<sup>99</sup> Lohmann Juan Guillermo, “Proyecto de ley acceso a la justicia colectiva”, Revista Valores, Año XVII, n°45, feb, 2006, p. 17

<sup>100</sup> Gascon Inchausti Fernando, “La protección de los consumidores en el derecho civil español”, Artículo digital publicado en: <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/texteINCHAUSTI.pdf>, p. 3

sobre todo, tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en enero de 2001”<sup>101</sup>. Se logra a través de este camino provocar un recurso unitario a escenarios en que o bien existe una única infracción con una diversidad de afectados, o bien existe una diversidad de controversias semejantes. Ello, a su vez, redundará en una mayor economía procesal para la parte consumidora, dado que la cuantía económica del proceso colectivo sí que remedia el esfuerzo de su ejecución.

Para facilitar un manejo real de estos procesos colectivos se imputa legitimación para promoverlos a determinadas organizaciones privadas como las asociaciones de consumidores y a ciertos organismos públicos como el “Instituto Nacional de Consumo o el Ministerio Fiscal, descartando que los procesos colectivos sean realizados por consumidores a título singular”<sup>102</sup>.

En definitiva, la implantación de los sistemas de acciones y procesos colectivos se afirma y se sirve del fenómeno del asociacionismo en materia de consumo, así como de la efectividad de organismos de defensa de los consumidores, accediendo que sean estas organizaciones quienes se opongan en el juicio, desde un enfoque de menor inestabilidad, a los grandes profesionales y empresarios.

El camino de las acciones y de los procesos colectivos no puede ser, sin embargo, la única solución que brinde el ordenamiento si se quiere impulsar una tutela completa de los derechos de los consumidores. En efecto, se hace ineludible también prever herramientas para solventar las discusiones simples entre consumidores y empresarios, que no son idóneas de ser fundadas en un proceso colectivo.

El legislador, por tanto, no puede dejar de lado los procesos individuales o en que se enfrente un consumidor a un profesional, y tiene que disponer lo necesario para: a) subsanar procesalmente la posición de preeminencia que tiene originariamente el empresario frente al consumidor; b) brindarle un proceso que sea expedito y económico, pues lo contrario le disuadiría de enmendar jurisdiccionalmente el conflicto.

El legislador procesal español ha atendido a estas insuficiencias a través de dos caminos: en primer término, ha señalado una serie de suposiciones para los procesos judiciales entre consumidor y empresario, que “otorgan al inicial una cadena de ventajas o resarcimientos frente al segundo”<sup>103</sup> (especialmente en correspondencia con la competencia territorial del juzgado).

Asimismo, se ha “establecido un sistema especial de arbitraje en materia de discusiones relativas al consumo”<sup>104</sup>, que avala una tramitación rápida y económica de la controversia, para que se pueda mostrar como alternativa al proceso judicial natural.

## V.- ¿ El arbitraje de consumo en Argentina, ¿solución o espejismo?

La puesta en marcha del arbitraje de consumo como procedimiento alternativo de resolución de conflicto, ha tenido varios resultados y finalidades. Ha dado cumplimiento al mandato constitucional existente en el tercer párrafo del Artículo 42° y “concretó la obligación que el Congreso Nacional un año antes había puesto en cabeza de las autoridades, mediante el Artículo 59 de la Ley de Defensa del Consumidor”<sup>105</sup>. De esta manera, se generan soluciones y respuestas a los reclamos

<sup>101</sup> Gascon Inchausti Fernando, “La protección de los consumidores en el derecho civil español”, Artículo digital publicado en: <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/textelNCHAUSTI.pdf>, p. 3

<sup>102</sup> Gascon Inchausti Fernando, “La protección de los consumidores en el derecho civil español”, Artículo digital publicado en: <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/textelNCHAUSTI.pdf>, p. 4

<sup>103</sup> Gascon Inchausti Fernando, “La protección de los consumidores en el derecho civil español”, Artículo digital publicado en: <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/textelNCHAUSTI.pdf>, p. 4

<sup>104</sup> Gascon Inchausti Fernando, “La protección de los consumidores en el derecho civil español”, Artículo digital publicado en: <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/textelNCHAUSTI.pdf>, p. 4

<sup>105</sup> Laquidara José Luis, “Arbitraje de consumo un acceso a la justicia para los consumidores”, Ponencia II Foro de agencias gubernamentales de protección al consumidor, Ciudad de Panamá, 11 al 13 de junio, 2003, p. 4

de los consumidores que hoy tienen a su disposición una herramienta para plantear y reclamar por sus derechos ante las diferentes hipótesis conflictivas existentes con los proveedores de bienes y servicios.

La experiencia recogida durante los primeros años de vigencia del sistema Nacional de Arbitraje de Consumo en la Argentina “ha producido un marcado efecto positivo en la población que ha tenido acceso al mismo”<sup>106</sup>. Lamentablemente, no ha sido igual la respuesta esperada de las autoridades locales, quienes no han propiciado su efectiva aplicación en todo el territorio nacional, sumando la propuesta unas pocas jurisdicciones provinciales, entre las que se cuentan Mendoza, Catamarca, Córdoba, Formosa y Chaco, con distintos niveles de avance en su efectiva puesta en funcionamiento.

Este brutal pero real escenario por el que cruzan las instituciones de la Justicia no es de orden exclusivo de la Argentina, sino que se ha tornado en una dificultad común a nuestros países, que exhorta apremiantes y claras soluciones al respecto.

Creo que ningún integrante de la sociedad sudamericana conseguiría resistirse con basamentos “plausibles a la creación de un sistema judicial de menor cuantía”<sup>107</sup>, pero para esto, las premuras que manifiesta el universo de los consumidores de la región, ante los desconocidos escenarios de un “mercado globalizado y dispar no pueden esperar”<sup>108</sup>.

La Declaración de Santiago, emitida el 25 de enero de 2002 en oportunidad de finalizar el Primer Foro de Agencias Gubernamentales de Defensa al Consumidor de América Latina y el Caribe celebrado en Chile, nos dejó un claro precepto: debe ser una inquietud fundamental e invariable de nuestros Gobiernos afirmar el debido reconocimiento y resguardo a los derechos y obligaciones de nuestros habitantes en sus relaciones de consumo. Se deben investigar modos más efectivos y eficientes de acceder a la justicia de los miles de consumidores y usuarios que regularmente apelan a nuestras reparticiones.

Agrego a lo anterior, que las Pautas y directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor aumentadas en 1999, instituyen que los gobiernos deberán “suministrar a los consumidores información sobre los procedimientos actuales y otros para alcanzar resarcimiento y solucionar controversias”.<sup>109</sup>

Los continuos planes de instauración de fueros especiales para este ejemplo de causas y su común suerte sin éxito, alcanzan una última reflexión de mi parte: lo mejor siempre está por venir, pero la gente precisa solucionar sus dificultades durante sus vidas, no luego de su disipación de este mundo.

El arbitraje de consumo es uno de los instrumentos con los cuales los gobernantes y la sociedad civil en general pueden y deben imaginar y desarrollar en favor del ejercicio real de nuestros derechos, “el camino efectivo a la justicia y la dignidad como un atributo irrenunciable y necesario de todo consumidor”<sup>110</sup>.

En este sentido, es “ineludible reflexionar que las relaciones de reciprocidad han ido gradualmente reuniendo nuevas nociones”<sup>111</sup>. Algunas de éstas son elemento de invariable discusión y actual

<sup>106</sup> Editorial n°11 del sistema nacional de arbitraje de consumo de Argentina, “Arbitraje de consumo en las provincias: Un derecho postergado”, Artículo digital publicado en: [http://www.mecon.gov.ar/snac/base\\_home/editorial\\_boletin11.pdf](http://www.mecon.gov.ar/snac/base_home/editorial_boletin11.pdf), p. 1

<sup>107</sup> Laquidara José Luís, “Arbitraje de consumo un acceso a la justicia para los consumidores”, Ponencia II Foro de agencias gubernamentales de protección al consumidor, Ciudad de Panamá, 11 al 13 de junio, 2003, p. 6

<sup>108</sup> Laquidara José Luís, “Arbitraje de consumo un acceso a la justicia para los consumidores”, Ponencia II Foro de agencias gubernamentales de protección al consumidor, Ciudad de Panamá, 11 al 13 de junio, 2003, p. 7

<sup>109</sup> Directrices de Naciones Unidas para los Consumidores, “Resolución A/RES/39/248”, 16 de abril de 1985, p. 3

<sup>110</sup> Laquidara José Luís, “Arbitraje de consumo un acceso a la justicia para los consumidores”, Ponencia II Foro de agencias gubernamentales de protección al consumidor, Ciudad de Panamá, 11 al 13 de junio, 2003, p. 7

<sup>111</sup> Diario Clarín, “La Sociedad y las Ideas”, en suplemento Zona de la Política, Argentina, Buenos Aires, 1/09/2002, p. 2

procedimiento, como la responsabilidad y compromiso social de las empresas, el consumo sostenible o razonable, “el crecimiento con perfeccionamiento económico, equidad social y calidad de vida”<sup>112</sup>.

Estos temas fueron últimamente tratados en la Cumbre de la Tierra celebrada en Johannesburgo, en cuya ocasión el Gobernador de Sudáfrica, Thabo Mbeki señaló que “una sociedad global asentada en la indigencia de muchos y el bienestar de unos pocos, no es sustentable”.<sup>113</sup>

En esta sociedad globalizada que envuelve a los países, con sus orígenes, historias y sufrimientos comunes, “no parecen encontrarse mejores ambientes de vida y desarrollo sin la energía permanente y tenaz apuntado a lograr esos objetivos”<sup>114</sup>.

Los gobiernos de Latinoamérica y especialmente quienes tienen a cargo hacer efectiva la defensa de los derechos de los consumidores, cuentan con la oportunidad verdadera de lograr progresos cualitativos y cuantitativos en lo que concierne al acceso de los usuarios a la justicia.

## VI.- ¿Es posible cuantificar los daños?

Por otra parte el Daño Moral, cuyo monto no es mensurable o medible, no puede ser materia de regulación o medición pericial sino del “arbitrum Judices”, lo que significa que es al Juzgador a quien le corresponde fijar su cuantía, tal como lo señaló la Corte Suprema de

Justicia en numerosas sentencias. Este dato que permanece incierto hasta el momento de la sentencia ocasiona uno de los grandes dramas de la experiencia judicial<sup>115</sup>. Frecuentemente, se observa en los repertorios de jurisprudencia la ardua tarea que conlleva cuantificar el dolor humano. Fijar una pauta o parámetro para medir lo que a primera vista aparece como inabarcable; pues al ser el sufrimiento humano una circunstancia de suyo subjetiva, conforme a la sensibilidad de cada persona, se puede llegar a considerables desproporciones.

Las Jornadas nacionales de derecho civil pusieron en evidencia: “El sistema de cuantificación judicial de los daños a la persona muestra un panorama de preocupante anarquía que conspira contra el valor seguridad, equidad y justicia”<sup>116</sup>.

En el derecho español, los autores observan que la asociación entre reparación integral y arbitrio sin instrumentos, produce arbitrariedad; la cuantía de las indemnizaciones varía erráticamente y ello genera:

- 1) Compensación inadecuada: subestimación o sobreestimación de los daños.
- 2) Distorsión del efecto preventivo de las condenas y, consiguientemente, de las señales que el sistema judicial envía a los causantes potenciales de daños.
- 3) Incremento de las disfunciones del mercado de seguros, que se encarece o incluso reduce su oferta de cobertura.
- 4) Aumento de la lentitud en el proceso de liquidación de las indemnizaciones

<sup>112</sup> Laquidara José Luis, “Arbitraje de consumo un acceso a la justicia para los consumidores”, Ponencia II Foro de agencias gubernamentales de protección al consumidor, Ciudad de Panamá, 11 al 13 de junio, 2003, p. 7

<sup>113</sup> Diario Clarín, “La Sociedad y las Ideas”, en suplemento Zona de la Política, Argentina, Buenos Aires, 1/09/2002, p. 2

<sup>114</sup> Diario Clarín, “La Sociedad y las Ideas”, en suplemento Zona de la Política, Argentina, Buenos Aires, 1/09/2002, p. 2

<sup>115</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. La ley sobre riesgos del trabajo 24.557 y los principios generales del derecho de daños desde la óptica del derecho constitucional. Revista de derecho privado y comunitario n° 15, pág.301.

<sup>116</sup> La valoración y la cuantificación del Daño Moral deben tener en cuenta las pautas empleadas mayoritariamente por pronunciamientos judiciales, expedidos en casos razonablemente afines, a los efectos de evitar decisivos contradictorios. Conclusiones de la Comisión n°2: Obligaciones.

“Cuantificación de la indemnización por daños personales”. XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Diario La Ley, suplemento actualidad 25-10-2007.

*Los juristas brasileños manifiestan:* Es difícil suponer que no hay uniformidad en casos similares, incluso si se utiliza con cautela, a la izquierda los anclajes dispares e injusto, para eventos similares, y para que no vuelva a ocurrir, necesitamos tener soluciones comunes y general en ese sentido, al menos, por el tema principal del esqueleto. Creemos que sería posible adoptar un sistema que, sin la rigidez de un sistema de tarificación y dar al juez una serie de actividades en las que poder graduarse la reparación de conformidad con el caso. Es necesario un grado suficiente de uniformidad de las decisiones relativas al importe indemnizatorio en casos similares, evitar juicios dispares. Por eso es importante que los magistrados lleguen a un punto en común sobre el monto de la indemnización de daños y perjuicios. Es evidente que el juez estudiará cada caso, se tendrá en cuenta todas sus peculiaridades, y, por tanto, difícilmente obtendrá los mismos valores, pero estos deben ser uniformes, dentro de un equilibrio<sup>117</sup>

*Em este sentido,* el Prof. Guido Alpa señala que en todos los ordenamientos, se detecta la ausencia de una regulación orgánica de la cuantificación del daño, que por lo general (salvo los casos de intervención legislativa ad hoc), queda confiada a la valoración del juez, fundada en la equidad.

Esta situación, desde la óptica del damnificado conduce a una incertidumbre sobre el quantum del resarcimiento. Las víctimas por un mismo tipo de daño- son resarcidas de manera irregular y diversificada<sup>118</sup>.

La “anomalía” se llama indemnizatory hacia arriba o hacia abajo nos trae un problema, sino que las exigencias de esta naturaleza, un verdadero juego de lotería, porque existen jueces “liberal”, propenso a fijar valores altos (aunque no teratolí) y los jueces “manos cerradas” inclinados a fijar cantidades casi ridículo (tampoco teratológicas). El destino de las partes será dependiendo sólo la mala suerte en la distribución de los procesos <sup>119</sup>.

Esta cuantía estocástica, que se concede para resarcir el daño, puede alcanzar a personas que sufren infortunios semejantes, deducen demandas similares y producen pruebas equiparables. No hay razón que lo justifique. Esta situación sólo puede explicarse a partir de la subjetividad judicial y de la ausencia de toda regla razonable, extremos inadmisibles en un sistema de derecho que pretenda garantizar la igualdad de los ciudadanos<sup>120</sup>.

La seguridad jurídica se agrieta cuando en casos similares se otorgan indemnizaciones dispares, fruto del criterio disímil que utilizan los distintos tribunales o, lo que es peor, un mismo tribunal<sup>121</sup>. Generan “escándalo” las sentencias que condenan a pagar indemnizaciones de cuantías harto diferentes, sin dar razón del porqué de esas actitudes<sup>122</sup>.

En síntesis, el principio de reparación integral y sistema abierto de determinación de la indemnización suelen aparecer juntos, pero no resuelven el problema, sólo lo rodean<sup>123</sup>. ¿Cómo

<sup>117</sup> COSTA, Dahyana Siman Carvalho da. GANDINI, João Agnaldo Donizeti. *Liquidação do dano moral*.

Disponibile em [www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br).

<sup>118</sup> Alpa, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, pág. 813. Jurista Editores.

<sup>119</sup> Francisco César Pinheiro Rodrigues O problema da quantificação indenizatória. Disponible em [www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br).

<sup>120</sup> Iribarne, Héctor Pedro. *De los daños a la persona*, pág.50. Editorial Ediar S.A.

<sup>121</sup> Pizarro, Ramón D. *Valoración y cuantificación del Daño Moral*. L.L.C. 2006,893. RCyS 2006-XI,121.

<sup>122</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. *La cuantía del resarcimiento y la función del juez. Responsabilidad por daños. T° V. El Daño Moral*, pág.231. Ed. Rubinzal-Culzoni.

La Corte Suprema de la Nación en la causa: “G., E. A c. Trenes de Buenos Aires S.A.”, no advirtió razones justificantes para que el Tribunal de Alzada elevara el monto del Daño Moral ocho veces más que la suma admitida en primera instancia, pues no aclaró cuál fue el cálculo o método que siguió para extraer de bases similares montos tan diversos. *La Ley*. RC y S 2005, 880 – D.J. 2005-2, 176.

<sup>123</sup> Pintos Ager, Jesús. *Baremos*. [www.indret.com](http://www.indret.com).

La más reciente tendencia doctrinaria y jurisprudencial europea considera que la técnica más correcta para la reparación del daño a la persona está dada por la contemporánea presencia de un factor de uniformidad -sustentado en la igualdad biológica entre todos los seres humanos- y otro de flexibilidad -fundado en las particularidades de cada caso- cuya combinación se hace necesaria para una equitativa valoración del daño a la persona.

Fernández Sessarego, Carlos. *Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*. Disponible en [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).



podemos entonces determinar adecuadamente el daño indemnizable? En el intento de responder a esta pregunta, sostiene Pintos Ager, cobra toda su dimensión la cuestión de los baremos, y la solución que se ofrezca habrá de valer para todos los grupos de casos en los cuales existan daños a la persona<sup>124</sup>.

*La doctrina italiana señala:* Se trata, por ello, de encontrar un método que permita hacer frente a dos necesidades competidoras:

- a) homogeneidad de tratamiento de casos iguales;
- b) personalización del daño <sup>125</sup>.

Cada magistrado genera a través de su experiencia su propia tabla para cuantificar los perjuicios que son sometidos a su decisión<sup>126</sup>.

Resulta conveniente que los jueces utilicen criterios de valuación similares para casos similares. Ello, podría lograrse, en alguna razonable medida, con la publicación de los fallos en los que se determine los montos fijados para los distintos daños. Del mismo modo que los jueces tienden, por una razón de seguridad jurídica, a coincidir con los precedentes judiciales en materia de interpretación de la ley; así también, procurarán unificar criterios en relación a la evaluación de los daños<sup>127</sup>.

El Poder Judicial puede utilizar los criterios señalados aquí, como el sufrimiento experimentado por la víctima, sus circunstancias personales, la magnitud de la lesión y la situación económica del infractor y la víctima, y también los parámetros establecidos en las resoluciones judiciales ya consolidadas. Para ello debe beneficiarse de las ventajas que ofrece el sistema y establecer una base de datos que contiene el monto de la indemnización establecida previamente por los tribunales y hacer comparaciones de casos similares antes. La armonización de las cifras de casos similares ante la Corte se ha consolidado, será una fuente de la eliminación de la "lotería legal".

Somos conscientes de que los casos rara vez se repiten y, dependiendo de las circunstancias, resuenan más o menos intensa, pero teniendo en cuenta una situación y otra, el juez podrá graduarse esta cantidad, con más equidad <sup>128</sup>.

La confección de un baremo de decisiones judiciales tiene la ventaja de ser flexible<sup>129</sup>. A pesar de que considerar todos estos criterios mencionados anteriormente, seguirá siendo la discreción del Juez de ancho, ya que su interpretación no es uniforme. Por lo tanto, además de los parámetros mencionados anteriormente, también se debe considerar en la jurisprudencia. En otras palabras, el juez debe tener en cuenta las condenas anteriores en casos similares.

Si utiliza todos estos criterios, creemos que los daños y perjuicios serán más justos<sup>130</sup>. En el derecho argentino, precisamente, en el ámbito de la Justicia Nacional en lo Civil se creó el sistema judicial de cuantificación de daños; una importante base de fallos judiciales refieren a la cuantificación del daño extrapatrimonial; la utilización, por medio del ingreso de datos indicados en diversos campos, permite<sup>131</sup>:

<sup>124</sup> Pintos Ager, Jesús. Baremos. [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>125</sup> Ziviz, Patrizia. Il danno alla persona nel nuovo codice delle assicurazioni private. Disponible en [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)  
Cendon, Paolo-Ziviz, Patrizia. Il risarcimento del danno esistenziale, pág. 208,210. Giuffrè Editore.

<sup>126</sup> Aferillo, Pascual. Cuantificación de daños personales. Diario La Ley del 11-7-2007.

<sup>127</sup> Borda, Guillermo. La indemnización de los daños personales. Un problema no resuelto. E.D. T° 163-1139.

<sup>128</sup> COSTA, Dahyana Siman Carvalho da. GANDINI, João Agnaldo Donizeti. Liquidação do dano moral. Disponible en [www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br).

<sup>129</sup> Garrido Cordobera, Lidia M. La cuantificación de daños. Un debate inconcluso. Diario La Ley del 6-8-2007.

<sup>130</sup> ROLLO, Arthur Luís Mendonça. Quanto vale o dano moral? Disponible en [www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br).

<sup>131</sup> <http://consultas.pjn.gov.ar/cuantificacion/civil/>  
<http://www.cij.gov.ar>.



1. obtener parámetros que sirven de ayuda al momento de cuantificar el daño, en casos análogos.
2. estimular los mecanismos alternativos de resolución extrajudicial y judicial del conflicto.
3. evitar conjeturas de los litigantes sobre el potencial resultado del proceso. A menudo, se observa que un demandante optimista suele sobrevalorar el daño y por el contrario, el demandado infravalorarlo.
4. mermar la tasa de litigios.

## VII.- Hacia un nuevo paradigma

La imagen de este horizonte se renueva en general en todos los países, por eso recordando al Profesor de la Facultad de Bologna, Dr. Federico Carpi, en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la Provincia de Neuquén, República Argentina, “no debe existir ningún país en el mundo donde no se lamente la crisis de la justicia”<sup>132</sup>.

Entre los disímiles factores que destacaba aquél, subrayaba el acrecentamiento de la litigiosidad, la falta de distribución de los departamentos judiciales, la truncada utilización de las nuevas técnicas, por ejemplo en materia procesamiento de datos, o la poca formación de jueces y abogados. Lo innegable es que este escenario ha hecho prosperar, al lado del desgastado flujo del devenir judicial, nuevos procedimientos de resolución de conflictos, entre los cuales resalta el arbitraje, como uno de los más utilizados a nivel mundial, como ya fuera señalado.

En este sentido, Taruffo se debate en las diversas orientaciones que se deben tener en mira para realizar un examen y las reflexiones que podrían ser ventajosas para enfrentar este ejemplo de dificultad. Una de ellas señala precisamente a una ineludible redefinición orientada a las herramientas de tutela jurisdiccional, entre las cuales se encuentra el arbitraje.

Sostiene que debe establecerse el recurso a la justicia del estado sólo cuando sea inevitable y en cambio cuando sea “inteligente dar espacio a formas alternativas, para recurrir a una justicia privada”<sup>133</sup>.

Como puede advertirse, la crisis de funcionalidad de la administración ordinaria de justicia se “transforma en un impulso muy dinámico para la indagación de formas alternativas de solución de controversias”<sup>134</sup>.

En resumen, posiblemente sea improbable ahora, y aún más en el futuro relegar de estas herramientas. Sin embargo, no hay que dejar de lado que éstas constituyen un medio de reserva, respecto de la protección jurisdiccional de los derechos, la cual no debe ser tomada a la ligera ya que no sería raro que se originen injustas o malas resoluciones de las controversias haciendo que el remedio sea peor que la enfermedad.

## VIII.- La tutela real del consumidor

Frente al panorama trazado hasta ahora, los obstáculos que encuentra el justiciable para acceder a los órganos estatales de administración de justicia son una fuente de gran insatisfacción, ya

<sup>132</sup> Rojas, Jorge A., “El control de constitucionalidad en el arbitraje”, en Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, T. I, Ed. Universidad Nac. de México, Distrito Federal, p. 449

<sup>133</sup> Taruffo, Michele, “Sobre las Fronteras, escritos sobre la justicia civil”, Ed. Temis, 2006, Colombia - Bogota, p. 5.

<sup>134</sup> Taruffo Michele, “Racionalidad y crisis de la ley Procesal”, Revista Doxa n° 22, Año 1999, p. 315

que no encuentra en el sistema judicial la respuesta a sus necesidades de tutela jurisdiccional. La falta de canales adecuados para la resolución de los conflictos que naturalmente surgen de la convivencia en sociedad, genera tensiones sociales perjudiciales para la continuidad misma de la comunidad.

Esta realidad nos indica que estamos en presencia de una temática que requiere de una estructura procesal gradual, es decir la implementación de una faz preventiva a través de sistemas administrativos “articulados sobre la base de técnicas conciliatorias y regímenes de sanciones preventivas”<sup>135</sup>, vías arbitrarias y/o sus diferentes derivaciones; y de una faz judicial por medio de tribunales e instituciones especiales para consumidores, o reglas accesibles al tipo de reclamos.

En un trabajo elaborado por la Doctora Nicole Heureux se da cuenta sobre un estudio que muestra que en la mayoría de los casos los consumidores no informan sobre sus problemas y raramente interponen acciones judiciales.

Cita la autora que esta realidad en especial “afecta a los consumidores de bajos ingresos, quienes a menudo carecen de los medios para querellar ante los tribunales”<sup>136</sup>.

Por consiguiente, las acciones judiciales sólo representan una pequeña parte de las disputas entre consumidores y comerciantes. Por estos motivos, en el terreno de las transacciones de consumo, los consumidores evitan el proceso judicial. Tienen problemas no resueltos, pero no buscan reparación. En este mismo sentido, en mayo de 1976, en los Estados Unidos se celebró la conferencia Nacional sobre las causas de descontento popular por la administración de justicia. El informe surgido de esta conferencia recomendó nuevos mecanismos para la aplicación de justicia como por ejemplo juntas vecinales, tribunales jurídicos de consumo, etc.

Estas frustraciones conforme la mayor parte de las insatisfacciones en una sociedad de consumo forman parte de una política pública que puede hacer que se penalice la conducta de los comerciantes. Por esto, adquiere vital importancia en la estructura pública y privada la dilucidación de conflictos a través de diagramas destinados a lograr soluciones extrajudiciales.

## IX.- El consumidor y las empresas

Estas situaciones a las que se ve sometida la sociedad argentina en general, impactan de manera particular en los conflictos derivados de las relaciones de consumo, perjudicando por igual a consumidores y empresas. Para el consumidor que debe reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una relación de consumo, el litigio ante el Poder Judicial o ante los actuales mecanismos de resolución de conflictos no representa una forma idónea de salvaguardar sus intereses. Aun haciendo abstracción de la situación actual y aún imaginando que el sistema pudiera funcionar con eficacia, los “obstáculos con que se enfrenta el consumidor son de tal magnitud que, la mayoría de las veces, su derecho termina convirtiéndose en ilusorio”<sup>137</sup>.

El ciudadano común, poco familiarizado con el sistema legal y judicial, a menudo se siente impresionado o intimidado por la atmósfera del tribunal estatal, por el rigorismo de las formas procesales y por el lenguaje técnico inaccesible para él; “sus derechos se discuten sobre la base de tecnicismos jurídicos que no comprende”<sup>138</sup>.

La exigencia de patrocinio letrado obligatorio para litigar ante los tribunales añade otras limitantes no menos significativas: el costo del asesoramiento jurídico, del patrocinio o la representación

<sup>135</sup> Amaya Jorge Alejandro, “Mecanismos constitucionales de protección al consumidor”, Ed. La Ley, 2004, Argentina, Buenos Aires, p. 270

<sup>136</sup> Amaya Jorge Alejandro, “Mecanismos constitucionales de protección al consumidor”, Ed. La Ley, 2004, Argentina, Buenos Aires, p. 107

<sup>137</sup> Caivano, Roque J., “Arbitraje: solución para los conflictos de consumidores”, LL Online 1996-A-1370, p. 5

<sup>138</sup> Caivano, Roque J., “El arbitraje de consumo en la Argentina”, Cita Lexis Nexis Online, JA 2003-II-813, p. 3

legal en juicio, que puede exceder el valor económico del daño sufrido, y el riesgo de tener que afrontar las costas si se pierde el pleito. La desproporción entre el costo y el posible beneficio suelen ser factores de disuasión para acceder a la justicia: en “ocasiones el consumidor resigna el derecho que cree asistirle, con el fin de evitar las complicaciones que un juicio ordinario supone”<sup>139</sup>.

Además de esto, la evidente inadecuación de los remedios e instituciones procesales clásicas ha afectado, principalmente, la garantía del acceso a la justicia de los consumidores. Así, se pone de manifiesto una situación de frustración, ineficacia y falta de amparabilidad en que se halla el justiciable frente a la maquinaria judicial, lo que lo convierte, las más de las veces, en un “usuario o consumidor procesal en situación de indefensión, inerme”<sup>140</sup> ante el defectuoso e ineficaz servicio que le presta el poder público.

“Esta falencia estructural que provoca una avanzada frustración”<sup>141</sup> en los habitantes se ve reflejada con mayor incidencia en los problemas diarios que afectan al consumidor, en razón de la escasa significación individual de la mayoría de los reclamos y a la que anteriormente nos hemos avocado.

Este panorama de injusticias que sufren los consumidores y usuarios a diario torna imperioso bucear en la búsqueda de nuevas vías y soluciones que permitan al público consumidor obtener una rápida solución a la gran cantidad de inconvenientes que quedan sin resolver, con una notoria afectación del valor seguridad jurídica y de la institución de la justicia.

En este sentido, creo conveniente que los procedimientos de prevención y solución de conflictos derivados de las relaciones de consumo deben ser diseñados y edificados a partir de una red institucional estructurada como diferentes engranajes de un solo mecanismo, como hilos tejidos de una misma telaraña. Ahora bien, desde la perspectiva de las empresas, el problema no es menor.

Las deficiencias estructurales del sistema judicial las afecta en un doble sentido: por un lado, traen aparejado un sobre costo que les quita competitividad; por el otro, la imprevisibilidad atenta contra la posibilidad de organizar sus actividades empresarias.

En un mundo globalizado como el actual, se acentúa marcadamente la necesidad de ajustar todas las variables para atender eficientemente una demanda de bienes y servicios que encuentra numerosas ofertas en un mercado altamente competitivo. Todos los gastos adquieren relevancia y, entre ellos, el costo de resolver los conflictos tiene, para una empresa que provee masivamente bienes o servicios, una importancia significativa por sus posibles proyecciones. Es evidente que las ineficiencias estructurales de nuestro sistema judicial se traducen en costos excesivos que repercuten sobre el presupuesto empresario.

En ese contexto, la planificación de una actividad empresarial responsable exige poder prever los posibles escenarios frente a eventuales conflictos. Una administración empresarial de envergadura requiere contar con elementos objetivos que le permitan formular, aún de manera aproximativa, algún pronóstico para atenuar los riesgos. El sistema de administración de justicia, con las dificultades que enfrenta, se ha tornado imprevisible. Aún en cuestiones poco opinables a la luz de la legislación, el resultado y la duración de un proceso judicial son inciertos. Cuando una controversia debe resolverse en sede judicial, nadie puede hacer predicciones serias acerca de sus derechos ni de sus obligaciones: el acreedor, aunque su crédito sea indiscutible en derecho, carece de la certeza de poder hacerlo efectivo; el deudor nunca podrá calcular el alcance de su obligación.

<sup>139</sup> Roca Aymar, José L., “El arbitraje como vía para resolver los litigios de los consumidores y usuarios”, ponencia presentada en las Primeras Jornadas sobre el Desarrollo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 1984, Madrid, p. 15

<sup>140</sup> Bernal José Manuel M., “El arbitraje como defensa de los consumidores y usuarios en España y en el derecho Comunitario”, Artículo digital publicado en: <http://www.consumo-inc.es>, p. 65

<sup>141</sup> Amaya Jorge Alejandro, “Mecanismos constitucionales de protección al consumidor”, Ed. La Ley, 2004, Argentina, Buenos Aires, p. 107

En suma, para las actividades empresarias, los costos y la aleatoriedad de la duración y el resultado de un litigio judicial generan una contingencia adicional al riesgo propio de su negocio. En este sentido y dentro de una economía de mercado, donde las fuerzas de la oferta y la demanda no se encuentran equilibradas, es imperiosa la búsqueda de un equilibrio que permita un resultado beneficioso para todos.

Para ello, el intercambio de bienes y servicios requiere un sistema o mecanismos que permitan a los consumidores o usuarios conseguir una adecuada satisfacción en caso de un inconveniente o un incumplimiento de parte del proveedor. Estos sistemas de resolución de conflictos, generaran certidumbre para las partes y, obviamente, dichas certezas se transferirán al mercado haciendo del mismo un sector confiable, justo y de gran credibilidad.

De forma opuesta, si la posibilidad del consumidor de solucionar sus conflictos es baja, entonces la credibilidad del mercado baja, haciendo que las actitudes de los proveedores tendientes al incumplimiento y los beneficios del intercambio no llegaran a alcanzar en forma adecuada el bienestar de la sociedad.

Resulta entonces claro que implementar sistemas cuyo objeto sea la solución de los conflictos de consumo tiene, entre otras importantes funciones, la de brindar credibilidad al mercado, mejorar la confianza en la existencia de la “justicia y asegurar ésta sin que la cuantía del perjuicio sea un argumento desalentador”<sup>142</sup>. En la presente perspectiva no sólo nacional sino mundial, el denominado acceso de los consumidores a la justicia es un tema de actualidad. La realidad de los juzgados judiciales marca la ardua posibilidad que los consumidores tienen de concurrir a la justicia para alcanzar un resarcimiento por los daños que proceden de la adquisición de bienes o no se ajustan simplemente al terreno judicial. Los esfuerzos también se reúnen en dotar a los consumidores y a los empresarios y comerciantes de métodos alternativos de resolución de conflictos que sean ágiles, eficientes, informales y gratuitos o poco onerosos.

## X.- Hacia un nuevo nivel de protección del consumidor

El pensador y filósofo político H.C.F. Mancilla ha destacado en este sentido que la respuesta a estas prácticas y riesgos del comercio radica en la configuración de un marco contractual-institucional. Sea éste que consienta resistir la permanente competencia por bienes materiales y la confianza a fin de sortear un orden “socio-político que deja al descubierto una falta de conectividad entre los individuos y sus derechos,”<sup>143</sup> convirtiéndose en una “edificación premeditadamente precaria en donde ya no se busca el bien común, sino evitar males mayores”<sup>144</sup>.

Resalta el autor que, en medio de una actualidad con ideologías “anómicas y autodestructivas, debe regresarse al concepto aristotélico del bien común determinado éticamente”<sup>145</sup>. La vida política es algo más que la canalización del miedo mediante conflictos regulados; la cohesión social es algo más que una invención colectiva que reduce los riesgos de la anomia. El Individuo es algo más que “el animal libre de ataduras honorables y emotivas, deseoso de poder e ávido de éste”<sup>146</sup>, como

<sup>142</sup> Sierralta Aníbal R., “los mecanismos de solución de controversias en la comunidad andina de naciones: desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional”, Publicación digital: <http://www.eclac.org>, p. 50

<sup>143</sup> Columna publicada por la subsecretaría de defensa del consumidor, “la revalorización del bien común”, Publicación digital: [http://www.mecon.gov.ar/snac/basehome/editorial\\_boletin21.pdf](http://www.mecon.gov.ar/snac/basehome/editorial_boletin21.pdf), p.1

<sup>144</sup> Mancilla H.F.C., “El bien común y su imprescindible valorización”, Artículo digital publicado en: <http://www.globalizacion.org/analisis/MancillaBienComun.htm>, p. 1

<sup>145</sup> Columna publicada por la subsecretaría de defensa del consumidor, “la revalorización del bien común”, Publicación digital: [http://www.mecon.gov.ar/snac/basehome/editorial\\_boletin21.pdf](http://www.mecon.gov.ar/snac/basehome/editorial_boletin21.pdf), p.1

<sup>146</sup> Mancilla H.F.C., “El bien común y su imprescindible valorización”, Artículo digital publicado en: <http://www.globalizacion.org/analisis/MancillaBienComun.htm>, p. 1

lo advirtieron Maquiavelo, Hobbes y sus discípulos: no todos descubren en el prójimo sólo un medio para la complacencia de sus impulsos y fines.

En general, muchas nociones contractualistas se “ciñen a un tipo de coherencia: la instrumental”<sup>147</sup>.

Esta irrumpe como la consejera favorecida de un materialismo inteligente que se desenvuelve dentro de un esquema de puros intereses materiales, calculables y corrompidos, y se conforma con el mandato preexistente y coopera con las autoridades constituidas porque esta estrategia le trae más lucros que la permanente confrontación.

El presente demanda una razón objetiva que vaya acertando el examen de los medios y cuestione también las conclusiones de la organización social. Precisamos una razón que trascienda el cálculo de estrategias y que se inquiete por las metas no cuantificables como el bien común, la preservación de los ecosistemas a largo plazo, la moralidad social y la ética pública. La existencia bien alcanzada no representa una vida de abundantes excesos materiales, sino una de convivencia reflexiva con los otros.

Aunque esto suene un poco extraño y mucho más en la era de la triunfante cultura popular, hay que insistir en el hecho de que élites relativamente esclarecidas, como las aristocracias hereditarias de Europa Occidental, realizaron a lo largo de épocas una contribución indispensable y poco conocida para la ordenación y la consolidación de un orden social más o menos prudente. Las aristocracias de Europa Occidental coadyuvaron a la creación de un espacio de confianza, reconocimiento mutuo de intereses y obediencia a la llamada alta cultura, un espacio sin el cual la expansión del racionalismo y el progreso de la Ilustración no hubieran sido dables.

Ahora bien, lo dominante es la falsa caracterización entre lo general y lo particular, el uniformamiento de los fenómenos estéticos y la alta probabilidad de transformar al espectador en un sencillo consumidor: en la “industria de la cultura”, distinguida por la Escuela de Frankfurt, resulta benéfico para el establecimiento de un Estado de Derecho que admita y canalice pautas colectivas de comportamiento de índole protodemocrática, afirmando el respeto a los derechos de terceros y consintiendo el origen de una nueva idea de bien común que abstraiga la conciencia y moralidad definida de cada sujeto.

El individuo en “sociedad requiere forzosamente de una moral que contenga y canalice sus reclamos siempre crecientes”.<sup>148</sup> Las instituciones limitan positivamente sus sentidos e intereses, pero enriquecen su vida cultural y social y, ante todo, resguardan los derechos de terceros, que tienen la igual dignidad ontológica que los primeros.

Para ello, tenemos necesidad del bien común, para impedir la caída en la anomia y la decadencia: la democracia pluralista y el comercio independiente deben trabajar en el marco de valores universalmente aceptados. Hay que restaurar la crítica de nuestras sociedades orgullosas y adormecidas, escribió Octavio Paz, y “despertar las conciencias anestesiadas por la publicidad”<sup>149</sup>.

Cada uno de los modelos anteriores subraya circunstancias previas para la aplicación de procesos de prevención y solución de conflictos. Este escenario del modelo capitalista liberal ha revocado los retos que le toca enfrentar.

<sup>147</sup> Mancilla H.F.C., “Las insuficiencias de la democracia contemporánea. Una crítica de las teorías de la transición”, Artículo digital publicado en: [http://revistas.ucm.es/cps/11308001/articulos/POSO0000230175\\_A.PDF](http://revistas.ucm.es/cps/11308001/articulos/POSO0000230175_A.PDF), p. 186

<sup>148</sup> Mancilla H.F.C., “El bien común y su imprescindible valorización”, Artículo digital publicado en: <http://www.globalizacion.org/ANÁLISIS/MancillaBienComun.htm>, p. 1

<sup>149</sup> Mancilla H.F.C., “Algunas insuficiencias de la democracia contemporánea una crítica de las teorías de la transición latinoamericana”, Artículo digital publicado en: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE\\_108\\_079.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_108_079.pdf), p. 100



Parecería que ya no podemos crear una gran sociedad a partir de abarcadores programas. Las instituciones políticas y económicas hoy dependen de una sociedad civil, fuerte y dinámica. Una próspera sociedad civil depende de sus hábitos y costumbres y el carácter distintivo del grupo humano. Estos elementos se nutren a través de la conciencia y del respeto por los derechos. Por esto, muchos pensadores de hoy sostienen que la identificación primaria del hombre de este siglo no será ideológica sino cultural por los derechos.

Por otra parte, si abordamos el conflicto desde una visión “micro” el mismo nos deja al descubierto otras características y conclusiones. Sabemos que los conflictos son inevitables dentro de cualquier institución, las quejas, las reclamaciones y los conflictos dentro de las organizaciones deben verse como un tema importante dentro de la teoría y la práctica del conflicto y deben empezar a ser pensados en un contexto de sistemas.

Gran parte de los esquemas actuales están diseñados conforme el sistema distributivo tradicional: desde el poder y desde los derechos. Uno de los aportes más importantes de la teoría moderna del conflicto nos indica que deben diseñarse sistemas de resolución y gestión de conflictos integrados y coordinados: desde el poder, los derechos y los intereses. Esto deja al manifiesto la insuficiencia de los principios del derecho clásico para “resolver con equidad y justicia los conflictos que se suscitan”<sup>150</sup> en una sociedad entre individuos, situados como consumidores, y las empresas productoras de bienes y servicios.

El progreso de las técnicas promocionales y publicitarias de productos y servicios que generalizan y masifican la individualidad, y llegan a viciar la libertad en la elección del producto, evidencian la preeminencia concluyente de los derechos-deberes de información y educación para equilibrar las presiones y modas impuestas por los grandes productores en el transcurso de estimación del bien elegido.

Los derechos de “información y educación deben ser ejercidos y cubiertos, no sólo por intermedio de las asociaciones de consumidores, sino especialmente por el Estado”<sup>151</sup>, en forma directa, a través de la sanción de políticas destinadas a fomentar la educación e información de los consumidores, y creando organismos públicos a ese efecto; e indirectamente, al programar y establecer mecanismos especiales de solución de controversias (judiciales o extrajudiciales) que deben estructurarse a partir de un objetivo informativo-educativo de la población.

## XI.- Reflexiones Finales

Los consumidores necesitan acceder a vías y procedimientos que respondan realmente a sus necesidades, “es decir que aseguren y garanticen una instancia económicamente asequible, justa y rápida”<sup>152</sup>, a través de la cual puedan reclamar la reparación del daño sufrido como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la empresa. Cualquier justiciable tiene derecho a disponer de un recurso expedito en defensa de sus intereses. Pero el consumidor, por la particular situación en que se encuentra, requiere, además, que el procedimiento no sea oneroso, engorroso, ni lento, pues de otra forma vería frustrados sus derechos.

En ese sentido, se ha dicho que “sería deseable y conveniente simplificar los procesos judiciales al menos en los litigios, quejas y reclamaciones de pequeñas cuantías”<sup>153</sup>. Hacer viable el

<sup>150</sup> Autos caratulados: “Bordenave Sofía A. s/ Mandamus” (Expte. N° 2 18726/03-STJ-), Publicado digitalmente en: <http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/COU-143734E.pdf>, p. 15

<sup>151</sup> Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, “Proyecto de Ley de Código de Defensa de los Consumidores y usuarios”, Publicación digital: <http://www.adelcosantafe.com.ar>, p.2

<sup>152</sup> Columna publicada por la subsecretaría de defensa del consumidor, “la revalorización del bien común”, Publicación digital: [http://www.mecon.gov.ar/snac/basehome/editorial\\_boletin21.pdf](http://www.mecon.gov.ar/snac/basehome/editorial_boletin21.pdf), p.1

<sup>153</sup> Roca Aymar, José L., “El arbitraje como vía para resolver los litigios de los consumidores y usuarios” cita RCEA, vol. II, 1985, p. 105



derecho a una justa reparación de los daños o perjuicios causados, mediante procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos es, sin duda, la finalidad fundamental y es aquí cuando surge con toda eficacia la institución del arbitraje... Es preciso, por tanto, una instancia arbitral ágil y flexible, no alternativa, sino complementaria de los tribunales de justicia.

Los tribunales de consumo pueden proporcionar un sistema informal, capaz de adaptarse a las circunstancias. A través de los mismos, el consumidor podría obtener respuestas más adecuadas, en tiempo y forma, a sus requerimientos de justicia.

Al mismo tiempo, asegura la protección de sus derechos, que serían juzgados en un marco procesal apropiado, con jueces idóneos, que podrían dictar una sentencia intrínsecamente justa, más compenetrada con la equidad que con rígidos formalismos legales, evitando artificiosos tecnicismos ininteligibles para el público consumidor. Y asimismo darse respuesta a la creciente presión de la sociedad que reclama el derribamiento de los obstáculos que impiden, dificultan, retardan o frustran en los hechos el real acceso a la justicia.

Sin embargo, estas medidas que ya son un antiguo reclamo de quienes claman una singular defensa, incitan que se realcen las voces de los detractores sosteniendo que de continuarse, se practicarían injusticias que en definitiva cargarán sobre los consumidores y usuarios. Si bien esto puede ser seguro en alguna medida, ¿no es cierto también que en el estado actual también se cometan injusticias por parte de los distribuidores y/o creadores parte más fuerte en la dependencia de consumo? Creo que ante las circunstancias esbozadas es deseable proteger a la parte más débil. Sostener el sistema como está termina disminuyendo al consumidor y creando cada vez menos segura su defensa, u ofreciéndola sólo para unos pocos, los que pueden acceder a los costos de un proceso y tienen la paciencia para soportarlo.

Otro contenido que estimo es de principal importancia es la de dotar de capital a las asociaciones de defensa de los consumidores. Como es conocido, el art. 62 de la ley 24.240 establece que el Estado podrá disponer el permiso de subsidios financieros para cumplir con esquemas de educación y formación de los consumidores y usuarios, siendo una exigencia para su consentimiento entre otras, la capacidad de autofinanciamiento. La ley provincial también hace alusión al desarrollo e impulso de su creación pero no les facilita recursos.

Es oportuno detenernos en este lugar, atento a que es esencial para el serio fomento de las asociaciones de defensa de los consumidores.

Si no hay formación al consumidor, éstos no hallarán razón para participar de las mismas, lo cual les impide participaciones de particulares; y por otra parte las asociaciones de defensa de los consumidores sin recursos, poco y nada podrán hacer; formándose un círculo perverso del cual sin auxilio y apoyo no podrán salir.

Lamentablemente, por más generosos y nobles que sean sus fines, no lograrán proceder sin un mínimo imprescindible de "recursos de capital, los que corresponden ser facilitados por el Estado, a fin de avalar la justicia de las mismas".<sup>154</sup> En este sentido, me aventuro a afirmar que ésta también es un impedimento y desánimo a la defensa del consumidor. El menoscabo de recursos de capital o económicos para las asociaciones de consumo asiste a la descomposición de la protección.

Por ello, correspondería tenerse en cuenta en las partidas administrativas de presupuesto nacional, provincial y/o municipal asignaciones y subsidios que permitan a estas asociaciones de arreglo su actividad. De esta manera, hay que tener en cuenta que en algunas localidades del interior de la provincia de Buenos Aires, no se ve con claridad el respeto de lo dispuesto por el cap. III de la Ley

<sup>154</sup> Imbrogno Andrea I., "Del dicho al hecho... ¿existe una tutela efectiva de los derechos del consumidor?", publicación online: <http://www.cartapacio.edu.ar>, p. 4

13.133, en cuanto a la asistencia a consumidores y usuarios. Esto, que se hace manifiesto en numerosas ciudades, lamentablemente incita una diferencia entre los habitantes, permaneciendo la normativa como una agradable y resplandecida declamación de derechos.

La práctica nos muestra que en aquellas metrópolis en las que no se hallan delegaciones Municipales de defensa a los Consumidores, éstos deben acudir a las reparticiones provinciales, lo cual confunde y entorpece todo intento de afirmación de los derechos en esta vía. Pensemos que en cada kilómetro que un genuino reclamo debe transitar, se está violando la gratuidad y acobardando toda tentativa por hacer valer nuestros derechos.

La otra posibilidad será acudir a la ya aglomerada justicia ordinaria donde los costos y el período de tiempo de procedimiento agotarán sus derechos creando una superior ausencia de protección al consumidor, una sensación de injusticia y un dominante clima para los abusos. Por todo ello, es obligatorio que se empiece a hacer efectiva la defensa de los derechos de consumidores y usuarios. Aquí el Estado es responsable de cumplir con las leyes que él mismo dicta proporcionando las herramientas e instrumentos para impulsar la educación mediante contribuciones a las asociaciones, implementación de las delegaciones provinciales, y municipales de formación al consumidor y creación de juzgados de consumo. “En otras palabras que los dichos de las leyes se conviertan en los hechos que todos esperamos”<sup>155</sup>.

## **XII.- Conclusión.**

Los conflictos emanados de las relaciones entre quienes suministran bienes o servicios al mercado y los consumidores o usuarios a quienes van destinados, se ven afectados, con igual o mayor intensidad que el resto, por los problemas generales que agobian a las sociedades actuales: sobrecarga e ineficiencia del sistema de administración de justicia.

El aplazamiento en la solución de las causas judiciales, la degradación en la eficacia del servicio de justicia, la insuficiencia de fundamentación lógica de los dictámenes (numerosas veces con tecnicismos legales que no alcanzan a esconder su inequidad), la sobrecarga que agrava a los juzgados, la mediocre ordenación, la falta de subestructura y de medios, la desaparición de aptitud de servicio y otras cantidades de situaciones cuya sola mención sería aburrida, han ido formando en la población en general una impresión de “profundo escepticismo hacia las instituciones que la República provee para administrar justicia.”<sup>156</sup>

Los obstáculos que encuentra el justiciable para acceder a los órganos estatales de administración de justicia son una fuente de gran insatisfacción, desde que no encuentra en el sistema judicial la respuesta a sus necesidades de tutela jurisdiccional. La falta de canales adecuados para la resolución de los conflictos que naturalmente surgen de la convivencia en sociedad, genera tensiones sociales perjudiciales para la continuidad misma de la comunidad. Esta situación, a la que se ve sometida la sociedad argentina en general, impacta de manera particular en los conflictos derivados de las relaciones de consumo, perjudicando por igual a consumidores y empresas.

La necesidad de recurrir a organismos y a normas distintas de las específicas de los servicios públicos ha mostrado con toda contundencia las fallas del sistema regulatorio, que ha precisado de actores distintos de sus protagonistas directos para funcionar como reaseguro del control de los prestadores y la protección de los usuarios.

En tanto implica un aporte para mejorar la tutela efectiva de los usuarios, la reforma debe juzgarse como positiva. Sin embargo, desde lo instrumental, en mi opinión, los mecanismos ideados

<sup>155</sup> Imbrogno Andrea I., “Del dicho al hecho... ¿existe una tutela efectiva de los derechos del consumidor?”, publicación online: <http://www.cartapacio.edu.ar>, p. 4

<sup>156</sup> Amaya Jorge Alejandro, “Mecanismos constitucionales de protección al consumidor”, Ed. La Ley, 2004, Argentina, Buenos Aires, p. 12

para cumplir tales propósitos son incompletos quedando en manos de los operadores del derecho procurar la eliminación de las categorías de los sujetos débiles, a través de la posibilidad del acceso de los mismos a la defensa de sus derechos.

Es necesario crear lazos entre las personas y el derecho, que permitan poner en marcha mecanismos saneadores de conflictos, en miras a la efectiva vigencia de la protección de los derechos de los consumidores. De otra manera, toda solución será incompleta e insuficiente.

Dentro de este espectro, he señalado algunas de las potenciales líneas superadoras, si bien no debe olvidarse que la validez que las consideraciones vertidas poseen quedará sujeta a la eficacia de las reflexiones asumidas y a los diversos mecanismos introducidos por los distintos procesos de reforma judiciales que se procuren en un futuro. Mientras tanto, es necesario recordar el lema que presidió el I Congreso de la Asociación Sindical de los Magistrados belgas, celebrado en Lieja en 1980, y que decía lo siguiente: “Una justicia aislada, se esclerotiza y sólo se nutre de mitos...”,<sup>157</sup>. Confío que entre todos seamos capaces de remontar situaciones como la presente y que todos, como miembros de la sociedad civil, asumamos nuestra parte alícuota de corresponsabilidad, “pues la problemática de reconocimiento, defensa y garantía de los derechos del consumidor/usuario forma parte de las libertades económicas y sociales que consagra nuestra Constitución”<sup>158</sup>. Constriñéndonos de este modo a buscar instrumentos, caminos y medios que nos permitan alcanzar juntos consumidores, usuarios y comerciantes la meta de acceder a una forma más segura de comercio como así también un más claro y ágil acceso a la justicia para todos.

## Bibliografía

- Amaya Jorge Alejandro, (2004), “*Mecanismos constitucionales de protección al consumidor*”, Ed. La Ley, Argentina, Buenos Aires
- Autos caratulados, (2003), “*Bordenave Sofía A. s/ Mandamus*”, (Expte. N° 2 18726/03-STJ-), Publicado digitalmente en: <http://www.ecolex.org/Server2.php/libcat/docs/COU-143734E.pdf>, fecha de consulta 09/10/09
- Becerra María del Carmen, (2000), “*Defensa del Consumidor Informático*”, V Jornadas de Informática y Derecho, San Juan, Publicación Digital: <http://www.unsj-cuim.edu.ar/portazonda/Congreso/papers/2000/D09.pdf>, fecha de consulta 09/10/09
- Berizonce, Roberto Omar, (2009), “*técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas* - Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Argentina, Santa Fe
- Bernal José Manuel M., (2008), “*El arbitraje como defensa de los consumidores y usuarios en España y en el derecho Comunitario*”, Artículo digital publicado en: <http://www.consumo-inc.es>, fecha de consulta 31/09/09
- Bianchi Alberto B., (2001), “*Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*”, Abaco, Argentina, Buenos Aires
- Caivano, Roque J., (1996), “*Arbitraje: solución para los conflictos de consumidores*”, LL Online 1996-A-1370

<sup>157</sup> Sayans Francisco Hernández, “*Perspectivas de la Tutela Judicial en los derechos del consumidor*”, Artículo publicado en la Revista del Instituto Nacional de Consumo, N13, Abril 1988, p. 7

<sup>158</sup> Sayans Francisco Hernández, “*Perspectivas de la Tutela Judicial en los derechos del consumidor*”, Artículo publicado en la Revista del Instituto Nacional de Consumo, N13, Abril 1988, p. 7

- Caivano, Roque J., (2003), “El arbitraje de consumo en la Argentina”, Cita Lexis Nexis Online, JA 2003-II-813
- Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, “*Proyecto de Ley de Código de Defensa de los Consumidores y usuarios*”, Publicación digital: <http://www.adelcosantafe.com.ar>, fecha de consulta 08/07/09
- Cassagne Juan Carlos, (2009), “*Derechos de incidencia colectiva. Los efectos “erga omnes” de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva*”, LL Online 2009-B, 646
- Columna publicada por la subsecretaria de defensa del consumidor, (2009), “*la revalorización del bien común*”, Publicación digital:[http://www.mecon.gov.ar/snack/basehome/editorial\\_boletin21.pdf](http://www.mecon.gov.ar/snack/basehome/editorial_boletin21.pdf), fecha de consulta 09/10/09
- Corvalán Guillermo César, (2009), “*Alternativas para una efectiva Tutela de los Derechos del Consumidor*”, Ponencia presenta en el XXV Congreso de Derecho Procesal Nacional, Nov, Publicación Digital: <http://www.procesa.l2009bsas.com.ar>, fecha de consulta 05/07/09
- Diario Clarín, (1/09/2002), “*La Sociedad y las Ideas*”, en suplemento Zona de la Política, Argentina, Buenos Aires
- Directrices de Naciones Unidas para los Consumidores, (16 de abril de 1985), “*Resolución A/RES/39/248*”
- Editorial n°11 del sistema nacional de arbitraje de consumo de Argentina, (2009), “*Arbitraje de consumo en las provincias: Un derecho postergado*”, Artículo digital publicado en: [http://www.mecon.gov.ar/snac/basehome/editorial\\_boletin11.pdf](http://www.mecon.gov.ar/snac/basehome/editorial_boletin11.pdf), fecha de consulta 01/01/10
- Garrote Ángel Fermín, (2009), “*Ponencia: Las acciones de incidencia colectiva en el marco de la tutela procesal diferenciada. Proyección del instituto a partir de la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, publicación online: <http://www.procesal2009bsas.com.ar>, fecha de consulta 09/10/09
- Gascon Inchausti Fernando, (2008), “*La protección de los consumidores en el derecho civil español*”, Artículo digital publicado en: <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/textelINCHAUSTI.pdf>, fecha de consulta 05/02/10
- Giannini, Leandro J., (2006), “*La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas, en Procesos colectivos*”, coord.: Eduardo Oteiza, Ed. Rubinzal -Culzoni, Argentina, Santa Fe.
- Gordillo Agustín, (1998), “*Tratado de Derecho Administrativo T. 2*”, Ed. Argentina, Buenos Aires
- Imbrogno Andrea I., (2007), “*Del dicho al hecho ¿existe una tutela efectiva de los derechos del consumidor?*” publicación online: <http://www.cartapacio.edu.ar>, fecha de consulta 03/10/09
- Laquidara José Luís, (2003), “*Arbitraje de consumo un acceso a la justicia para los consumidores*”, Ponencia II Foro de agencias gubernamentales de protección al consumidor, Ciudad de Panamá, 11 al 13 de junio, 2003
- Laquidara José Luís, (2001), “*Arbitraje de consumo un acceso a la justicia para los consumidores*”, Revista Electrónica Iberoamericana de Arbitraje y mediación, fecha de consulta 05/02/10
- Lohmann Juan Guillermo, (2006), “*Proyecto de ley acceso a la justicia colectiva*”, Revista Valores, Año XVII, n°45, feb

- Mancilla H.F.C., (2008), “*Algunas insuficiencias de la democracia contemporánea una crítica de las teorías de la transición latinoamericana*”, Artículo digital publicado en: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE\\_108\\_079.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_108_079.pdf), fecha de consulta 05/02/10
- Mancilla H.F.C., (2007), “*El bien común y su imprescindible valorización*”, Artículo digital publicado en: <http://www.globalizacion.org/análisis/MancillaBienComun.htm>
- Mancilla H.F.C., (2008), “*Las insuficiencias de la democracia contemporánea. Una crítica de las teorías de la transición*”, Artículo digital publicado en: [http://revistas.ucm.es/cps/11308001/articulos/POS\\_000\\_00230175A.PDF](http://revistas.ucm.es/cps/11308001/articulos/POS_000_00230175A.PDF), fecha de consulta 04/01/10
- Pizarro Wilson Carlos, (2007), “*El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión*”, Revista de Derecho de Chile, Vol. XX- N°2- Dic.
- Rivera Julio César, (2008), “*La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores*”, Cita Lexis Online N° JA 2008-II-1141 o SJA 25/6/2008
- Rivera, Julio C. y Rivera, Julio C. (h), (2005), “*La tutela de los derechos de incidencia colectiva*”, LL Online 2005-B-1053
- Roca Aymar, José L., (1984), “*El arbitraje como vía para resolver los litigios de los consumidores y usuarios*”, ponencia presentada en las Primeras Jornadas sobre el Desarrollo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, España, Madrid
- Roca Aymar, José L., (1985), “*El arbitraje como vía para resolver los litigios de los consumidores y usuarios*” cita RCEA, vol. II
- Rojas, Jorge A., (2007), “*El control de constitucionalidad en el arbitraje*”, en Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, T. I, Ed. Universidad Nac. de México, Distrito Federal
- Sierralta Aníbal R., (2009), “*Los mecanismos de solución de controversias en la comunidad andina de naciones: desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional*”, Publicación digital: <http://www.eclac.org>, fecha de consulta 05/08/09
- Stiglitz Rubén, (2006), “*Acciones colectivas de los consumidores. Cesación de cláusulas abusivas*”, Cita Lexis Nexis Online N° 0003/012 629 o SJA 21/6/2006
- Taruffo Michele, (1999), “*Racionalidad y crisis de la ley Procesal*”, Revista Doxa n° 22
- Taruffo, Michele, (2006), “*Sobre las Fronteras, escritos sobre la justicia civil*”, Ed. Temis, Colombia - Bogota
- Valdez Francisco Álvarez, (2003), “*La protección contra las cláusulas abusivas: el caso de la república dominicana*”,
- Congreso Dominico-Francés, Santiago 22 y 23 de Febrero de 2003, Publicación Digital: <http://www.hrafdom.com/pdfs/conferences/clausulasabusivas.pdf>, fecha de consulta 05/02/10
- Wajtraub Javier H, (2008), “*Las acciones colectivas tras la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*”, Cita Lexis Nexis Online N° 0003/013849 o JA 2008-II-1286

# CAPÍTULO VI: EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO DEL CONSUMO.

---

Por Luis R. J. Sáenz



## Introducción

En el derecho actual, una de las cuestiones que ha merecido un arduo estudio por parte de la doctrina y la jurisprudencia es la situación de debilidad jurídica que, en la mayoría de las relaciones negociales, presenta una de las partes frente a la otra. Es por ello que una de las principales funciones del derecho privado en la actualidad es la de buscar las herramientas más eficaces tendientes a reestablecer el equilibrio contractual.

Como resultado de esa búsqueda es que surge el derecho del consumo, que se relaciona con la figura del “consumidor”, y la necesidad de proteger a dicho sujeto en la situación desventajosa que tiene dentro del sistema económico actual<sup>159</sup>. Se tiende, a través de este estatuto normativo<sup>160</sup>, a proteger al personaje vulnerable de la relación a través de diversos mecanismos, tales como: un sistema de responsabilidad por daños objetivo en casi todos los casos<sup>161</sup>, tanto respecto del incumplimiento de la prestación principal —art. 10 bis, ley n° 24.240<sup>162</sup>— como de la obligación de seguridad —art. 5, LDC—; un procedimiento administrativo de contralor y sancionador de las actividades desarrolladas por el proveedor en infracción del estatuto —arts. 41 y cctes., LDC—; etc. A su vez, el complejo normativo al cual nos referimos se encuentra también integrado por diversas disposiciones de la ley de lealtad comercial —n° 22.802—, entre otras.

En el marco de dicho microsistema tuitivo, el resarcimiento del Daño Moral —que es el objeto del presente trabajo— presenta ribetes especiales, y ha sido influido por la reforma instaurada en la LDC por la sanción de la ley n° 26.361 que, en lo que aquí interesa, incorporó al estatuto del consumidor nuevas figuras de daños, tales como el daño directo y los daños punitivos.

Asimismo, el régimen legal en estudio, si bien se encuentra integrado por un complejo sistema normativo, no se trata de un régimen legal completo, en el sentido de que no contempla un sistema de responsabilidad por daños íntegro. Requiere, muchas veces, que recurramos a las previsiones del derecho común para completar el sistema. A modo de ejemplo, podemos mencionar que la LDC no establece cuál será la forma en que se determinará la relación causal entre el hecho y el perjuicio ocasionado, a cuyo fin deberemos recurrir a las previsiones del Código Civil en la materia.

Lo mismo sucede con el Daño Moral. La LDC no contiene ninguna disposición especial, por lo cual, a los fines de determinar el régimen de responsabilidad, deberemos estar a las normas que regulan la cuestión en el derecho común, tanto en la órbita contractual como extracontractual. Ello, a su vez, deberá efectuarse siguiendo la pauta interpretativa que, a tal fin, nos brinda el art. 3 de la LDC, en cuanto consagra el principio de que, ante la duda, deberá interpretarse de la forma que sea más favorable para el consumidor.

Estas, entre otras, son las problemáticas que pretendemos abordar en el presente trabajo, a saber: a) el concepto de Daño Moral y su prueba; b) el Daño Moral frente a los nuevos tipos de daños consagrados en la LDC; c) la valuación del daño extrapatrimonial; c) la integración del estatuto del consumidor con el derecho común respecto del perjuicio extrapatrimonial; e) el Daño Moral colectivo en la LDC.

<sup>159</sup> Picasso, Sebastián, “Responsabilidad civil por daños al consumidor”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 753.

<sup>160</sup> De jerarquía constitucional, de conformidad con lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional.

<sup>161</sup> Recientemente, he modificado mi postura en cuanto al régimen de responsabilidad en la ley de defensa del consumidor por el incumplimiento de la prestación principal. Al respecto, entiendo que el art. 10 bis de la LDC debe ser entendido en el sentido de que admite que el proveedor responda por el incumplimiento de la prestación según cuál sea la naturaleza de la obligación asumida, de medios o de resultado (“La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en la LDC”, en Picasso, Sebastián – Vázquez Ferreyra, Roberto (dirs.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, t. III –en prensa–).

<sup>162</sup> En adelante, LDC.

## I.- El concepto de Daño Moral y su prueba.

### I. a) El concepto de daño

A fin de determinar lo que entendemos como Daño Moral, debemos, en primer lugar, referirnos a la noción de daño en general y, a partir de allí, podremos determinar el concepto de perjuicio extrapatrimonial en particular. Al respecto, la doctrina ha elaborado diversas posturas sobre cuál es la noción de daño. No se trata de una cuestión menor, pues establecer que se comprende por daño nos permitirá determinar los límites cualitativos y cuantitativos del derecho de la víctima y la obligación de resarcir del agente (Pizarro, 1999). Entre las tesis adoptadas cabe destacar tres, a las cuales nos referiremos a continuación: el daño como detrimento de un bien jurídico; el perjuicio entendido como las consecuencias que surgen de la acción ilícita; el daño como afectación de un interés jurídicamente tutelado.

La primera postura enunciada considera que el daño se debe entender como todo menoscabo a un bien jurídico, comprendiendo por tal a las cosas y a los bienes o derechos que no son cosas. Debe incluirse, también dentro de ellos, a los derechos personalísimos y a los atributos de las personas (Lafaille, 1926).

De esta manera, si el hecho inflinge un perjuicio de naturaleza económica el daño será patrimonial, mientras que, cuando se lesiones un bien que no revista naturaleza patrimonial, nos encontraremos ante un menoscabo moral.

La doctrina bajo análisis no ha logrado superar las críticas que se le han esbozado. Bástenos para ello traer a colación las palabras de Bueres, cuando señala que la falsedad de la postura en cuestión surge patente por cuanto el deterioro de un bien patrimonial, por ejemplo, puede producir un daño patrimonial o un daño extrapatrimonial y, a la inversa, lo mismo puede ocurrir con un bien extrapatrimonial<sup>163</sup>.

Tampoco nos parece acertada la doctrina que conceptualiza al daño como la lesión a un derecho subjetivo. Esta postura entiende, con un criterio estricto, que habrá daño cuando se lesione un derecho subjetivo del damnificado, entendido éste como la atribución o prerrogativa que tiene el sujeto de exigir de otro o de otros una determinada conducta (Rivera, 1994). Sin ingresar en mayores debates, lo cierto es que esta tesis peca de demasiada estrictez, pues se descarta desde el comienzo la posibilidad de que existan simples intereses que puedan ser relevantes jurídicamente. Los intereses simples, aunque no revistan el carácter de derecho subjetivo al no encontrarse amparados en forma específica, si lo pueden estar en forma genérica y, por lo tanto, deben ser tomados en cuenta a los fines resarcitorios (Calvo Costa, 2005).

En este sentido, y como ejemplo de un interés simple que amerita resarcimiento, puede mencionarse el criterio adoptado por la Cámara Nacional Civil en el plenario "F.M.C. c/ El Puente S.A.T.", del 4/4/95, en donde se admitió el derecho del concubino a reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte del otro como consecuencia de un hecho ilícito, siempre y cuando no medie un impedimento de ligamen. Si se aplicara la doctrina antes expuesta, entonces tendríamos que dicho reclamo no sería admisible, por no tratarse de un derecho subjetivo en cabeza del accionante.

Asimismo, no debe dejarse de lado que, como bien lo indica Calvo Costa, la afectación de un derecho subjetivo patrimonial puede ocasionar un menoscabo tanto de carácter patrimonial como extramatrimonial (Calvo Costa, 2005).

<sup>163</sup> Bueres, Alberto J., "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", en Trigo Represas, Félix A. -Stiglitz, Rubén S., *Derecho de Daños. Libro homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Bs. As., 1996, pág. 166. En el mismo sentido sostienen Pizarro y Vallespinos que "No es exacto que la lesión a un derecho extramatrimonial arroje necesariamente un daño de esa índole" (*Instituciones de...*, op. cit., t. 2, pág. 638).

Por otra parte, un sector muy importante de la doctrina nacional considera que el concepto de daño no es la mera lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial ni a un interés que es un presupuesto de aquél, sino que debe entenderse como la consecuencia perjudicial que se produjo por el hecho ilícito<sup>164</sup>. Para ello, los autores enrolados en esta postura consideran necesario distinguir, por un lado, el daño en sentido amplio —o lesión— y el daño resarcible.

El primero se encuentra identificado con la ofensa o lesión a un derecho, a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. Entienden que, con esta concepción del daño, todo acto ilícito, por definición, debería producirlo, pues la acción u omisión ilícita presupone siempre una invasión en la esfera de derechos ajenos. El solo hecho de una intrusión indebida determina que el autor deba cesar en su acción y restablecer el equilibrio alterado. Sin embargo —señala esta doctrina— el ordenamiento civil asigna otro significado a la expresión “daño”, en tanto presupuesto de la responsabilidad civil —es decir, como daño resarcible (conf. arts. 1068, 1068 y cctes. C.C.). De esta manera, el daño no se identifica ya con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es su presupuesto, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entonces, entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa-efecto, de manera tal que este último es el daño resarcible, y no el primero. En este sentido, indica Zavala de González que la lesión es “...un suceso fáctico disvalioso inherente a un suceso... En cambio, el daño se integra con todas las repercusiones perjudiciales de dicho acto lesivo” (Pizarro, 1996).

Esta doctrina, bastante acertada en cuanto al concepto estricto de daño, no ha logrado sin embargo vencer las críticas que se le han formulado, en especial las esbozadas por Alberto J. Bueres (1996). Este autor entiende —creemos que con acierto, como luego indicaremos— que si bien el interés afectado coincide en su esencia con la consecuencia, el concepto de daño se encuentra en el primer elemento más no en el segundo. Para ejemplificar la cuestión, trae a colación el menoscabo espiritual que sufre la novia a raíz del homicidio del que fue víctima su novio, o el nocimiento que se produce en la integridad espiritual de un hermano por el fallecimiento del otro, o cuando el hijo pequeño sufre por un accidente una incapacidad física que lo incapacitará por el resto de su vida. En estos supuestos existe efectivamente una afectación espiritual a la víctima, pero, sin embargo, no existe un daño resarcible al no existir un interés jurídico vulnerado. En síntesis, la consecuencia o resultado no es *per se* el daño jurídico entendido en sentido estricto, pues no todas las consecuencias disvaliosas que sufre el sujeto ameritan un resarcimiento, de conformidad con los supuestos que hemos enunciado precedentemente. Ello no quiere decir que no exista homogeneidad de sustancia entre el daño y su efecto o secuela. De esta manera, si el interés afectado es patrimonial, entonces la consecuencia será de esta misma índole, y si extrapatrimonial, también el resultado tendrá la misma entidad.

La última postura que enunciamos al comienzo de este apartado considera que el daño, en sentido estricto —no naturalístico—, es la lesión a un interés jurídico, sea este patrimonial o extrapatrimonial. De tal modo, el perjuicio será patrimonial o moral, según cuál sea la naturaleza del interés afectado<sup>165</sup>.

El interés es el valor relativo que un bien determinado tiene para un determinado sujeto. De esta manera, el perjuicio debe entenderse desde el ángulo del sujeto, de manera tal que si existen diversos damnificados pueden existir diversos intereses para cada uno de ellos (Bueres, 1996). Es la posibilidad de que una o varias personas puedan ver satisfechas sus necesidades mediante un bien o bienes determinados (Calvo Costa, 2005). Así, el bien es el objeto que permite satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien. El interés va a estar dado por la relación existente entre la necesidad del sujeto y el bien adecuado para darle debida satisfacción.

<sup>164</sup> Pizarro – Vallespinos, *Instituciones...*, op. cit., págs. 639 y ss.; Zavala de González, *Resarcimiento de...*, op. cit., t. 4, pág. 118 y ss.; Alterini – Ámeal – López Cabana, *Derecho de...*, op. cit., pág. 215; Orgaz, *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 1980, pág. 200.

<sup>165</sup> Bueres, *El daño injusto y la licitud...*, op. cit., pág. 170; Calvo Costa, *Daño...*, op. cit., pág. 70.

Asimismo, no debe dejarse de lado que —y ésta es la principal objeción que se ha formulado respecto de la teoría esbozada en el apartado anterior, como ya lo hemos indicado— sólo tendrá relevancia el daño relevante jurídicamente, de forma tal que todo aquél interés que no encuentre tutela en nuestro ordenamiento jurídico y que sea lesionado, no dará lugar al pago de una indemnización (Calvo Costa, 2005).

Sin perjuicio de ello, no debe dejar de ponerse de resalto que existe una homogeneidad entre la sustancia del daño y su efecto o secuela. Si el interés afectado es patrimonial, la consecuencia entonces será patrimonial; si el interés vulnerado es moral la consecuencia, por lo tanto, también lo ha de ser. Así, si bien el concepto cabal y estricto de daño es el que se enfoca en el interés menoscabado, la existencia de homogeneidad entre el interés afectado y el sus repercusiones permitirá admitir una acepción más del daño que se relacione con las consecuencias (Bueres, 1996).

### **I. b) El concepto de Daño Moral**

Habiendo adoptado una postura determinada respecto de cuál es el concepto de daño en sentido jurídico, podemos ya distinguir entre el daño patrimonial y el moral. Así, entendemos que este último como la lesión a los intereses espirituales del damnificado (Bueres, 1996).

El perjuicio extrapatrimonial, entonces, importa una minoración de la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. Es decir, una modificación disvaliosa de su espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, anímicamente perjudicial (Pizarro y Vallespinos, 1999).

### **I. c) La prueba del Daño Moral.**

Ingresando en la cuestión referida a la prueba del Daño Moral, se nos impone determinar, en primer lugar, si existe alguna diferencia entre la carga de la prueba de dicho perjuicio en el del derecho común y en el derecho del consumo.

Sobre esta cuestión, reviste particular importancia el art. 53 de la LDC, que establece la carga de los proveedores de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Como ya lo hemos sostenido en otra oportunidad<sup>166</sup>, consideramos que se trata de la aplicación expresa en materia de relaciones de consumo del deber de conducta de las partes en el proceso. Cabe recordar, al respecto, que ambas partes tienen el deber de colaborar de buena fe en la aportación de las pruebas que se encuentren en su poder —o cuya producción les es relativamente sencilla—, que podrían conducir al juez a arribar al conocimiento de la verdad material de los hechos debatidos en el proceso. Este deber proviene de los principios generales que rigen en materia probatoria, tales como el deber de colaboración y el de probidad y buena fe, que imponen a los litigantes no sólo coadyuvar en la dilucidación de la verdad jurídica objetiva del caso, sino también a no utilizar el procedimiento para ocultar o deformar la realidad, o para tratar de inducir al magistrado a engaño.

Ahora bien, no se trata de un supuesto de inversión de la carga de la prueba sino, únicamente, de un deber agravado que se establece en cabeza del proveedor de bienes y servicios. Así,

<sup>166</sup> Sáenz, Luis R. J. – Silva, Rodrigo, Comentario al art. 53 de la LDC, en Picasso – Vázquez Ferreyra (dirs.), *Ley de defensa...*, op. cit., t. I, p. 664.

la consecuencia de su incumplimiento generará un indicio a favor del consumidor que, en todo caso, permitirá presumir —por sí solo o juntamente con otros indicios— la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, a través de una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos (Saenz, Silva, p. 670).

Partiendo de esta idea, el régimen de la prueba del Daño Moral en el estatuto del consumo se rige por los mismos principios que en el derecho común.

Sentado ello, la problemática en materia de prueba del perjuicio extrapatrimonial reside, justamente, en determinar si el Daño Moral debe ser probado, o si debe presumirse ante la lesión a un derecho de la personalidad o a un interés no patrimonial. Asimismo, también reviste particular importancia determinar si existe una diferencia en cuanto a la acreditación del menoscabo en aquellos supuesto en que nos encontremos ante un ilícito extracontractual o el incumplimiento de una obligación preexistente. Existen, como lo indica Pizarro, diversos criterios, fruto muchas veces de desencuentros terminológicos, y un profundo pragmatismo al momento de dar respuesta a estas cuestiones (Pizarro, 1996).

Una primera postura, distingue entre aquellos supuestos en que el menoscabo haya sido ocasionado por un acto ilícito o por un incumplimiento contractual. Así, se sostiene que, cuando se analiza lo relativo a la prueba del Daño Moral, debe realizarse liminarmente una disquisición entre la faz extracontractual y lo que ocurre en materia contractual.

En efecto, sostienen los cultores de esta doctrina que, en el primer supuesto, el Daño Moral no requiere de una prueba directa de su existencia y entidad, ya que se manifiesta *in re ipsa*, es decir, por la propia calidad de la conducta y la condición del afectado que permiten inferir la trascendencia del agravio espiritual padecido. Distinto es el supuesto de la responsabilidad contractual, donde la obligación de reparar el Daño Moral no surge acreditada, como en el supuesto extracontractual, por el sólo hecho de la acción antijurídica, sino que requiere la demostración fehaciente de su existencia. De esta manera, en la órbita contractual la prueba del Daño Moral corre por cuenta de quien lo reclama, y para la apreciación del perjuicio es preciso demostrar la existencia de una lesión de sentimientos, afecciones o angustias, provocada por el accionar del incumplidor, que no puede equipararse a las inquietudes e inconvenientes propios del mundo de los negocios<sup>167</sup>.

Podemos encontrar diversos precedentes que ejemplifican esta postura. Así, ha señalado la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que “...quien reclama el Daño Moral sufrido por un incumplimiento contractual debe probar la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios, o cualquier molestia que se origine en el incumplimiento contractual”<sup>168</sup>.

En otro precedente, se sostuvo que, aun cuando la demanda se funde en la ley de defensa del consumidor, ello no exonera al reclamante de aportar las pruebas necesarias para fundar su reclamo por el sólo hecho de revestir calidad de tal, pues dicha normativa establece una serie de pautas o directrices para acentuar la protección de la parte más débil de la relación, más sin que se lo pueda escindir de la teoría general del contrato, que en materia de reparación exige la acreditación de los daños. De ahí que sea improcedente el reclamo a título de Daño Moral formulado contra una compañía de televisión por cable con sustento en la omisión de transmitir ciertos partidos de fútbol, pues la lesión a los sentimientos personales no es asimilable a las meras molestias, dificultades, inquietudes y perturbaciones propias de la contratación de cualquier especie<sup>169</sup>.

Un fallo similar aplicó el mismo criterio restrictivo, pero consideró probado el daño al no poder contar el actor con la correcta filmación de su casamiento, como consecuencia de haberla realizado la persona contratada con tal fin con una máquina que adolecía de desperfectos mecánicos<sup>170</sup>

<sup>167</sup> Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la...*, op. cit., t. I, pág. 543 y ss.

<sup>168</sup> CNCiv, Sala K, DJ 1999-2, 697.

<sup>169</sup> CNCom, Sala A, fallo del 31/3/04, LL, ejemplar del 38/4/2004, pág. 12.

<sup>170</sup> CNCom, Sala D, 1999-D, 230.



No adherimos a la postura expuesta. En efecto, no se advierte que la fuente de la obligación resarcitoria tenga incidencia en materia de prueba del perjuicio extramatrimonial. Ello así pues, tanto en el ámbito contractual como en el aquiliano, el carácter del Daño Moral es el mismo, si se lo valora tomando en cuenta la índole del interés lesionado. No existe razón alguna que amerite una dualidad de criterios probatorios.

Como bien lo ha indicado otro sector de la doctrina, no se advierte cuál sería la diferencia cualitativa entre ambos supuestos, por qué razón en el primer caso la presunción beneficiaría al damnificado y, en el segundo, debería éste aportar prueba fehaciente sobre el acaecimiento del menoscabo. En síntesis, la fuente de la obligación —sea éste un acto ilícito o un incumplimiento obligacional— en modo alguno establece una distinción en cuanto a la prueba en ambas órbitas de responsabilidad (Pizarro, 1996).

Asimismo, es también relevante recordar que, si ante determinadas lesiones el Daño Moral puede tenerse por cierto *in re ipsa*, entonces quedaría imposibilitada la contraparte de acreditar la inexistencia del menoscabo, afectándose así la exigencia de realidad del daño. No debemos olvidar que, si bien es presumible que la muerte de un cónyuge ocasione a otro un profundo Daño Moral, ello no implica *per se* la certeza del perjuicio, pues puede ocurrir que los esposos estaban separados desde hace largos años, con efectivo distanciamiento espiritual<sup>171</sup>.

Por otra parte, existe un sector de la jurisprudencia que considera que, cuando el interés lesionado fuera un derecho de la personalidad o intereses ligados a la persona humana, el daño se presumiría. En cambio, cuando el Daño Moral derivase de la lesión a intereses no patrimoniales relativos a otros bienes jurídicos, se impondría la prueba del mismo, aplicándose los principios generales que rigen la carga probatoria, que ponen en cabeza de quien invoca el perjuicio su acreditación. Así, sostuvo la Sala II de la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca que “*La presunción de existencia del Daño Moral —prueba in re ipsa— surge con claridad en los casos de daños y perjuicios reclamados por herederos forzosos cuando del hecho resultó la muerte de la víctima (arts. 1078 y 1084, Cód. Civil), en los delitos contra la honestidad y contra el honor (arts. 1088 y 1089, Cód. Civil), pero no es aplicable en aquellos casos en que los daños se hayan producido sobre los bienes físicos y no sobre la persona del damnificado, en cuyo caso resulta necesario demostrar de qué manera se afectó la moral del reclamante y en qué medida puede tratarse de un perjuicio resarcible*”<sup>172</sup>.

La tercera posición, a la cual adherimos, considera que, conforme las reglas que rigen la carga de la prueba, es claro que el Daño Moral debe ser probado por quien reclama su reparación, es ése el principio general. Como los restantes elementos de la responsabilidad civil, el Daño Moral debe ser probado, en tanto y en cuanto no se consagre una presunción legal al respecto<sup>173</sup>.

Lo que sucede, y ahí radica la dificultad en la materia, es que difícilmente pueda aportarse prueba directa sobre la producción del daño, y se deberá recurrir a su acreditación mediante presunciones judiciales u *hóminis*, ante la imposibilidad de mensurar el perjuicio extrapatrimonial en forma similar con la dilucidación del menoscabo patrimonial. En este sentido, señala Bustamante Alsina que “*Para probar el Daño Moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No creemos que el Daño Moral debe ser objeto de prueba directa pues ello resulta absolutamente imposible, dada la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser su auténtica expresión*”<sup>174</sup>.

<sup>171</sup> Zavala de González, *Resarcimiento de daños...*, op. cit., t. 3, pág. 174.

<sup>172</sup> Fallo del 18/12/1997, LLBA, 1998-976.

<sup>173</sup> Pizarro, *Daño Moral...*, op. cit., pág. 562; Zavala de González, *Resarcimiento de daños...*, op. cit., t. 2ª, pág. 564; Bustamante Alsina, “Equitativa valuación del daño no mensurable”, LL 1990-A, 654.

<sup>174</sup> Bustamante Alsina, *Teoría General de la...*, op. cit., pág. 247.



No es indispensable, por lo tanto, probar el dolor experimentado por el fallecimiento de un hijo o por una lesión discapacitante a través de —por ejemplo— testigos que declaren sobre el padecimiento del damnificado después del hecho, o por una pericia psicológica. Será a partir de la acreditación del hecho lesivo y del carácter de legitimado activo del actor, que podrá operar la prueba de indicios o la prueba presuncional, e inferirse la existencia del Daño Moral (Pizarro, 1996).

Pero ello no implica una modificación en la distribución de la carga de la prueba. Cabe recordar, al respecto, que las presunciones judiciales constituyen un análisis *ex post* de la certeza del hecho a través del juicio lógico elaborado por el magistrado, pero ello no afecta la distribución de la carga de la prueba en la materia, pues continuará recayendo sobre el actor acreditar la certeza del menoscabo. Lo único que se modifica —y aquí la confusión terminológica— es que, ante la imposibilidad del litigante de recurrir a una prueba directa sobre el nocimiento, las consecuencias disvaliosas de esta circunstancia se ven morigeradas al permitírsele aportar diversos indicios que, conjuntamente, pueden conducir al sentenciante a la conclusión de que es probable que el menoscabo efectivamente haya sucedido.

No se trata en sí de una modificación en la forma de distribuirse la carga de la prueba del menoscabo moral, sino cuál es el objeto de prueba: en el supuesto de que sea posible aportar prueba directa, bastará su presentación en el expediente para que se tenga por producido el perjuicio. En el caso de la prueba indirecta o presuncional, la actividad probatoria llevada adelante por el damnificado recaerá sobre los distintos indicios que debe aportar para que pueda configurarse la presunción judicial.

## II.- El Daño Moral frente a los nuevos tipos de daños consagrados en la LDC.

En el apartado que antecede nos hemos referido al concepto de Daño Moral y a su carga de la prueba en el estatuto del consumidor y en el derecho común. En el presente apartado pretendemos referirnos a la segunda problemática planteada, es decir, cómo interactúan el Daño Moral y los nuevos daños consagrados en el régimen tuitivo del consumidor, es decir, los daños punitivos y el daño directo.

### II. a) El Daño Moral y los daños punitivos.

La reforma instaurada en la LDC por la sanción de la ley 26.361 tuvo, como uno de sus principales cambios, la consagración de los daños punitivos en el derecho argentino. Así, dispone el art. 52 bis de la norma reformada que: *“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.*

*Quando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.*

Pero, ¿que son los daños punitivos? Los podemos definir, siguiendo a Pizarro, como aquellas sumas de dinero que los tribunales mandan a abonar a la víctima de un hecho ilícito, además del resarcimiento por los daños efectivamente experimentados por el damnificado, y tiene por objeto punir graves inconductas del demandado, y de esta manera prevenir hechos similares en el futuro.

Persiguen, como objeto primordial, dos finalidades: por un lado, pretenden punir o sancionar al dañante y, por el otro, buscan disuadir que no se vuelva a cometer la misma conducta<sup>175</sup>.

No pretendemos profundizar, en el marco del presente trabajo, en las diversas críticas que se han vertido en cuanto a la procedencia de admitir los daños punitivos en nuestro sistema jurídico y, en particular, respecto de la redacción del art. 52 bis antes transcripto<sup>176</sup>. Nos basta, a los fines del presente trabajo con manifestar nuestra adhesión a la doctrina que considera que, dada la naturaleza de los daños punitivos, resultan aplicables los principios constitucionales en materia penal<sup>177</sup>.

Únicamente creemos pertinente resaltar, en este aspecto, que el carácter punitivo del instituto fue reconocido expresamente en el informe de la comisión que estudió el proyecto de reforma de la LDC<sup>178</sup>.

Sentado ello, cabe recordar que, respecto del Daño Moral, para un sector de la doctrina su reparación no constituye un resarcimiento, sino una verdadera pena civil, mediante la cual se reprueba, de manera ejemplar, la falta cometida por el ofensor. Asimismo, otro sector de la doctrina se ha pronunciado por ideas más moderadas, por entender que la indemnización del Daño Moral asume, al mismo tiempo, un doble carácter: resarcitorio y punitivo<sup>179</sup>.

En este último sentido, ha señalado la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial que: *“La indemnización por Daño Moral debe considerarse en su doble función, como sanción ejemplar al proceder reprochable y como reparación a quienes padecieran las aflictivas consecuencias de dicho proceder”*<sup>180</sup>.

Ahora bien, partiendo, como ya lo hemos dicho, de que consideramos a los daños punitivos como una sanción punitiva impuesta al proveedor por su actuación, es entonces que nos enfrentamos

<sup>175</sup> Pizarro, Ramón D., “Daños Punitivos”, en *Derecho de Daños. Homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas*, La Rocca, Buenos Aires, t. II, ps. 287 y ss. Como se advierte de su propia definición, mientras el derecho de daños moderno ha modificado su eje de atención de la reprochabilidad del actuar del dañador al perjuicio causado a la víctima, los daños punitivos ponen su centro de atención en la conducta desarrollada por el primero, pues será la reprochabilidad de ésta lo que conducirá a su imposición en el caso particular. Su objetivo está centrado en sancionar al demandado por haber cometido un hecho particularmente grave y repobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino?”, disertación pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26 de agosto de 1993, publicada en *Anticipo de Anales Año XXXVIII*, segunda época, n° 31).

<sup>176</sup> Ver, al respecto, Picasso, Sebastián, Comentario al art. 52 bis. de la LDC, en Picasso – Vázquez Ferreyra, op. cit., t. I, ps. 593 y ss.; Bueres, Alberto J., comentario al art. 52 bis de la LDC, en Picasso – Vázquez Ferreyra, op. cit., t. I, ps. 633 y ss.), entre muchos otros.

<sup>177</sup> La cuestión referida a la eventual naturaleza penal de los daños punitivos y, en consecuencia, a la aplicación o no de los principios generales que rigen esa rama del derecho a esta figura, ha sido una cuestión arduamente discutida por los autores. La solución de este dilema no constituye simplemente una discusión doctrinaria, pues, según cuál sea la postura que se adopte, serán las consecuencias y previsiones que se deberán tomar para eventualmente contemplar el instituto a nivel legislativo, y permitirá determinar si su inclusión es pasible de superar el test de constitucionalidad de la normativa respectiva. En contra de la aplicación de dichas garantías al instituto, cabe resaltar que, en el marco de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil antes citadas, se consideró que *“Las penas privadas no están alcanzadas por las garantías constitucionales propias del proceso penal (vgr. non bis in idem, prohibición de autoincriminación, personalidad de la pena, etc.). Es preciso, en cambio, que ellas no sean excesivas y que resulten respetadas las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa”* (conf. lo decidido por la Comisión n° 10 antes citada en el pto. II a). Esta afirmación, como es considerado por otro sector doctrinario, no puede sostenerse en pie. Si los daños punitivos tiene como fin principal el castigo de aquél que cometió el daño, y la prevención general con el objeto de que dicho evento no se vuelva a reiterar, entonces tiene la naturaleza propia de la pena. Si la finalidad de la institución es la de sancionar al causante de un daño intolerable, punir graves inconductas, o prevenir el acaecimiento de hechos similares, entonces persigue las dos finalidades (retribución y prevención general) que normalmente se asignan a la imposición de una sanción en el derecho penal.

Asimismo, no puede sostenerse en contra de esta afirmación el hecho de que se trate de una “multa civil” y no penal y que, por estar contemplada en el ordenamiento propio del derecho privado, no constituye una pena. Esta conclusión llevaría a la inadmisión de la conclusión de que al legislador le bastaría, para evitar la aplicación de los principios generales que rigen en materia penal, prever la sanción punitiva en el ordenamiento civil, quedando por ello fuera del alcance de los mencionados principios (Picasso, op. cit., p. 601 y ss.).

<sup>178</sup> Conf. punto 15, informe de la Comisión de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia respecto del proyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor (n° 1061-D-06), del 26 de mayo de 2006. A ello cabe agregar que, en el mismo proyecto de reforma, se dispone la aplicación supletoria en materia de procedimiento administrativo sancionador del Código Procesal Penal de la Nación, lo que implica el expreso reconocimiento de la naturaleza punitiva de la sanción aplicable.

<sup>179</sup> Morello, Augusto, Carácter resarcitorio y punitivo del Daño Moral. EN pro de una posición funcional”, JA 27-1975, 342.

<sup>180</sup> CNCom, Sala C, fallo del 31/10/2008; ídem, CNCiv, Sala G, fallo del 30/5/2008, DJ 2008-II, 2091; ídem, fallo del 5/3/2007, LLOnline; CNCiv. y Com. Fed, Sala III, fallo del 2/10/1991, LL 1992-D, 613, entre muchos otros precedentes.

a la problemática de que, si consideramos que el Daño Moral contiene una faz punitiva, entonces estaríamos sancionando dos veces al dañador por el mismo hecho ilícito.

En consecuencia, sería una flagrante violación del *ne bis in idem*. Este principio del derecho procesal penal establece la prohibición de la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho. Se trata de que el estado, con todos sus recursos y poder, no haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad<sup>181</sup>. A su vez, se halla vinculado íntimamente con la prohibición de la doble punición<sup>182</sup>.

Ahora bien, si conforme la disposición en cuestión el juez se encuentra facultado para imponer daños punitivos a favor del damnificado y, a su vez, la Administración podrá sancionar pecuniariamente al proveedor por su incumplimiento, se estaría imponiendo una doble sanción, de la misma naturaleza y por el mismo hecho, al mismo sujeto, limitándose la distinción entre ambas únicamente respecto de la persona que recibe el monto de la multa y aquella que se encuentra facultada para imponerla —juez/órgano administrativo—. Tanto es así que la reforma propuesta prevé la misma graduación para ambas sanciones: la fijada en el art. 47, inc. b, LDC. Es entonces que, ya en un primer momento, la previsión merece objeciones constitucionales, resultando doblemente punitiva respecto de un mismo hecho ilícito<sup>183</sup>.

Esta cuestión, más que problemática, encuentra su solución en la real naturaleza jurídica del Daño Moral. Es que el Daño Moral tiene, por el contrario, un carácter netamente resarcitorio<sup>184</sup>. Es allí donde existe la gran distinción entre uno y otro instituto: mientras que los daños punitivos tienen una naturaleza punitiva, poca duda nos cabe en cuanto a la naturaleza resarcitoria del Daño Moral.

Sostener un criterio distinto en el ámbito de la LDC, llevaría a la colisión del Daño Moral con los daños punitivos, y ello, sin tener en cuenta la sanción administrativa, regulada en los arts. 45 y ctes. de la LDC.

Sobre esta cuestión, es interesante la postura adoptada por Pizarro, quien, antes de la reforma instaurada por la ley n° 26.361, consideraba a la consagración legislativa de los daños punitivos como la vía pertinente para la admisión de la tesis mixta o funcional en materia de Daño Moral. Sostiene este autor, al respecto, que nada impide que la indemnización del Daño Moral sea ponderada con criterio resarcitorio, de modo que a través de ella se alcance el resarcimiento del daño en forma plena y que, además, pueda —en casos de graves inconductas— condenarse el pago de una pena privada destinada a la víctima por la vía de los daños punitivos, por encima del valor del resarcimiento<sup>185</sup>.

En consecuencia, podemos encontrar una vía útil para la coexistencia de ambos institutos<sup>186</sup>, la admisión de que el Daño Moral constituye un resarcimiento de naturaleza netamente resarcitoria, mientras que los daños punitivos resultarían la sanción penal que se impone al dañador por su conducta disvaliosa.

<sup>181</sup> Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, t. I, pág. 595 y ss.

<sup>182</sup> Zaffaroni, Eugenio R. —Alagia, Alejandro—Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 133.

<sup>183</sup> Sin perjuicio de que, como ya lo hemos dicho, el análisis de los daños punitivos en general excede el marco de este trabajo, cabe destacar que la eventual doble punición que se generaría entre la aplicación de los daños punitivos y una eventual sanción represiva aplicada en sede penal ya ha sido estudiada en doctrina. En este sentido, indica con acierto Picasso que *“El derecho en su conjunto aspira a plasmar múltiples finalidades, pero lo hace por medio de diferentes técnicas, distribuidas en diversos sectores del ordenamiento jurídico. En ese esquema, la prevención de comportamientos gravemente lesivos de las normas de convivencia social es normalmente confiada al poder punitivo del Estado por medio del derecho penal. El instrumento utilizado por esa rama jurídica para lograr esa finalidad es, como sabemos, la pena, que consiste en la causación de un mal al responsable del delito, a efectos de castigarlo y prevenir, con la amenaza de esa sanción, la reiteración de hechos similares* (Picasso, art. cit.; en este mismo sentido Kemelmajer de Carlucci, art. cit., pág. 101).

<sup>184</sup> Pizarro, *Daño Moral...*, op. cit., ps. 106 y ss.

<sup>185</sup> Pizarro, *Daño Moral...*, op. cit., ps. 485 y ss.

<sup>186</sup> Más allá de las objeciones que puedan existir en cuanto a la admisión de los daños punitivos en el derecho argentino.

## II. b) El Daño Moral y el daño directo

Despejada la cuestión antes analizada, debemos ingresar en el análisis de la relación existente entre el Daño Moral y la nueva figura del daño directo, consagrada en el art. 40 bis de la LDC.

La disposición citada en último término establece que el daño directo: *“Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de cinco (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC). El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”*.

Como se advierte de la transcripción que realizamos, el artículo en cuestión faculta a la administración a resarcir el daño “directo”, cuya definición allí se establece, sin necesidad de que el consumidor deba recurrir a la vía judicial para obtener su satisfacción. La cuestión que se plantea, en lo que aquí interesa, es cuál es el alcance de esta disposición, es decir, si puede admitirse el resarcimiento del Daño Moral en la órbita administrativa.

Conforme al texto de la norma, el daño directo únicamente incluiría el resarcimiento del perjuicio *“susceptible de apreciación pecuniaria”*. Ahora bien, ello permite descartar la posibilidad de que la administración disponga al proveedor resarcir el Daño Moral sufrido por el usuario.

La intervención de la autoridad administrativa, en consecuencia, quedaría limitada al solo resarcimiento del daño patrimonial sufrido por el consumidor, lo que descarta esta vía para toda una serie de hechos de frecuente producción que bien pueden producir, únicamente, daños extrapatrimoniales<sup>187</sup>.

Esta conclusión, a la que arribamos, ha tenido una serie de consecuencias en la jurisprudencia. Así, en un reciente fallo, la Cámara de Apelaciones de Trelew fue llamada a conocer en un caso en el cual el órgano de aplicación de la LDC había impuesto una sanción a una empresa de telefonía y, asimismo, había resarcido el daño “directo” sufrido por la usuaria. El tribunal consideró que el daño directo consagrado en el art. 40 bis de la ley 24.240 sólo comprende los daños patrimoniales que el consumidor o el usuario sufren sobre sus bienes o su persona, no encontrándose comprendidos, entonces, el que sea consustancialmente ajeno a la órbita de dicha disposición<sup>188</sup>.

Como se advierte, la exclusión del resarcimiento del Daño Moral en sede administrativa le quita bastante utilidad al nuevo instituto. Ello así pues muchas veces el perjuicio que sufre el consumidor se vincula, principal o únicamente, con un agravio extrapatrimonial, que ha sido resarcido jurisprudencialmente.

Bástenos con mencionar, como ejemplo, el supuesto en que la empresa de internet priva al usuario del servicio<sup>189</sup>; o la cuando la entidad financiera no brinda debida información al consumidor

<sup>187</sup> Picasso, Sebastián, comentario al art. 52 bis de la LDC, en Picasso – Vázquez Ferreyra, op. cit., t. I, págs. 529 y ss.

<sup>188</sup> Cám. de Apel. de Trelew, Sala A, fallo del 27/7/2010, LLOnline.

<sup>189</sup> CNCom, Sala D, fallo del 20/5/2010, LLOnline.

sobre la utilización de su tarjeta de crédito<sup>190</sup>; o el rechazo del adquirente de un plan de ahorro previo de su carpeta de crédito en forma indebida<sup>191</sup>, entre muchos otros precedentes.

En consecuencia, no resulta procedente indemnizar el Daño Moral en la órbita administrativa, y ello tiene consecuencias disvaliosas para el consumidor, quien se ve impedido de obtener, por esta vía, el resarcimiento del perjuicio extrapatrimonial que, en el derecho del consumidor, muchas veces es mayor que la indemnización que se persigue por los menoscabos patrimoniales.

### III.- La valuación del perjuicio extrapatrimonial

Una de las principales complejidades que presenta el Daño Moral es cuando nos preguntamos por cómo debe valuarse el resarcimiento. Es que el Daño Moral es irreparable, una vez sufrido, es imborrable. En consecuencia, la indemnización actuará a futuro, pero no hará desaparecer el perjuicio espiritual sufrido por el damnificado. Es por ello que la única reparación posible es la dineraria. Como lo indica Zavala de González, a diferencia de lo que ocurre en el daño patrimonial, la reparación dineraria otorgada a la víctima por el menoscabo extrapatrimonial que ha sufrido no constituye una reparación en especie, sino una equivalencia económica, colocándose, por decirlo en forma gráfica, al lado del perjuicio<sup>192</sup>.

Esta complejidad que presenta el resarcimiento del Daño Moral y su cuantificación, ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a elaborar distintas teorías en las cuales se sustenta el monto indemnizatorio otorgado en concepto de Daño Moral.

#### III. a) El Daño Moral considerado proporcionalmente con el monto otorgado en concepto de daño patrimonial.

Una primera posición, hoy en día ampliamente superada, sostenía que la cuantía del Daño Moral debía determinarse en función del monto del daño patrimonial, guardando una cierta relación de porcentualidad con el mismo.

Esta postura es claramente inadmisibles. No existe una relación tal entre ambos tipos de daño para que pueda considerarse viable la cuantificación de uno en función de la indemnización otorgada respecto del otro. Es más, el hecho ilícito, como se sabe, puede ocasionar la afectación de un interés patrimonial, sin que se produzca Daño Moral alguno.

Asimismo, puede suceder que el hecho lesivo ocasione un perjuicio extrapatrimonial de envergadura, mientras que el menoscabo patrimonial ocasionado es de poca cuantía. Como ejemplo de este último supuesto, supongamos que un individuo reclama el resarcimiento del menoscabo patrimonial y moral que le ocasiona la destrucción por parte del demandado de un cuadro perteneciente a su pinacoteca personal. Si dicho objeto tuviera un alto valor en el mercado, es claro que el resarcimiento del daño patrimonial debería ser suficiente para reparar la afectación del patrimonio del actor. Pero imaginemos que el bien en cuestión carece de valor comercial, pero integraba el patrimonio de la familia del actor desde hace varios siglos. Así, se advierte como la afectación de un bien de escaso valor patrimonial puede traer como corolario la afectación de un interés extrapatrimonial de envergadura.

En síntesis, aceptar el criterio antes reseñado traería como consecuencia, en la mayoría de los casos, una clara injusticia para uno u otro de los litigantes, ya sea por cuanto se indemnizaría en forma exigua el menoscabo ocasionado en unos casos y, en otros, sería mayor a lo que correspondería.

<sup>190</sup> CNCom, Sala F, fallo del 22/4/2010, LLOnline.

<sup>191</sup> Juz. Nac. Com. n° 3, fallo del 15/12/2008, LLOnline.

<sup>192</sup> Zavala de González, *Resarcimiento de daños...*, op. cit., t. 2ª, pág. 588 y ss.



En este sentido, ha señalado la jurisprudencia que *“La empresa demandada, en razón de ocasionar molestias en un inmueble lindero, debe indemnizar a los dueños por Daño Moral independientemente de la existencia o no de perjuicio patrimonial, pues la reparación de uno y otro responde a principios distintos”*<sup>193</sup>.

### **III. b) La valuación con sustento en el criterio subjetivo del juzgador.**

Otro sector de la doctrina, en cambio, considera que la valuación del Daño Moral debe quedar sometida al criterio subjetivo y discrecional del juzgador. De esta forma, sería a él a quien le correspondería computar las circunstancias del caso concreto, para determinar si existe o no Daño Moral y, en su caso, el monto indemnizatorio<sup>194</sup>.

Como lo señala Pizarro, este método de valuación resulta a todas luces inadecuado. En efecto, no puede dejarse librada a la sola subjetividad de los magistrados la determinación sobre la existencia o no de menoscabo moral en el caso analizado. Así, si bien la prudencia de los magistrados reviste particular importancia en la determinación de la indemnización, ellos deben actuar dentro del marco referencial que les brinda la ley, sin perder de vista las realidades objetivas que el caso les presenta<sup>195</sup>.

Por otra parte, adoptar esta teoría podría llevar a los magistrados a resarcir por la vía del Daño Moral perjuicios que no se encuentran debidamente demostrados, o a imponer una sanción al dañante por su conducta, lo cual resulta claramente improcedente.

### **III. c) La valuación del Daño Moral en virtud de la gravedad de la conducta desarrollada por el dañador.**

Según esta posición, seguida principalmente por los partidarios de la sanción ejemplar, la procedencia de la indemnización del Daño Moral y su cuantía se encuentra determinada principalmente en función de la falta cometida por el responsable.

Esta tesis se encuentra sustentada, principalmente, en la teoría de la naturaleza punitiva del Daño Moral, postura ampliamente superada en la actualidad y rechazada expresamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente *“Santa Coloma”*<sup>196</sup>.

A su vez, no debe dejar de señalarse que no siempre existe una equivalencia entre la gravedad de la falta cometida por el agente y la importancia del perjuicio ocasionado al sujeto. Así, puede tratarse de un simple hecho ilícito culposo, y ocasionar a la víctima un nocumento de gran importancia y, por el contrario, una conducta extremadamente grave puede traer como consecuencia un menoscabo de escasa trascendencia<sup>197</sup>.

### **III. e) El Daño Moral cuantificado en virtud de la entidad objetiva del daño causado**

Consideramos, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que la cuantificación del Daño Moral debe efectuarse partiendo de la entidad objetiva del perjuicio ocasionado. De esta forma,

<sup>193</sup> CNFed. Civ. y Com., Sala II, 30/3/2000, LL, ejemplar del 30/8/00.

<sup>194</sup> CNCiv, Sala G, 10/11/89, LL 1991-D, 61.

<sup>195</sup> Pizarro, *Daño Moral...*, op. cit., pág. 337.

<sup>196</sup> Fallo del 5/8/1986, LL 1987-A, 942.

<sup>197</sup> Pizarro, *Daño Moral...*, op. cit., pág. 339.



el juez, partiendo de las circunstancias objetivas del caso concreto, deberá evaluar la modificación disvaliosa del espíritu de la víctima, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir<sup>198</sup>. De esta manera, deben valorarse, en primer lugar, las condiciones personales del damnificado y la entidad del padecimiento sufrido, tomando en cuenta la edad y personalidad de la víctima, su situación familiar y social, etc.

Es por ello que resulta de particular trascendencia en cuanto a la prueba del Daño Moral que el accionante acredite no sólo las circunstancias del caso, sino como incidió sobre la persona del damnificado, pues estas pautas tendrán una gran trascendencia a los fines de determinar el forma objetiva la cuantificación del daño, y para facilitar, al mismo tiempo, la concreción de una solución equitativa.

Es fundamental que el damnificado, sobre quien carga la prueba del menoscabo extrapatrimonial que le fue ocasionado, lleve adelante una tarea probatoria eficaz tendiente a demostrar la conexión causal entre el hecho lesivo y los padecimientos espirituales sufridos, de forma tal de llevar convicción al juzgador sobre la certeza del daño acaecido y su cuantía.

En este sentido, ha señalado la jurisprudencia que *“Para la indemnización del Daño Moral, no sólo debe apreciarse el deterioro físico sufrido por la víctima y su resarcimiento, sino además el grado de padecimiento provocado por aquél y las circunstancias particulares del afectado. Para apreciar su magnitud, son pautas útiles: la edad de la víctima, sexo, tipo de tareas, condición social, gravedad de las lesiones sufridas, intensidad de su tratamiento, duración e internación sobreviniente”*<sup>199</sup>.

Es claro que, aún desde esta óptica, la valuación del Daño Moral estará teñida de un alto grado de subjetividad por parte del juzgador, y resulta de especial trascendencia que el accionante aporte los elementos suficientes para influir sobre la subjetividad del magistrado y, a través de parámetros objetivos, demostrar la magnitud del perjuicio moral que le fue ocasionado. Como lo indica Bustamante Alsina, *“La esencia del Daño Moral se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima. La entidad o magnitud del Daño Moral resultará de la extensión e intensidad con que aquéllas se manifiestan en sus sentimientos”*<sup>200</sup>.

#### **IV.- La integración del estatuto del consumidor con el derecho común respecto del perjuicio extrapatrimonial.**

Hasta aquí, nos hemos referido a las características del Daño Moral en cuanto a su naturaleza, cuantificación, y su relación con los nuevos tipos de “daños” consagrados en la LDC. El tema que pretendemos abarcar, en el presente apartado, se relaciona con la forma en que se vincula el régimen de defensa del consumidor con el derecho común, en particular, en cuanto a la legitimación activa para reclamar el Daño Moral.

Al respecto, resulta pertinente recordar que, si bien es cierto que el estatuto del consumidor, en materia de responsabilidad, resulta autosuficiente, en el sentido de que no se refiere a las órbitas contractual y extracontractual del deber de responder, sino a la “relación de consumo”, también lo es que —aun cuando la ley practica una unificación parcial de la responsabilidad para los casos que caen bajo su égida—, sigue siendo necesario resolver algunas situaciones, como ocurre, por ejemplo, con la extensión del resarcimiento<sup>201</sup>. Entre estas problemáticas, se encuentra la que pretendemos abordar

<sup>198</sup> Pizarro, *Daño Moral...*, op. cit., pág. 340.

<sup>199</sup> CNCiv, Sala H, 11/8/1997, LL 1998-A, 11.

<sup>200</sup> Bustamante Alsina, “Equitativa valuación...”, op. cit.

<sup>201</sup> Picasso, Sebastián – Bueres, Alberto J., “La responsabilidad por daños y la protección al consumidor”, en *Revista de derecho privado y comunitario. Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, 1, p. 44.

en el presente apartado, referida a la legitimación activa para reclamar el Daño Moral en la órbita contractual y extracontractual de responsabilidad.

Para ello, debemos referirnos, en primer lugar, a cómo funciona el régimen en el derecho común.

En primer lugar, la norma fundante que rige la cuestión en la órbita *aquiliana* es el art. 1078 del Código Civil, que establece que: *“La acción por indemnización del Daño Moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”*.

Así, nuestro ordenamiento consagra un sistema en el cual, si bien el damnificado directo tiene legitimación activa para reclamar el perjuicio extrapatrimonial, el principio es muy rígido y conoce, únicamente, dos excepciones. La primera, cuando a raíz del hecho dañoso se haya producido la muerte de la víctima. En este supuesto, la ley legitima activamente a ciertos damnificados directos: los herederos forzosos. Asimismo, el derecho del marido y los padres de reclamar los daños y perjuicios derivados de las injurias a la mujer y a los hijos (art. 1080 del Cód. Civ.)<sup>202</sup>.

No se me escapa que la jurisprudencia, recientemente, ha declarado la inconstitucionalidad del art. 1078 antes citado en diversas oportunidades<sup>203</sup>, lo cierto es que dicho criterio no es unánime, por lo cual resulta pertinente analizar la cuestión a la luz de lo dispuesto por dicha disposición, más allá de la decisión que se adopte en cuanto a la constitucionalidad o no de dicha normativa.

Sentado ello, y en lo que se refiere a la órbita contractual, cabe destacar que el ordenamiento civil no consagra ninguna disposición al respecto. Ello, impone determinar si el régimen del art. 1078 rige en esta órbita de la responsabilidad o no.

Un sector de la doctrina considera pertinente responder afirmativamente a esta pregunta. En este sentido, se sostiene que, toda vez que el art. 522 del Cód. Civ. no contiene ninguna mención al respecto, consagra un vacío normativo, por lo que no hay razones que ameriten dar al tema una solución distinta a la prevista por el art. 1078 del mismo cuerpo legal. Asimismo, se agrega que razones de coherencia sistemática y la aspiración a la unidad de los regímenes contractual y extracontractual apoyan interpretaciones que aplican los mismos principios a los dos ámbitos<sup>204</sup>.

En este mismo sentido, ha considerado la jurisprudencia que: *“el art. 1078 es aplicable por analogía a los supuestos del art. 522, pues no hay razones para ampliar la legitimación en la responsabilidad contractual, siendo que, por el contrario, la extensión del resarcimiento en este ámbito es más acotada que en el ámbito aquiliano (...) En rigor, en los dos casos rige la idea de víctima (damnificado directo) —o daño inmediato—, por sobre el de contratante insatisfecho”*<sup>205</sup>.

No coincidimos con esta postura. Ello así, pues la doctrina reseñada parte del equívoco de considerar que la falta de mención de la legitimación activa para reclamar el Daño Moral en la órbita contractual constituye una laguna de la ley, que debe ser integrado con otras disposiciones. Ello no es así, pues dicho silencio se explica por un mecanismo típico de la responsabilidad contractual: en todos los casos la legitimación activa corresponderá al o los acreedores, quienes sólo podrán demandar al o los deudores. Dado que la responsabilidad contractual implica la existencia de una relación anterior entre dañador y dañado, esa particularidad descarta la necesidad de acudir a criterios adicionales para

<sup>202</sup> Pizarro, *Daño Moral...*, op. cit., ps. 225 y ss.

<sup>203</sup> Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Azul, Sala II, fallo del 10/3/2011, LLOnline; CNCCFed, Sala II, fallo del 25/8/2010, LLOnline; CNCiv, Sala L, fallo del 15/10/2009, LLOnline; Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala I, fallo del 10/10/2009, LLOnline; SCBA, fallo del 16/5/2007, DJ 2007-II, 453, entre muchos otros precedentes.

<sup>204</sup> Zavala de González, Matilde, “Daño Moral de los padres por lesiones a sus hijos. Otros damnificados indirectos”, LL, ejemplar del 7/9/07, ps. 5 y ss.

<sup>205</sup> CNCiv, Sala D, fallo del 10/8/2006, RCyS 2006-XII, 64.

seleccionar los sujetos legitimados para reclamar la reparación. Así, la reparación viene dada, en esa esfera, por los arts. 503, 1195, 1199 y cctes. del Cód. Civ.<sup>206</sup>.

Partiendo de las consideraciones vertidas precedentemente, entendemos que la legitimación activa para reclamar el Daño Moral en el derecho común debe determinarse, en la órbita contractual, por el carácter de acreedor de quien reclama el resarcimiento del perjuicio, siendo este último el *único damnificado* que puede recurrir a la esta vía. Asimismo, en la esfera *aquilliana* regirá, para los damnificados indirectos, la limitación prevista en el art. 1078 del Cód. Civ., aun cuando la víctima revista la calidad de cocontratante.

Hasta aquí la cuestión parece resuelta, pero el problema se nos plantea cuando pretendemos transpolar este sistema a la órbita del derecho del consumo. En particular, frente a los distintos supuestos de legitimados activos que pueden reclamar por esta vía el resarcimiento de los daños que le han sido ocasionados, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1° de la LDC.

Así, la normativa citada en último término se refiere<sup>207</sup>, en primer lugar, al consumidor-contratante, quien es quien celebra el contrato de consumo. En segundo término, encontramos al usuario, quien, sin celebrar un contrato, utiliza el bien, siendo parte de una relación de consumo. En tercer lugar, se encuentran los adquirentes o usuarios posteriores, que adquieren o utilizan el bien o servicio con posterioridad al consumidor originario.

Finalmente, la norma se refiere a aquellos que se encuentren “expuestos a una relación de consumo”. Se trata, en nuestro criterio, de aquellas personas que, sin tener la finalidad de consumir, son víctimas de daños derivados de productos, publicidades, o prácticas comerciales. Este tipo de responsabilidad ya había sido admitido en la jurisprudencia con anterioridad a la reforma, en particular, en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos caratulados “Mosca, Hugo A. c/ Prov. de Buenos Aires y otros”<sup>208</sup>. Nos referiremos a cada uno de ellos en forma individual.

En primer lugar, el consumidor propiamente dicho reviste la calidad de acreedor a la cual antes nos hemos referido, con lo cual poca duda cabe en cuanto a su posibilidad de reclamar el Daño Moral en el ámbito de la LDC. La problemática se plantea, por el contrario, en el supuesto de que dicho supuesto de la relación jurídica fallezca en razón del hecho ilícito. Entonces, ¿cómo funciona la legitimación de los damnificados indirectos para reclamar el Daño Moral? Es decir, ¿pueden reclamar el Daño Moral aquellos damnificados indirectos que no revisten el carácter de herederos forzosos?

La cuestión no es fácil de dilucidar. Máxime, a la luz de lo dispuesto por el art. 3 de la LDC que, como ya lo hemos dicho anteriormente, consagra el principio de la interpretación más favorable para el consumidor.

Entendemos que, aquí, se plantea una situación muy particular en cuanto al alcance del principio consagrado en la norma citada en último término. En efecto, la pauta interpretativa a la cual se refiere el art. 3 de la LDC cobra relevancia cuando existen, en conflicto, dos normas aplicables al mismo caso. Es decir, se utiliza cuando existe duda, pues, si no hay tal presupuesto, directamente se aplica la norma que corresponda. Ello es así pues, en caso contrario, se estaría resolviendo la cuestión *contra legem*<sup>209</sup>.

Ello permite advertir que, en lo que aquí atañe, la interpretación *favor consumatoris* no resulta viable para superar el valladar instaurado por el art. 1078 antes citado.

<sup>206</sup> Picasso, Sebastián, *Lo uno y lo múltiple en el derecho de daños (El dilema de la responsabilidad contractual)*, Tesis doctoral presentada en noviembre de 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, dirigida por el Dr. Alberto J. Bueres.

<sup>207</sup> A los fines de esta enunciación, utilizaremos la clasificación utilizada por el Dr. Lorenzetti (*Consumidores...*, op. cit., págs. 124 y ss.).

<sup>208</sup> JA 207-II, 483.

<sup>209</sup> Lorenzetti, *Consumidores...*, op. cit., p. 51.

Al respecto, cabe recordar que, en el caso de que el acreedor del hecho ilícito fallezca en razón del mismo, es entonces que los damnificados indirectos deberán reclamar el resarcimiento correspondiente en la órbita extracontractual. Así las cosas, no nos encontramos ante un conflicto de normas que amerite una interpretación sino, por el contrario, a una única disposición aplicable. En estos casos, los damnificados indirectos *únicamente* podrán reclamar el daño extrapatrimonial que padecieron por la vía *aquiliana* y, por ello, deberán revestir el carácter de herederos forzosos del causante para que su pretensión resulte admisible.

En cuanto a la situación que se plantea respecto del usuario de bienes o servicios, la situación es bastante similar a la anterior pues, ya sea que se lo considere acreedor o que, por el contrario, se estime que debe encuadrarse su reclamo en la vía extracontractual, lo cierto es que, en lo que a los damnificados indirectos respecta, el resarcimiento del Daño Moral se encontrará nuevamente con el valladar instaurado por el art. 1078 ya citado.

Finalmente, la misma solución cabe adoptar en cuanto a la persona “expuesta” a una relación de consumo, aunque, en este supuesto, estimamos que su reclamo será encuadrable, en todos los casos, en la órbita *aquiliana*.

Como se advierte de lo expuesto hasta aquí, la problemática referida a la legitimación activa para reclamar el Daño Moral en el derecho del consumo se vincula íntimamente con la temática que presenta la cuestión en el derecho común, y que reside justamente en determinar si el art. 1078 del Cód. Civ. supera o no el test de constitucionalidad. Más allá de que adhiero a la doctrina que considera que dicha disposición es inconstitucional, lo cierto es que dicho debate excede el marco del presente trabajo.

## V.- El Daño Moral colectivo en la LDC

El análisis de la temática que pretendemos abordar en este apartado nos impone, en primer lugar, referirnos —aunque sea brevemente— al régimen de las acciones colectivas en el estatuto del consumidor, y a las pautas sentadas por el Máximo Tribunal nacional en el precedente “Halabi”.

### VI. a) La acción colectiva en la LDC

En la enorme mayoría de los conflictos planteados entre el consumidor o usuario y el proveedor, la escasa cuantía de los potenciales reclamos individuales funciona muchas veces como elemento disuasivo para la parte débil de la relación contractual, que se ve desalentada de iniciar un reclamo administrativo o una acción judicial. Por ello, la existencia de un sistema de defensa colectiva de los derechos del consumidor impide que la afectación quede impune, pues nadie demandará por un escaso monto<sup>210</sup>.

Es que, en la mayoría de los casos, los costos del accionar individual son demasiado elevados en comparación con los beneficios que pueden obtenerse y, por lo general, la acción individual es insuficiente para hacer cesar la práctica general antijurídica y lesiva de los proveedores. Esta dificultad, a su vez, se ve muchas veces aumentada cuando el tratamiento de la cuestión requiere de conocimientos técnicos, muy específicos y de elaboraciones complejas, lo que dificulta que sean encaradas para casos individuales muy menores en monto e importancia, o si lo son, carezcan del soporte adecuado y terminen con soluciones desfavorables para los afectados<sup>211</sup>.

<sup>210</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, Wajtraub, Javier, *Ley de defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 286.

<sup>211</sup> Bersten, Horacio Luis, *Derecho Procesal del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 205, pág. 346.

A ello cabe agregar que la dispersión de la afectación ocasiona evidentes problemas de coordinación entre los afectados por el mismo hecho ilícito del proveedor, pues los consumidores, en general, ni siquiera se conocen entre sí, y resulta de una enorme dificultad que miles de afectados puedan organizarse para iniciar una acción judicial coordinada para hacer cesar la práctica ilegítima<sup>212</sup>.

En este marco, la existencia de las acciones colectivas en el estatuto del consumidor actúa como un medio fundamental para tutelar los derechos del consumidor, impidiendo que, debido a las complejidades que presenta para el consumidor la sustanciación de un juicio individual, se vea impedido de obtener la debida tutela de sus derechos.

Ahora bien, el art. 53 de la LDC despeja toda duda en cuanto a la existencia de acciones colectivas en la materia, regulando algunos aspectos de particular relevancia en este tipo de procesos. Sin perjuicio de ello, no debe dejar de señalarse que esta norma no constituye un procedimiento completo y acabado en la materia, sino que se refiere a algunos aspectos de las acciones colectivas<sup>213</sup>, a saber:

- 1) el procedimiento para arribar a un acuerdo o transacción y sus efectos;
- 2) el alcance de la cosa juzgada en este tipo de litigios; y
- 3) el procedimiento para la determinación de la indemnización que corresponda a cada uno de los consumidores, en caso de que el juicio tenga contenido patrimonial.

A su vez, la reforma deja abiertos aún diversos interrogantes en cuanto al trámite que se le imprimirá a este tipo de procesos.

Mediante la reforma de la ley n° 26.361, el legislador ha consagrado la tutela de diversos derechos de incidencia colectiva, no limitando el campo de acción de la LDC a los intereses difusos. Al respecto, cabe recordar que si bien existe una cierta cercanía entre los conceptos de interés difuso e interés colectivo, no se trata de los mismos conceptos. Así, mientras que el derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado, los derechos de incidencia colectiva reconocen y definen un sector particular damnificado. En el primer grupo se encuentran aquellos derechos que no tienen un titular efectivo, sino varios que consiguen algo así como cuotas indeterminadas del interés que persiguen (por ejemplo, en materia de medio ambiente, ecología, salubridad, etc.), mientras que son colectivos los que pueden protegerse a través de asociaciones o grupos que asumen la representación correspondiente del interés agraviado (por ejemplo, derechos del consumidor, de defensa de la competencia, discriminación, etc.)<sup>214</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado recientemente una distinción entre los intereses simples, el derecho subjetivo y el interés difuso<sup>215</sup>, subclasificando este último en a) los que tienen por objeto bienes colectivos; y b) los referentes a intereses individuales homogéneos. Así, el considerando 9° del voto de la mayoría indica que *“en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”*.

<sup>212</sup> Bersten, op. cit., pág. 348.

<sup>213</sup> La doctrina ha criticado fuertemente el hecho de que la reforma de la LDC no haya incluido un régimen integral en materia de acciones de incidencia colectiva. Se ha sostenido, en este sentido, que es de lamentar que no se haya aprovechado la oportunidad para fijar una regulación integral, como la proyectada a través del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, dejándose importantes vacíos que la hacen peligrosa en su aplicación, ya que se omitió plasmar aspectos más centrales del proceso grupal, lo que generaría incertidumbre tanto para los potenciales afectados cuanto para los propios *iudicandos* en su carácter de aplicadores de la norma (Rosales Cuello, Ramiro, “Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor”, LL, ejemplar del 23/3/2009). Cabe recordar también lo indicado por el Máximo Tribunal nacional en el precedente “Halabi” (del 23/3/2009) en cuanto a la falta de consagración legal de un procedimiento que rija las acciones colectivas, en el sentido de que *“Frente a esa falta de regulación (la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido), cabe señalar que la referida disposición constitucional [art. 43, CN] es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”*.

<sup>214</sup> Gozaíni, Osvaldo A., “Protección procesal de usuarios y consumidores”, en Mosset Iturraspe - Wajtraub, op. cit., pág. 350.

<sup>215</sup> En el precedente “Halabi”, fallo del 24/2/2009, LL, ejemplar del 4 de marzo de 2009.



En este sentido, indica el Alto Tribunal en el apartado mencionado en último término, que, la existencia de un caso concreto es imprescindible, ya que no se admite una acción que persiga el control de mera legalidad de una disposición. Sin embargo, señala que el “caso” tiene una configuración diferente en cada uno de los supuestos enunciados, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones.

En lo que aquí interesa, la Corte indicó que en la acción de incidencia colectiva dirigida a tutelar un bien colectivo es aquella que se configura cuando el bien pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por ello, sólo se cuenta con una legitimación extraordinaria a fin de garantizar la protección del bien tutelado, pero no existe un derecho de apropiación individual sobre el bien, ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata de la existencia de una pluralidad de sujetos, sino de un bien que es de naturaleza colectiva. Resalta también el Alto Tribunal que no existe una pluralidad indeterminada de personas, pues en dicho supuesto, si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual resulta inadmisibles. Finalmente, tampoco existe una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de petitionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual, sino a la social, y no resultan divisibles en modo alguno<sup>216</sup>.

Asimismo, el Máximo Tribunal consideró que el art. 43, CN, contempla una tercera categoría, conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales. En estos supuestos no existe un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Pero existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por lo tanto, es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene particular relevancia jurídica pues, en estos supuestos, la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. En estos casos existe una homogeneidad fáctica y normativa que torna razonable la realización de un solo proceso con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

La distinción efectuada precedentemente, con sustento en la reciente doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reviste particular importancia en lo que se refiere al artículo 54, LDC, pues esta disposición regula expresamente aspectos referidos tanto a la acción colectiva dirigida a tutelar intereses individuales homogéneos de los consumidores y usuarios, estableciendo las pautas a las que nos referiremos a continuación.

Sentado lo que antecede, y para ingresar al análisis de las previsiones del artículo en comentario, no podemos dejar de referirnos a la legitimación necesaria para iniciar una acción de incidencia colectiva en el marco de la LDC. Ello así, pues nos brindará el marco necesario para el análisis que realizaremos luego. Es dable advertir que, en realidad, dicha cuestión se encuentra regida por lo dispuesto por el art. 52 del mismo cuerpo legal.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que el artículo citado en último término, como ya lo hemos indicado en su comentario, consagra la legitimación de las asociaciones de consumidores, del defensor del pueblo y del afectado para iniciar la acción judicial regida por la LDC. Resulta de importancia destacar la trascendencia que reviste la intervención del Ministerio Público, quien, no sólo actuará en forma obligatoria en aquellos supuestos en que la acción sea iniciada por alguno de los sujetos antes individualizados, sino que, en caso de mediar un abandono de la acción colectiva por parte de las asociaciones que la promovieron, la titularidad activa será asumida por él.

En este apartado, si bien la cuestión ha sido analizada en el comentario al art. 52, LDC, creemos pertinente recordar la importancia que presenta para las acciones de incidencia colectiva la legitimación o representatividad del sujeto que la promueve. El carácter de cosa juzgada de la sentencia que recaiga en la materia hace necesario verificar que el litigante que promueve la acción se encuentra

<sup>216</sup> Considerando 11 del fallo citado en la nota anterior.



facultado debidamente para ello, pues una decisión adversa tendría como consecuencia un resultado desfavorable para el consumidor. Corresponde recordar, en este sentido, la crítica que se ha vertido en doctrina al respecto, atento la naturaleza del procedimiento tuitivo del consumidor. Se ha señalado, que si el proceso por el cual debe tramitar el litigio es, en la mayoría de las jurisdicciones, el sumarísimo (art. 53, LDC), y este tipo de proceso no admite la oposición de excepciones previas (conf. art. 498, CPCCN), entonces el magistrado que interviene únicamente podrá analizar la legitimación de aquél que promovió la acción en ocasión de dictar la sentencia definitiva, con el dispendio jurisdiccional que ello implica, y la posibilidad de la pérdida del derecho por parte del consumidor por el transcurso del plazo de prescripción<sup>217</sup>.

Estamos de acuerdo con la crítica formulada, máxime cuando, en nuestro sistema, no existe consagrado un control de la legitimidad expreso.

Sin embargo, entendemos que la solución está dada por el criterio adoptado por la Sala E de la Cámara Comercial en el precedente que cita el autor mencionado en último término, donde se estableció que *“Si bien por el art. 498, inc. 2, del Código Procesal no serán admisibles las excepciones de previo y especial pronunciamiento en el juicio sumarísimo, resulta procedente la deducción de la excepción de falta de legitimación activa puesto que constituye una defensa sustancial que puede oponerse en cualquier tipo de juicios, máxime cuando su tratamiento previo no causó gravamen a la actora, en tanto tuvo la posibilidad de responder la argumentación defensiva de la accionada”*<sup>218</sup>.

Asimismo, entendemos que la inclusión en este tipo de procesos de las excepciones previas en forma genérica constituiría una vía para la interposición de defensas meramente dilatorias, que desnaturalizarían el carácter de proceso abreviado que la LDC requiere en la materia.

Por otra parte, no debe dejarse de lado el hecho de que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 53 del mismo cuerpo legal, el juez se encuentra facultado para modificar el tipo de proceso aplicable, atento la complejidad de la pretensión incoada.

El art. 54 reformado prevé expresamente la posibilidad de que las partes arriben a un acuerdo o transacción en el proceso colectivo, pero con determinadas restricciones. Estas limitaciones consisten en la intervención obligatoria del Ministerio Público Fiscal para su homologación —salvo que éste sea el accionante— quien se deberá expedir sobre la adecuada protección de los intereses de los consumidores o usuarios involucrados. Asimismo, el acuerdo deberá contemplar la posibilidad de que el consumidor se aparte de la solución adoptada para el caso, continuando con su reclamo en forma particular.

Esta disposición ha consagrado, en nuestro criterio, una herramienta más para que las partes en un litigio de estas características puedan arribar a un acuerdo amigable, sin necesidad de recurrir a la sustanciación de un litigio con las complejidades que una acción colectiva representa.

Sin embargo, no se trata de un acuerdo conciliatorio común, pues, como principio general, la transacción no es oponible a la parte no interviniente, restringiéndose los efectos de la cosa juzgada únicamente a las partes que suscribieron el convenio<sup>219</sup>. Así, la disposición en análisis consagra la intervención obligatoria del Ministerio Público Fiscal a fin de obtener la homologación del acuerdo, actuando ésta como autoridad de contralor de que los derechos del consumidor o usuario se encuentran debidamente tutelados.

<sup>217</sup> Viel Temperley, Facundo, “Acciones colectivas. Dificultades prácticas”, LL 2008-C, 996.

<sup>218</sup> Fallo del 6/12/2007, LL 2008-C, 314.

<sup>219</sup> En este sentido, ha señalado la jurisprudencia que *“De conformidad con lo dispuesto por el art. 309 del Cód. Procesal, el acuerdo homologado celebrado entre las partes ha sustituido en el caso a la sentencia, con efectos de cosa juzgada. Pero tal temperamento no resulta aplicable respecto de la otra codemandada que no participó de aquél, y respecto de la cual se dejó expresamente establecido que iba a continuarse el trámite. Por ende, asiste razón al recurrente, no encontrándose sustento legal que impida que la causa prosiga a su respecto, de acuerdo al estado procesal en que se encuentre”* (CNCom, Sala A, 15/7/02, El Dial, AA1230).

Además de ello, faculta al consumidor a apartarse del acuerdo arribado, permitiéndosele optar por ejercer su acción individual.

El apartado en estudio ha sido criticado por la doctrina. Se señala, al respecto, que los legisladores, al mismo tiempo que consagraron la posibilidad de una transacción en el litigio, han echado por tierra esta opción, al prever que cualquier convenio de este tipo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales se aparten de los términos acordados. Así, la ausencia total de precisiones sobre el modo y el tiempo en que los consumidores podrán ejercer este derecho de apartarse de los términos del acuerdo alcanzado en la acción colectiva torna inviable cualquier posibilidad de que la norma sea aplicada en un caso real, ya que no se observa que exista beneficio alguno para la parte demandada, que no tendría la certeza de quedar liberada. La negación del derecho de las asociaciones y del Defensor del Pueblo de intentar un acuerdo conciliatorio sería completamente injustificada, y contraria al fundamento mismo de la legitimación amplia y extraordinaria que les ha sido otorgada, consagrando un perjuicio adicional a las partes del proceso y a los beneficiarios de la acción, quienes verán postergada la solución a su reclamo<sup>220</sup>.

No coincidimos con la tesis reseñada. Ello así pues la naturaleza propia de la acción colectiva consagrada en materia de defensa del consumidor impide considerar que no exista utilidad para el proveedor en arribar a un acuerdo.

Cabe recordar que, como ya lo hemos indicado, la escasa cuantía que, en general, revisten los conflictos generados en el ámbito de la LDC impiden que el consumidor persiga la obtención de su reclamo en forma individual, atento a que el costo del litigio le resulta demasiado oneroso en comparación con el fin que se pretende obtener. Por ello, y contrariamente a lo sostenido por la doctrina expuesta, la ventaja para el demandado consiste justamente en que, en la práctica, resulta difícil imaginarse que un consumidor, aún luego de la transacción, decida apartarse de ella y promover un juicio independiente. Por el contrario, creemos que, aun considerando insuficiente el acuerdo arribado, el consumidor lo consentirá, para evitar someterse a un largo litigio cuyo resultado, además, desconoce.

La posibilidad de que el afectado individual se aparte del acuerdo arribado, por el contrario, restringe adecuadamente el alcance de la cosa juzgada que se le otorgaría al acuerdo, permitiéndose que, en determinados casos extremos, el consumidor se aparte de sus términos y opte por el litigio individual.

Asimismo, resulta claro que, si bien subsiste la actuación independiente, el proceso colectivo queda agotado con la celebración del convenio, de forma tal que, en la mayoría de los casos, el proveedor le habrá dado finiquito a la cuestión litigiosa a través de él.

Por otra parte, no se advierte irrazonable el alcance de la limitación, pues se encuentra fundada justamente en la amplitud de la legitimación que surge del art. 43, CN y del art. 52, LDC, para la promoción de las acciones de incidencia colectiva.

Una de las principales problemáticas que reviste las acciones colectivas se refiere a los efectos de la sentencia a dictarse. La dificultad se presenta por cuanto puede presentarse el supuesto en el cual los efectos de la cosa juzgada sean perjudiciales para el consumidor, por el rechazo de la acción debido a la negligencia del interesado en llevar el litigio adelante.

Al respecto, cabe recordar que el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica establece un complejo sistema de obligatoriedad del decisorio final a adoptarse en materia de acciones colectivas. En primer lugar, y cuando se persiga la tutela de derechos de naturaleza divisible (individuales homogéneos) o indivisible (difusos o colectivos) la sentencia, como regla, tendrá efecto *erga omnes*, salvo que la misma disponga el rechazo de la pretensión por insuficiencia de pruebas. En tal

<sup>220</sup> Viel Temperley, op. cit.

hipótesis, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba. En el supuesto de que se persiga la tutela de un interés de naturaleza divisible (individual homogéneo), y la acción sea rechazada, no podrá reeditarse la cuestión colectivamente, pero cada lesionado podrá perseguir a título individual la satisfacción de su interés (art. 30)<sup>221</sup>.

Ahora bien, el art. 54, LDC, consagra, en nuestro criterio, un sistema distinto. En principio, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, en particular, para el demandado, y para todos los consumidores y usuarios que se encuentren en similares condiciones.

En primer lugar, debemos determinar a qué se refiere la norma con la frase “similares condiciones”, que resulta fundamental a los fines de determinar el alcance de la disposición. Y para ello debemos retornar a la interpretación dada por el Alto Tribunal a las acciones de incidencia colectiva que tutelen derechos individuales homogéneos, de forma tal que estarán en dicha condición los que vean lesionados sus intereses por el actuar del proveedor, de forma tal que todos los daños son ocasionados por una misma causa fáctica común, aunque la determinación del perjuicio deba establecerse individualmente.

Sin perjuicio de ello, los consumidores individuales se encuentran facultados por la disposición bajo análisis para apartarse de los efectos de la cosa juzgada, pero su facultad se encuentra limitada, por cuanto únicamente podrán hacerlo en aquellos supuestos en que hayan manifestado su voluntad en contrario con anterioridad al dictado de sentencia.

De esta forma, la norma consagra el sistema de inclusión y exclusión de los interesados de las acciones de clase. Cabe recordar, en este sentido, que, mientras en la acumulación de procesos los litigantes ejercen su voluntad de ingresar al litigio por su voluntad, en los litigios de clase la regla es inversa, pues la ley presume la formación de un conjunto necesario integrado por todos los miembros de la clase, del que sólo puede egresarse si se formula una declaración concreta en tal sentido<sup>222</sup>.

Asimismo, y en cuanto a la toma de conocimiento por parte del consumidor de la existencia de la acción, la disposición en análisis prevé que el interesado deberá manifestar su voluntad en contrario en los términos y condiciones que el magistrado disponga. A nuestro entender, esta previsión presupone la necesidad de que el juez que interviene en el litigio adopte las medidas publicitarias necesarias para poner en conocimiento de los potenciales interesados la existencia de la acción incoada.

Sin embargo, la norma no establece la forma en que dicha comunicación se efectuará. En principio, es dable señalarlo, creemos que existe una amplia facultad del magistrado actuante para determinar la forma en que efectuará la notificación para que, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, el afectado pueda tomar la intervención que le compete. Sin perjuicio de ello, resulta aplicable en el caso lo dispuesto por los arts. 145 y cctes., CPCCN, para la notificación de personas inciertas o con domicilio desconocido. De esta forma, y pese a lo antes indicado, la puesta en conocimiento de la promoción del litigio deberá efectuarse por edictos, a publicarse en aquellos medios gráficos que mayor posibilidad brinden para que el consumidor pueda tomar conocimiento de la acción.

No se nos escapa, al respecto, que la doctrina considera que el edicto constituye una modalidad de notificación con poca certeza en cuanto al conocimiento que destinatario pueda tomar del acto que se le notifica, pero es el expresamente previsto por el ordenamiento procesal para este tipo de supuestos<sup>223</sup>. Por ello consideramos que, pese a la aplicación de esta previsión procesal en

<sup>221</sup> Giannini, Leandro J., “Legitimación en las acciones de clase”, LL, ejemplar del 18 de agosto de 2006.

<sup>222</sup> García Pullés, Fernando R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, LL, ejemplar del 4/3/2009.

<sup>223</sup> Pena, Indiana Elsa, en Highton, Elena I. (dir.) – Areán, Beatriz A. (coord.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 3, pág. 143.

la materia, el magistrado deberá adoptar también las demás medidas que considere pertinente a fin de que los particulares puedan tomar el debido conocimiento de la acción incoada<sup>224</sup>.

Resta preguntarse qué sucedería si, por vía de hipótesis, el demandado no tomara efectivamente conocimiento de la promoción de la acción. Al respecto, se sostiene que si existe una actividad direccionada adecuadamente para notificar a todos los miembros ausentes, es irrelevante que algunos de ellos no hayan sido efectivamente notificados<sup>225</sup>.

No coincidimos con esta postura. En efecto, adoptar esta conclusión en caso de que se haya efectuado la notificación en forma genérica tendría una consecuencia disvaliosa para el consumidor —que se vería impedido de apartarse de la cosa juzgada regulada por la sentencia dictada en los términos del art. 54, LDC—, cuando el régimen jurídico no contempla dicha consecuencia. Así, la interpretación más favorable para el consumidor (conf. art. 3, LDC) conduce a concluir que, en caso de que el particular no tome debido conocimiento de la existencia de la acción incoada, no le resultará oponible a cosa juzgada a la cual se arribó en el juicio, siempre que manifieste en forma expresa su oposición al respecto. Sin perjuicio de ello, resulta pertinente destacar que recaerá sobre el consumidor individual la carga de la prueba de que no pudo notificarse de la existencia del litigio, por aplicación de las pautas generales que rigen la distribución de la carga de la prueba (conf. art. 377, CPCCN).

La reforma instaurada por la ley 26.361 zanja toda duda sobre la procedencia de la acción de incidencia colectiva con contenido patrimonial, al prever expresamente la forma en que deberá ejecutarse la sentencia en estos casos.

La disposición en análisis establece que la decisión a adoptarse deberá contener las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación, sobre la base del principio de reparación integral.

Así, el magistrado no podrá limitar su intervención a determinar la procedencia del derecho invocado sino que, deberá también indicar el procedimiento más adecuado para llevar adelante, en el caso particular, la ejecución de la sentencia dictada.

Para ello, el art. 54 brinda pautas específicas, según cuál sea el supuesto analizado. En primer lugar, establece que, en aquellos casos en que se persiga la restitución de sumas de dinero ilegítimamente percibidas por el proveedor, su devolución deberá realizarse por el mismo medio por el cual ingresaron a las arcas del proveedor.

En segundo término, el magistrado se encuentra facultado para, en caso de que ello no resultara posible, establecer un sistema que permita a los afectados poder acceder a la reparación. Finalmente, para el supuesto en que no puedan ser individualizados los afectados, deberá determinarse la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, de la forma que resulte más beneficiosa para la clase.

Finalmente, la norma bajo análisis regula el supuesto en que se pretende la reparación de los daños causados al consumidor, y ellos sean diferenciados entre cada uno de ellos. Aplaudimos la reforma en este punto, pues quita todo manto de duda en cuanto a la procedencia de la acción colectiva también en este supuesto.

Ahora bien, la determinación de los daños que haya sufrido el consumidor o usuario se realizará, en estos casos, con la determinación de grupos o clases de cada uno de ellos, pudiendo reclamar, por vía incidental, la indemnización particular que les corresponda, quedando para el marco de este último proceso la determinación de la cuantía del reclamo.

<sup>224</sup> Resta preguntarse qué sucedería si, por vía de hipótesis, el demandado no tomara efectivamente conocimiento de la promoción de la acción. En estos supuestos, entendemos que la única interpretación posible de la norma lo es en el sentido de que recae sobre él la carga de la prueba de que no pudo notificarse de la existencia del litigio y, por lo tanto, manifestar su voluntad en contra de la acción intentada (conf. art. 377, CPCCN). Sin perjuicio de ello, no debe dejarse de lado que, en caso de presentarse esta situación, y encontrándose acreditado el hecho invocado, no le resultaría oponible la cosa juzgada a la cual se arribó en el juicio.

<sup>225</sup> Mosset Iturraspe – Wajtraub, op. cit, pág. 293

De esta forma, determinada la legitimidad de la pretensión colectiva, la parte débil de la relación de consumo deberá llevar adelante el incidente correspondiente, en los términos de los arts. 177 y cctes., CPCCN.

Si bien el art. 54 contempla una herramienta veloz para que el consumidor pueda llevar adelante la obtención del resarcimiento que le corresponde, lo cierto es que la aplicación del procedimiento incidental en esta materia presenta algunas peculiaridades que no pueden dejar de tenerse en cuenta.

En primer lugar, la tramitación del incidente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 6, inc. 1º, CPCCN, deberá tramitar por ante el juez que intervino en el proceso principal. Así, se plantea la problemática de aquellos consumidores que se encuentran domiciliados en distintas jurisdicciones, y la complejidad que reviste para ellos llevar adelante este procedimiento por ante el tribunal originario.

Por otra parte, desde un punto de vista de organización judicial, cabe advertir que los tribunales no se encuentran en condiciones adecuadas de llevar adelante la tramitación de estos expedientes. Basta, para ejemplificar la cuestión, imaginarnos un supuesto en que la clase esté integrada por cuatrocientos o quinientos damnificados que requieren de la promoción de esta vía para la determinación de los perjuicios que sufrieron.

Al menos que sea posible reagruparlos por clase, resultaría hartamente difícil para un juzgado ordinario tramitar tal cantidad de causas.

Estos planteos permiten advertir que resulta necesario, a fin de implementar el sistema instaurado por la LDC, que el legislador sancione un régimen procedimental especial para la tramitación de estas causas. Así también deberán crearse tribunales que tengan las características adecuadas para llevar adelante estos litigios individuales o de clase.

## V. b) El reclamo del Daño Moral colectivo en el estatuto del consumidor

Partiendo de las pautas sentadas en el apartado que antecede en cuanto al procedimiento y alcances de la acción colectiva en el marco de la LDC, podemos ingresar en la cuestión referida al reclamo del Daño Moral por esta vía procedimental.

Al respecto, cabe destacar que, la idea de Daño Moral colectivo comprende tanto el interés individual homogéneo de aquellos consumidores que puedan sufrir el menoscabo en razón de un mismo hecho ilícito, como la reparación del menoscabo grupal y abstracto, que excede del perjuicio individual.

Sobre esta cuestión, la problemática que se plantea es si resulta admisible el resarcimiento de Daño Moral colectivo *difuso*. Es decir, el que sufre toda la comunidad, sin que pueda individualizarse en cada uno de ellos, en razón del hecho ilícito.

Al respecto, un sector de la doctrina ha considerado que, en tales supuestos, se tergiverza la esencia misma del Daño Moral. Quienes sostienen esta postura aducen que, bajo el ropaje de un aparente resarcimiento, en realidad se constituye una penalidad impuesta por el derecho privado, un castigo a quien con su actitud desaprensiva agravió intereses colectivos dignos de tutela<sup>226</sup>.

Por otra parte, existen diversos autores que consideran admisible la acción colectiva en reclamo de perjuicios extrapatrimoniales *difusos*<sup>227</sup>. Así, sostienen Morello y Stiglitz que: “Existe una

<sup>226</sup> Pizarro, *Daño Moral...*, op. cit., p. 284.

<sup>227</sup> Bustamante Alsina, Jorge, “El Daño Moral colectivo es daño jurídico resarcible”, LL 1998-A, 1933;



*categoría de Daño Moral colectivo, con matices singulares al del Daño Moral que experimentan la o las personas físicas, respecto de las causas, extensión y régimen tutelador (...). Las características del Daño Moral colectivo, demandan la atención profunda del estudioso y del jurista en miras a ir delimitado de una manera suficiente y adecuada sus rasgos connotativos y, a partir de ello, si corresponde, arbitrar las alternativas que se correspondan a sus particularidades”<sup>228</sup>.*

Adherimos a esta última postura. En efecto, no coincidimos con Pizarro en cuanto a que el Daño Moral colectivo por la tutela de intereses difusos pueda implicar una “punición” para quien ocasionó el daño pues, por el contrario, busca resarcir los daños de estas características que fueron ocasionados a la víctima.

A modo de ejemplo de un supuesto en que se encontraba involucrado el Daño Moral colectivo, bástenos con mencionar un precedente de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A., en el cual se demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por el Daño Moral colectivo que generó la demolición de un edificio ubicado en el área de protección histórica de la ciudad<sup>229</sup>.

Ahora bien, sentado lo anterior, se advierte que el régimen de la LDC admite un sistema, si bien no completo, adecuado para que el consumidor obtenga el resarcimiento del Daño Moral a través de la promoción de la acción colectiva. Lo que no hay que perder de vista es la diferencia fundamental que existe entre las dos categorías enunciadas, es decir: a) el interés extrapatrimonial colectivo *difuso*; y b) el interés extrapatrimonial *individual homogéneo*.

En ambos casos, la normativa de defensa del consumidor brinda herramientas para que, tanto el particular como las asociaciones de consumidores, y la autoridad de aplicación, promuevan las acciones pertinentes en tutela de ambos derechos.

Ello, sin perjuicio de que, como ya lo hemos remarcado, y fue puesto de resalto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Halabi”, resulta necesaria la sanción de un régimen de defensa del consumidor completo y adecuado, que contemple todas las situaciones planteadas.

## VI.- Conclusión

A modo de corolario, bástenos con poner de resalto que, si bien la cuestión del resarcimiento del Daño Moral en la órbita del derecho del consumo aparece, a primera vista, como una cuestión no muy compleja, presenta una serie de problemáticas que merecen un estudio particularizado, y que hemos pretendido analizar a lo largo del presente trabajo. Esperamos haberlo alcanzado nuestro objetivo.

<sup>228</sup> Morello, Augusto M. – Stiglitz, Gabriel A., “Daño Moral colectivo”, LL 1984-C, 1197.

<sup>229</sup> CCAyTCABA, Sala II, fallo del 14/8/2008, LLCABA 2008 (octubre).



# CAPÍTULO VII: LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL POR BIENES O SERVICIOS DEFECTUOSOS EN EL TEXTO REFUNDIDO PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE ESPAÑA

---

**Por Alba PAÑOS PÉREZ. Universidad de Almería (España).  
(Dra. en Derecho Civil)**

## I. PRELIMINARES: PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LOS DAÑOS EN EL TRDCU

La sociedad actual erige la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios en una de sus mayores preocupaciones, viéndose plasmada en una sucesión de normas tendentes a la protección del individuo y de los intereses de la comunidad. Dicha iniciativa legislativa es consecuencia inmediata de la constante evolución económica, tecnológica y social en la que nos vemos inmersos. Transformaciones que han repercutido directamente sobre la calidad de vida y las relaciones jurídico privadas de los individuos, que necesitan mecanismos que les permitan encauzar convenientemente sus actividades de consumo en el mercado.

Del incesante desarrollo tecnológico que caracteriza a nuestra sociedad, llamada “del bienestar y consumo”, se deriva una necesidad de aumentar la productividad que demanda nuevas formas de producción, un crecimiento de la complejidad técnica de los productos que salen al mercado, exponiendo a los consumidores a riesgos más graves, y en consecuencia, una mayor lejanía física y jurídica entre productores y consumidores. Ello conlleva una exigencia de seguridad cada vez mayor; una confianza en la seguridad, por parte de los consumidores, respecto a que los productos puestos a su disposición y el acceso a los servicios profesionales no van a suponer un peligro para su salud e integridad física, que no van a causar daños. Y esta seguridad se extiende al supuesto en que, finalmente, el daño se ocasione. Una vez producido un daño de cualquier tipo a la salud o la integridad física deberá repararse, imputándose la responsabilidad a quien tenga la obligación de asumir las consecuencias dañosas producidas.

Así pues, la necesidad de protección jurídica del consumidor frente a los daños que pueda sufrir en su integridad física o en sus bienes como consecuencia del uso o consumo de productos defectuosos o de la prestación de servicios deficientes, se articula en el ámbito de la reparación de daños.

El llamado movimiento protector de los consumidores es relativamente reciente y ha alcanzado en pocos años una gran complejidad normativa, que se desenvuelve en los llamados derechos del consumidor. Complejidad normativa que, por otra parte, se plasma en una serie de disposiciones que la propia Comunidad Europea ha impulsado<sup>230</sup>, y que persiguen obtener una mayor seguridad jurídica en el tráfico jurídico privado, estableciendo los mecanismos necesarios para evitar el mayor número posible de litigios<sup>231</sup>.

Esta prolifera normativa comunitaria queda plasmada en los distintos Estados miembros, tras la incorporación a sus respectivos ordenamientos internos. Ello se produce a través de leyes especiales

<sup>230</sup> Es a partir de 1984 cuando se desencadena el impulso comunitario que garantiza la tutela del consumidor y empiezan a sucederse numerosas Directivas que los Estados miembros venían obligados a trasponer a sus ordenamientos internos; y aunque es reiterada la jurisprudencia que establece que la adaptación del ordenamiento interno a una Directiva comunitaria no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, sí es indispensable que el Derecho nacional garantice efectivamente la aplicación de la Directiva, hasta el punto de que los beneficiarios de los derechos pudieran conocerlos e incluso invocarlos ante los tribunales. Entre otras, cabe destacar, la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55; Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos; Directiva 85/577/CEE, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados; la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 94/47/CE, sobre protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo; Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre ciertos aspectos legales de los servicios de la sociedad de información, en particular el comercio electrónico en el Mercado Interior; Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre seguridad general de los productos; Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

<sup>231</sup> Cfr. REYES LÓPEZ, M. J. (coord.), *Derecho privado de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp.19 y ss.; DÍAZ-AMBRONA BAJARDÍ (Direct.), *Derecho civil comunitario*, 2ª Ed., Colex, Madrid, 2004, pp. 136-142.

que contienen, en unos casos, normas de seguridad jurídica preventiva y, en otros, normas de seguridad jurídica represiva. El máximo objetivo, impulsado desde la Unión Europea, ha sido conseguir el mayor nivel de protección posible. Sin perjuicio, no obstante, de las modificaciones que se han producido en nuestro derecho interno.

En el ámbito nacional dos son las referencias normativas generales de obligada cita: La ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios; y el Real

Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias

(Que a falta de una denominación más breve que su título, será citada en las páginas siguientes como el TRDCU).

La primera de las normas citadas, Ley 44/2006, pretende incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficit de protección. En aras a reforzar la protección de los consumidores y la leal competencia se introducen en materia de contratos con los consumidores, diversas modificaciones destinadas a regular aspectos esenciales de las relaciones jurídico privadas con los consumidores.

La segunda norma, objeto primordial de este estudio, pone de manifiesto, en el primer párrafo del primer artículo del TRDCU, su vinculación directa con la Constitución Española tratando de señalar la relación que la protección de los consumidores y usuarios tiene con otros principios constitucionales. Para ello alega, explícitamente, el doble significado del artículo 51 de la Constitución; como mandato para el legislador, por una parte, y en otro aspecto, como principio informador del ordenamiento jurídico, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53.3 del mismo texto legal<sup>232</sup>.

Con ello, el Gobierno cumplimentaba la Disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>233</sup>, que le habilitaba para proceder a dicha refundición en el plazo de 12 meses. Partiendo de esta premisa, el TRDCU se estructura en Cuatro Libros. El primero de ellos, dedicado a Disposiciones Generales, donde se incluye el ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios, con un especial desarrollo en el Título II del derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios.

A continuación, el Título III se centra en la Cooperación institucional, para proceder a acometer, en los dos últimos Títulos, la Potestad Sancionadora y los Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios. El Libro Segundo se centra en los contratos con los consumidores y usuarios, condiciones generales y cláusulas abusivas, contratos celebrados a distancia, contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales y garantías y servicios posventa. El Libro Tercero está dedicado a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos; finalizando con el Libro Cuarto, con la regulación de los viajes combinados.

Centrándonos en la parte que nos interesa, el Libro III al regular la “responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos” deroga, por proceder a su refundición, entre otras, la Ley 26/1984, de

<sup>232</sup> Vid. BOTANA GARCÍA, G. “El nuevo texto refundido de Consumidores y Usuarios” en *@Diario La Ley*, N° 6990, de 16 de julio de 2008.

<sup>233</sup> BOE N° 312, 30-12-06. Formalmente, la norma resultante que se analiza, trae su fundamento formal en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios que habilitaba al Gobierno para elaborar un Texto Refundido con las distintas normas dictadas en los últimos años para la transposición de directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores. Dicho texto debía hacerse sobre la base de la compleja ley básica en la materia: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 1984. El plazo concedido para la labor de refundición sistemática de textos ha sido respetado en esta ocasión, (la citada Ley 44/2006 entraba en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, tal y como prevé su disposición final undécima), aunque el corto plazo del que se disponía no ha permitido que se de al texto elaborado difusión pública durante su tramitación por el Ministerio de la Presidencia, lo que hubiera permitido la contribución de distintas entidades en la conclusión de un proyecto tan ambicioso como esperado por los juristas y profesionales. Cft. PENDÓN MELÉNDEZ, M.A. “Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”, en *Derecho de los Negocios*, N.º 209, Febrero 2008, @LA LEY.

19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Este Libro se divide en tres títulos. El Título I en el que se contienen las disposiciones comunes en materia de responsabilidad por daños causados por bienes y servicios defectuosos, el Título II en el que se regula la responsabilidad civil causada por productos defectuosos, y el Título III en el que se regula la responsabilidad causada por el resto de los bienes y servicios. Así, el Texto Refundido intenta reunir en un solo texto todas las reglas sobre responsabilidad, con independencia de que los daños procedan de productos o de servicios defectuosos.

Esta iniciativa del refundidor plantea, sin embargo, no pocas dudas de interpretación, sobre todo respecto a porqué ha aprovechado para unificar la regulación de los productos y de los servicios defectuosos. Esta unificación se ha llevado a cabo mediante la extensión a los servicios de normas fundamentalmente pensadas para los productos, lo cual crea distorsiones y contradicciones importantes<sup>234</sup>. En efecto, los problemas se plantean especialmente en el ámbito de la responsabilidad por servicios, en la medida en que algunas de las normas establecidas en el TRDCU no aparecían en la Ley de 1984 derogada, por lo que cabría concluir que todo aquello en lo que la refundición sobrepase los límites de la delegación legislativa no se considerará cubierto por la misma y, en consecuencia, carecerá de valor legal.

Concretamente, nos vamos a referir al régimen de la reparación del Daño Moral. El hecho de que la normativa contenida en este Libro III del TRDCU sea compatible con la aplicación de otras normas de responsabilidad, precisamente con las reglas generales de responsabilidad contractual y extracontractual contenidas en los artículos 1101 y 1902 CC, delata la limitada cobertura de los daños al amparo del régimen de responsabilidad introducido en la norma especial, revelando así la insuficiencia de la regulación específica<sup>235</sup>.

La derogada LGDCU preveía, a partir de su artículo 25, un sistema de responsabilidades por daños a consumidores y usuarios que se traducía en la determinación de la obligación de indemnizar, impuesta de modo objetivo, por el consumo de bienes o utilización de productos o servicios<sup>236</sup>.

Éste es el sistema que ha quedado integrado en el TRDCU. Así, el artículo 25 LGDCU imponía, con carácter general, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios al consumidor, salvo culpa exclusiva de la víctima o de las personas de las que deba responder civilmente. Este artículo, que a primera vista parece consagrar un principio rígido de responsabilidad objetiva, no es sino una obligación relativamente objetiva, puesto que exige tener en cuenta los matices que se derivaban de los artículos 26 y 27 del mismo texto<sup>237</sup>.

<sup>234</sup> Denuncian sin tapujos los excesos de la refundición legislativa de consumo, que excede con creces la función encomendada al introducir auténticas modificaciones legislativas en MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J., “¿Refundir o Legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la LGDCU”, en *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2008, pp. 79-111. Analizan también los cambios de sistemática o redacción introducidos en el TRDCU: CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 1, 2008, p. 45; AMAT LLOMBART, P. “El régimen jurídico de la responsabilidad civil por bienes o productos defectuosos en la Ley de defensa de los consumidores y usuarios de 2007” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 797, 2010, pp. 8-12; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. “Daños causados por productos defectuosos” en *@Cuadernos de Aranzadi Civil*, Nº 32, 2008; GARCÍA GARCÍA, L. “La reparación del daño causado por productos” en *Derechos de los consumidores y usuarios*, LEÓN ARCE, A. y GARCÍA GARCÍA, L. (coord.), Tirant lo blanch, II, Valencia, 2007, 1384-1475; GONZÁLEZ POVEDA, P. “La responsabilidad del fabricante frente a terceros” en *Tratado de responsabilidad civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., I, Bosh, Barcelona, 2008, pp. 830-887.

<sup>235</sup> Vid. PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011, pp. 11-13.

<sup>236</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. “Fundamento de la responsabilidad civil” en *Tratado de responsabilidad civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., I, Bosh, Barcelona, 2008, pp. 125-161; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho civil*, II, Dijusa, Madrid, 2008, pp. 738-740; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, II, 9<sup>a</sup> Ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 581-585. Cft. ZURITA MARTÍN, I. “La armonización de la normativa reguladora de la responsabilidad civil por los daños causados por productos y servicios defectuosos efectuada por la nueva Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” en *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 66, 2008, pp. 8-34.

<sup>237</sup> Así lo entendió el TS, cuando en sentencia de 25 de junio de 1996 (RJ 1996/4853) determinó que: “Una interpretación racional y lógica del artículo 25 de la Ley 26/1948, especialmente si se lleva a cabo en concordancia con los artículos siguientes, no autoriza a entender de modo incondicional que la Ley establezca un inflexible sistema de responsabilidad objetiva, pues, en primer lugar, el mentado precepto introduce como factor correctivo el de la culpa exclusiva del consumidor o usuario, lo que ya presupone de por sí que en cada caso concreto//

Por tanto, el ámbito de protección de los anteriores artículos 25 a 28 LGDCU era bastante amplio, afirmándose por doctrina autorizada que, en relación con el daño indemnizable “no existe excepción alguna: cubre todos los daños y perjuicios, incluso los propios del bien o servicio consumido o utilizado”<sup>238</sup>; o bien que “cabén todos los daños que el consumo o uso le ocasione al consumidor o usuario, daños corporales, materiales y morales, y tanto emergente como lucro cesante”<sup>239</sup>.

En esta misma línea, el artículo 128 TRDCU establece ahora que “todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios”; completando el contenido el párrafo segundo con la siguiente aclaración “Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.

A continuación, el artículo 129.1 TRDCU, bajo la rúbrica “Ámbito de protección”, dispone: “El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”.

Estos dos preceptos se encuentran ente las Disposiciones comunes en materia de responsabilidad: para los productos y los servicios defectuosos. Así pues, el artículo 128 TRDCU regula el ámbito subjetivo de protección, incluyendo los daños morales entre los derechos que corresponden al perjudicado por aplicación de las normas generales de responsabilidad civil contractual o extracontractual del Código Civil. Y, por su parte, el artículo 129 TRDCU, dedicado al ámbito objetivo de protección, establece un régimen de responsabilidad civil por daños personales y materiales (patrimoniales no personales) que no menciona los daños morales. Es aquí donde se plantean los problemas de interpretación que analizaremos con detalle más adelante.

## I. EL Daño Moral COMO DAÑO INDEMNIZABLE EN EL TRDCU

### 1. INTRODUCCIÓN: BREVES ORÍGENES DEL Daño Moral EN ESPAÑA

La elaboración doctrinal de la indemnización de los daños morales ha tenido su fuente primordial en la responsabilidad extracontractual, ya derivase ésta de la comisión de un ilícito civil o de un ilícito penal<sup>240</sup>. Desde el punto de vista de la estricta normativa jurídico-privada, la teoría del Daño Moral se enmarcó, pues, en el contenido del artículo 1902 CC, a cuyo tenor: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

En la jurisprudencia española el resarcimiento del Daño Moral en la responsabilidad civil extracontractual fue reconocido, por primera vez, en una STS de 6 de diciembre de 1912, en relación a un supuesto de vulneración del derecho al honor de una persona. Resumiendo brevemente los hechos, se

---

///deba realizarse una estimación comparativa entre las posibles conductas o actividades que concurren en la producción y la utilización de los bienes, y, en segundo término, el artículo 26 en relación con la responsabilidad de los productores y suministradores, introduce como dato a tener en cuenta «los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad», que necesariamente comporta el análisis de un reproche culpabilístico, y el 27.2 alude a una «participación en la causación de los daños» en punto al derecho de repetición de los otros responsables, que comporta, asimismo, analizar el grado del reproche culpable”.

<sup>238</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ, R. y SALAS, J., Civitas, Madrid, 1992, p. 685.

<sup>239</sup> RUIZ MUÑOZ, M., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coord.), McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 541.

<sup>240</sup> Vid. GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por Daño Moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch. Barcelona, 1990, pp. 25 y ss.



publicó en un periódico de gran difusión en aquella época una noticia falsa en la que se identificaba a una joven, de la que se decía que se había fugado del hogar paterno para escapar con un fraile.

Aunque pocos días después el periódico rectificó, reconociendo la falsedad de la noticia publicada, la lesión al honor y la fama de la demandante ya se había consumado, por lo que la indemnización por Daño Moral prosperó. No obstante, la sentencia, absorta en el tema del Daño Moral, no explicaba hasta qué punto el daño al honor de la demandante era imputable a culpa o negligencia de los demandados, empresario y director del periódico, que parece se limitaron a introducir en éste la noticia telegráficamente recibida<sup>241</sup>.

Dicha sentencia de 1912 introduce en nuestro ordenamiento jurídico, sin duda, la indemnización del Daño Moral. Es la primera resolución que de modo abierto se manifiesta en España a favor de la existencia jurídica de los daños morales, aplicándoles el régimen de la indemnización propia del instituto de la responsabilidad civil y aludiendo en su fundamento justificador a los principios preexistentes en el Derecho español<sup>242</sup>.

La indemnización por Daño Moral se extendió pronto de mano de la jurisprudencia española, aunque no sin vacilaciones, a los casos de muerte y lesiones corporales. Así, en la STS de 17 de febrero de 1956 se admite un resarcimiento por Daño Moral a los padres de una joven de quince años fallecida por ahogamiento como consecuencia de una defectuosa maniobra de atraque de una embarcación en el muelle. En aquella sentencia se definía el Daño Moral como “el dolor psicológico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima, aunque compensable crematísticamente (*pecunia doloris*), en la forma prudencial en que puede serlo”.

A mayor abundamiento, en los años posteriores la indemnización del Daño Moral ha ido extendiéndose progresivamente del ámbito inicial en sede extracontractual a otros ámbitos de aplicación. Así, se han sumado a los casos iniciales de vulneración del honor y la fama, y a los posteriores de muerte y lesiones, indemnizaciones del Daño Moral por incumplimientos contractuales, unas veces en supuestos en que tales incumplimientos contractuales determinaban lesiones (como en supuestos de responsabilidad médica) para extenderse, finalmente, a otros en que la puesta en juego, en materia contractual, de bienes y derechos de la personalidad no resulta tan clara<sup>243</sup>.

Por tanto, la jurisprudencia española, tras un período de tiempo en que sólo tomaba en consideración la realidad del Daño Moral extracontractualmente, comenzó a asumir la realidad del Daño Moral también en sede contractual. En este sentido, la STS de 9 de mayo de 1984<sup>244</sup> se considera un auténtico hito en la materia al precisar que la idea del incumplimiento constituye *per se* un perjuicio o un daño que se traduce en la frustración del interés material o moral del acreedor que no ha de quedar impune; afirmando que la producción, existencia y realidad de los daños inmateriales es, paradójicamente, más fácilmente perceptible en los casos de incumplimiento contractual. Además, dicha resolución alude al carácter relativo e impreciso del Daño Moral que “impide una exigencia judicial estricta respecto a su existencia y traducción económica o patrimonial”, lo que “exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa”<sup>245</sup>.

Respecto a la cuantificación económica del Daño Moral, según palabras de LLAMAS POMBO<sup>246</sup>, podemos afirmar que sigue constituyendo uno de los mayores misterios del derecho de daños. La medida del *id quod interest*, en el Daño Moral, carecería por definición de una referencia patrimonial

---

<sup>241</sup> Vid. DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 96 y ss.

<sup>242</sup> GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...cit.*, p. 49.

<sup>243</sup> Vid. DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños...cit.*, p. 102.

<sup>244</sup> Ref. RJ 1984/2403.

<sup>245</sup> Vid. GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...cit.*, pp. 324-331.

<sup>246</sup> “Daño Moral” en *Reflexiones sobre derecho de daños casos y opiniones*, @La Ley, Madrid, 2010.



directa o indirecta. En consecuencia, lo único que se ha podido precisar al respecto hasta ahora es que la facultad de establecer esta medida cuantitativa queda reservada a la prudente apreciación de los juzgadores de instancia, debiendo confiar pues, como único criterio valorativo de ponderación, que siempre resultará inevitablemente subjetivo y personalísimo, en el buen sentido de los mismos. Por tanto, la única referencia que durante más de un siglo hemos tenido a la hora de valorar el Daño Moral ha sido su atribución exclusiva al juzgador de instancia.

Por último, con objeto de aproximarnos al concepto de Daño Moral, no han sido pocos los intentos de nuestros tribunales para delimitar el contenido de esta noción relativa e imprecisa, a pesar de reconocer reiteradamente la dificultad que ello conlleva. Recientemente, la línea conceptual que sigue la jurisprudencia<sup>247</sup> atiende a un concepto que incluye toda la gama de sufrimientos y dolores físicos y psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho dañoso, especificándose como tales aquellos derivados de situaciones de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre de un daño próximo a la salud; ponderándose, en cualquier supuesto, el caso concreto sometido a enjuiciamiento y los efectos particulares que se han producido en la concreta persona afectada.

## 2. INCLUSIÓN DEL Daño Moral EN EL TRDCU

El estudio de la inclusión del Daño Moral en el ámbito de protección del TRDCU conlleva una serie de problemas de interpretación de la normativa objeto de refundición, como ya hemos adelantado.

El artículo 129 TRDCU, dedicado al ámbito de protección, sólo permite indemnizar los daños que expresamente menciona, es decir, daños personales y materiales (patrimoniales no personales), tanto para los daños causados por productos como para los causados por servicios. No alude, por tanto, a los daños morales entre aquéllos que cubre el régimen de responsabilidad vigente en el texto legal.

Este artículo 129 TRDCU tiene su precepto homónimo en el anterior artículo 10.2 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos<sup>248</sup> (LRDCPD o, más brevemente, LRCPD), que titulado igualmente “Ámbito de protección”, excluía los daños morales de la cobertura del régimen de responsabilidad previsto en la Ley y remitía para su resarcimiento a las reglas generales de responsabilidad civil: “Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general”.

Aunque el precepto actual no incluya explícitamente dicha remisión, como anticipábamos, el citado artículo 129 TRDCU debe ser complementado con el 128 del mismo texto legal, pues es en éste donde se siguen excluyendo los daños morales del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos.

Extendiéndose también, desafortunadamente, dicha exclusión al ámbito de la responsabilidad por servicios como consecuencia de la ubicación formal de ambos preceptos, incluidos en las Disposiciones comunes en materia de responsabilidad, Título I del Libro III.

Adentrándonos en los orígenes de esta regulación, la exclusión de los daños morales del anterior artículo 10.2 LRCPD se amparaba en la interpretación que hizo el legislador español del artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE<sup>249</sup>, que disponía: “El presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales”. Con dicha redacción el legislador comunitario dejó que

---

<sup>247</sup> Como ejemplo, por todas, las SSTs 31 Mayo 2000 (RJ 2000/5089), 22 Febrero 2001 (RJ 2001/2242) y 9 diciembre 2003 (RJ 2003/8643).

<sup>248</sup> Vigente hasta el 1 de diciembre de 2007.

<sup>249</sup> Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (D.O.U.E. serie L, núm. 210, de 7 de agosto).

cada legislador nacional decidiera si incorporaba o no el Daño Moral en el ámbito de protección de sus respectivas leyes internas de transposición. Cabe aclarar que, a nivel de normativa europea, si bien el tema de los daños morales fue objeto de discrepancias durante la tramitación de esta Directiva, hoy día no es objeto de discusión la eventual modificación de la misma<sup>250</sup>.

En este sentido, además, en la jurisprudencia comunitaria, el TJCE ha recalcado que en cuanto al Daño Moral su reparación se rige exclusivamente por las disposiciones del Derecho nacional, que pueden cubrirlo o no<sup>251</sup>.

En España, un sector de la doctrina se mostró favorable a incluir la indemnización del Daño Moral en el ámbito de protección de la ley de transposición de la Directiva<sup>252</sup>. Sin embargo, contrariamente, el legislador español interpretó el texto comunitario en el sentido de que los Estados miembros no podían establecer que, con arreglo al régimen derivado del mismo, se indemnizaran los daños morales. No obstante, el texto comunitario solo pretendió evitar los recelos de aquellos Estados miembros en los que no suelen concederse indemnizaciones por daños morales<sup>253</sup>, caso éste que no era el nuestro.

Por tanto, finalmente, el legislador español optó por una interpretación excesivamente restrictiva del precepto comunitario, excluyendo así el Daño Moral del ámbito de la LRPD y se remitió a las reglas generales de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, para su resarcimiento.

Dicha solución adoptada por nuestro legislador resultó, cuanto menos, llamativa. Y ello, porque el Derecho español no parte de una concepción restrictiva de la resarcibilidad del Daño Moral, ni siquiera en regímenes de responsabilidad objetiva<sup>254</sup>. Así, como hemos visto, aunque con carácter general sea difícil precisar el concepto de Daño Moral, nuestra jurisprudencia no ha dudado en conceptuar como tal el atentado contra la vida y la integridad física. En la práctica, nuestros tribunales conceden indemnizaciones globales, sin especificar la cuantificación de los conceptos que se están indemnizando, pero incluyendo sin duda los no patrimoniales, morales o inmateriales<sup>255</sup>.

Pues bien, como decíamos, el artículo 129.1 TRDCU solamente establece como daños indemnizables los personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado. Y estos daños indemnizables, entre los que están excluidos los morales, lo son tanto para los daños causados por productos como para los daños causados por servicios<sup>256</sup>.

Para los daños causados por productos, aunque consideremos criticable la elección que hizo en su día el legislador español, por oponerse a la tradición del Derecho nacional que ha puesto en práctica siempre nuestra jurisprudencia, no cabe duda que esta regulación enlace con el régimen que impuso la LRCPD, objeto de refundición en el TRDCU. Es una reproducción prácticamente exacta de la interpretación que hizo el legislador en 1994 de cómo debía incorporar la Directiva 85/374/CEE al Derecho interno. Por tanto, para este tipo de daños, no se indemnizan los daños morales en base

<sup>250</sup> En la Propuesta de Directiva la Comisión abogaba por extender la aplicación de la misma al “*pretium doloris* y otros daños inmateriales”; pero el Consejo lo rechazó y fue finalmente su criterio el que se plasmó en el artículo 9 del texto definitivo.

<sup>251</sup> Vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *Daños causados por productos defectuosos (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 107.

<sup>252</sup> Vid., por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, *La adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos*, EC, Nº 12, 1988, p. 111.

<sup>253</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., *La protección del consumidor...cit.*, p. 48.

<sup>254</sup> Así, MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J., “¿Refundir o Legislar?...cit.”, p. 97.

<sup>255</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., *La protección del consumidor...cit.*, p. 48 y en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2009, p.1627.

<sup>256</sup> Sobre el régimen de responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos, vid. PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*, Universidad de Almería Ed., 2010, pp. 96-108.

al régimen de responsabilidad establecido en el TRDCU. Es necesario acudir, tal y como dicta el artículo 128.2 TRDCU, a las reglas generales de responsabilidad tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual; a cuyo amparo la jurisprudencia española concede una reparación íntegra de los daños, incluidos por supuesto los morales.

Así, para obtener una indemnización por daños morales, excluidos del régimen legal del TRDCU, la propia ley nos remite a las reglas generales de responsabilidad civil. En el ámbito contractual no se presentan mayores problemas. No así en el extracontractual; en el que en base al artículo 1902 CC (según el cual resultarán obligados quienes por su acción u omisión, culpable o negligente, causen un daño a otro) se exige prueba de la culpa para apreciar la existencia de responsabilidad. El Código Civil establece así un sistema de responsabilidad civil subjetiva o por culpa como principio general, a cuyo amparo deberá solicitarse la indemnización de los daños morales.

La consecuencia de que nos encontremos con distintas sedes normativas para que la víctima resulte resarcida de cualquier tipo de daño sufrido, es la necesidad de someter la indemnidad del perjuicio sufrido a regímenes legales de responsabilidad civil diversos en función del tipo de daño de que se trate. Así, mientras el resarcimiento de los daños personales y el de los materiales experimentados en actos de consumo privado, quedará sometido a un sistema de responsabilidad cuasi objetivo delimitado por las normas especiales en materia de responsabilidad civil por daños y servicios defectuosos del TRDCU; en cambio, la indemnización de los daños morales y de los daños materiales sufridos en actos que no puedan calificarse de consumo privado, deberá solicitarse al amparo del sistema general de responsabilidad civil subjetiva que recoge nuestro Código Civil<sup>257</sup>. Cabría preguntarse, pues, sobre qué justificación se exige un mayor grado de prueba para ser resarcido por daños morales que por daños corporales.

Llegados a este punto, al respecto del sistema de responsabilidad civil consagrado en nuestro Código, cabe hacer un breve inciso. La culpa como fundamento tradicional de la responsabilidad extracontractual ha adquirido un papel residual en esta institución, siendo sustituida progresivamente por criterios objetivos, fundamentados en conceptos como el riesgo y la equidad. Esto ha dado lugar a que el régimen general subjetivo previsto en el artículo 1902 CC pase a ostentar una categoría prácticamente excepcional, como respuesta a las exigencias de una vida moderna en la que cada vez son más los riesgos existentes<sup>258</sup>.

Esta concepción tradicional de la responsabilidad extracontractual, basada en la existencia de culpa o negligencia en la persona que provoca el hecho dañoso, ha ido evolucionando con el paso del tiempo hasta transformar el fundamento de la misma, que pasó de ser la culpa a no serlo exclusivamente. La responsabilidad ya no surge por el hecho de la culpa o falta cometida, sino por el solo daño producido que, en su mera consideración objetiva, es suficiente para dotar a la víctima de un correlativo derecho a obtener una indemnización.

Por ello, no es de extrañar que la práctica jurisprudencial tienda a considerar que, probado el daño, el defecto, y el nexo causal, es posible imputar la responsabilidad al productor, como ya ha venido haciendo la jurisprudencia al amparo del artículo 1902 CC con anterioridad a la existencia de reglas específicas en la materia. En consecuencia, dado que serán los tribunales quienes en última instancia moderen la aplicación de las normas, a pesar de los inconvenientes que pudieran derivarse de dicha disparidad normativa, sus efectos prácticos pueden considerarse más bien escasos. De esta manera, como sabemos, el régimen general de responsabilidad civil subjetiva o por culpa derivado del

<sup>257</sup> ZURITA MARTÍN, I. "La armonización de la normativa...*cit.*", p. 12; quien se pregunta si no hubiese sido deseable que todos los perjuicios sufridos por la víctima quedaran amparados bajo el ámbito protector del libro III del TRDCU.

<sup>258</sup> El principio de "ninguna responsabilidad sin culpa" satisfacía plenamente los intereses de una industria en expansión y de la clase empresarial. Sin embargo, a finales de siglo XIX, y fruto de esta revolución industrial, la idea de culpa fue sustituida por otro concepto que atendía a pautas objetivas: el de riesgo profesional. *Vid.* REGLERO CAMPOS, F. (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 55 y ss.; *Tratado de Responsabilidad civil*, Aranzadi, 2006, p. 181 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho civil*, T. II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 495 y ss.; LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho civil II*, 12ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 319-320.

artículo 1902 del Código Civil se aplicará a la luz de la doctrina jurisprudencial correctora de los efectos negativos de su aplicación, utilizando, frente a la exigencia estricta de la prueba de la culpa del agente del daño, la técnica de la inversión de la carga de la prueba, siendo el causante del daño quien tenga que probar su falta de culpa.

Esta corriente objetivadora de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil viene a hacer coincidir, prácticamente, el régimen general de responsabilidad civil extracontractual con el sistema de responsabilidad cuasi objetiva que impone el libro tercero del TRDCU<sup>259</sup>.

Ahora bien, respecto a los daños causados por servicios, sin embargo, la restricción de los daños morales prevista en el artículo 129 del TRDCU (excluidos de las reglas de responsabilidad del texto) sí supone una novedad, lo que está prohibido en un Texto Refundido. Los artículos 25 y siguientes de la LGDCU permitían al consumidor y usuario obtener la indemnización total de los daños experimentados con ocasión de la prestación del servicio cuando concurrieran los presupuestos del régimen legal. Un consumidor o usuario que sufre un daño con ocasión de la prestación defectuosa de un servicio debe ser indemnizado conforme al régimen de responsabilidad por servicios de todos los daños; sin excluirse ninguno, especialmente los daños morales.

Así, la exclusión del Daño Moral en el régimen de responsabilidad por servicios carece de apoyo legal.

En consecuencia, tal y como defiende, entre otros, PARRA LUCÁN<sup>260</sup>, para los daños causados a consumidores o usuarios por servicios, la restricción del artículo 129 del TRDCU sería nula, ya que la LGDCU no excluía ningún tipo de daño de su ámbito de aplicación. En este sentido, la previsión del TRDCU debería considerarse nula de pleno derecho porque la refundición se llevó a cabo con una evidente infracción de los límites de la delegación, excediéndose de los mismos la modificación de las reglas de responsabilidad contenidas en la LGDCU que era objeto de refundición, y en la que eran indemnizables todos los daños sufridos por los consumidores. Por lo que se refiere a los daños causados por servicios, la autora citada aboga por que los tribunales inapliquen el artículo 129 TRDCU, puesto que en el régimen de la LGDCU no se excluía la indemnización de ningún daño.

Sin embargo, no es opinión unánime. Contrariamente, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ<sup>261</sup> entienden que la falta de mención a los daños morales del actual artículo 129 TRDCU sólo puede interpretarse en el sentido de incluir la indemnización del Daño Moral dentro de dicha normativa, en coherencia con el sistema tradicional de la responsabilidad civil en España.

Dicha opción interpretativa la justifican como necesaria amparándose en que defender lo contrario supondría una nueva restricción en el marco de la responsabilidad por servicios. Concluyen que cabe entender que la alusión al Daño Moral que hace el artículo 128.2 TRDCU se referiría a lo que el perjudicado puede reclamar en el marco de esos “otros derechos”, es decir, de las normas generales de responsabilidad contractual y extracontractual aplicables. Además, consideran que ello constituye una obviedad, pues aunque la Ley no lo hubiera establecido expresamente resulta del propio régimen general del Derecho español.

En contra, CAVANILLAS MÚGICA<sup>262</sup>, quien considera que el rango de “disposición común” que tiene el artículo 129.1 TRDCU supone una limitación de los daños cubiertos previamente por la LGDCU; pues el artículo 129.1 TRDCU, en combinación con lo dispuesto en el artículo 128.2 TRDCU sobre

---

<sup>259</sup> ZURITA MARTÍN, I. “La armonización de la normativa...cit., p. 12.

<sup>260</sup> Así en *Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en *Práctica derecho daños*, N° 69, @La Ley, 2009; en *Comentario del Texto Refundido...cit.*, pp. 1616 y ss; y en *La protección del consumidor...cit.*, p. 50.

<sup>261</sup> “¿Refundir o Legislar?...cit., pp. 98-99.

<sup>262</sup> “El Real Decreto Legislativo 1/2007,...cit., pp. 15 y ss.

daños morales, mantiene la aparente, por más que extraña, exclusión de este tipo de daños. El autor hace una dura crítica al afirmar: “Personalmente, no comparto la decisión de extender esta limitación al campo anteriormente cubierto por la LGDCU porque constituía una particularidad de la LRCDPCD, debida a su origen en una Directiva comunitaria, que no procedía extender -en concepto de refundición, se entiende- más allá de los límites de la LRCDPCD”.

En este sentido, GUTIÉRREZ SANTIAGO<sup>263</sup> concluye que, a la vista del actual artículo 128.2 TR, continuará habiendo en nuestra doctrina quienes aduzcan poderosas razones que inviten a no mantener, *de lege ferenda*, la exclusión de los daños morales del ámbito de cobertura de la responsabilidad civil por productos defectuosos; e incluso es posible que algunos autores sigan empeñados en interpretar, *de lege data*, que tanto el perjuicio de afecto y el *pretium doloris*, como por ejemplo, el perjuicio estético o el perjuicio de agrado, pueden entrar sin violencia en la esfera de protección de dicho régimen de responsabilidad<sup>264</sup>. Pero lo que parece más que probable es que, en la práctica, nuestros tribunales, a través de la técnica judicial de la valoración y cuantificación “en globo” de los daños, también con el TRDCU, como ya hicieron en su día con la LGDCU y la LRCPD, sigan concediendo indemnizaciones por todos los daños ocasionados, incluidos los morales, al amparo de dicha normativa. Así pues, en el futuro se prevé que la jurisprudencia seguirá acudiendo a esa fórmula de fijar unitariamente a tanto alzado el importe total de la indemnización por la muerte o lesiones causadas por un producto defectuoso, como expediente o subterfugio, para dulcificar (o mejor burlar) la exclusión legal de los daños morales que, se esté o no de acuerdo con ella, hoy impone el artículo 128.2 TRDCU dentro del manto de protección específico de la responsabilidad por productos (y otros bienes y servicios) defectuosos.

Tendremos la oportunidad de comprobarlo en el epígrafe siguiente, donde analizaremos con más detenimiento distintas resoluciones en las que los tribunales aprecian la existencia del Daño Moral al amparo de la legislación específica existente, sin remitirse, para conceder la indemnización, a las acciones generales de responsabilidad civil correspondientes.

No obstante el panorama actual de la práctica jurisprudencial nos asegure la reparación del Daño Moral al amparo de la normativa específica en materia de consumidores, no podemos dejar de abogar, en aras de una mayor coherencia legislativa y una continuidad con la tradición jurisprudencial española, una modificación de la exclusión de los daños morales del ámbito específico de protección a los consumidores. Así, no consideramos que la solución a la discrepancia entre el texto legal y la aplicación judicial del mismo pase por que los jueces modifiquen su línea jurisprudencial y apliquen la literalidad normativa, remitiéndose en consecuencia a la regulación general en materia de responsabilidad civil para reparar el Daño Moral. Y ello, porque dada la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual que la propia jurisprudencia está llevando a cabo, se llegaría al mismo término. Creemos, por tanto, que la enmienda debería llevarse a cabo mediante una nueva ley que incluyese al fin los daños morales en su propio régimen de responsabilidad específico.

## II. ÁMBITOS CONCRETOS DE APRECIACIÓN DEL Daño Moral: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

### 1. BIENES Y SERVICIOS DEFECTUOSOS

Tradicionalmente, la exclusión del Daño Moral ha constituido una solución extraña a nuestro ordenamiento jurídico, por lo que nuestros tribunales han intentado vencer las dificultades que se derivan de esta restricción, y como acabamos de señalar, prevemos seguirán haciéndolo al amparo del TRDCU. En este sentido, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ<sup>265</sup> han estudiado dos vías mediante las cuales la

<sup>263</sup> *Daños causados por...cit.*, pp. 101 y 107-108.

<sup>264</sup> Así, como ya hemos visto, destacan MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J., “¿Refundir o Legislar?...cit.”, pp. 96-99.

<sup>265</sup> “¿Refundir o Legislar?...cit.”, pp. 97-98.



jurisprudencia española ha llevado a cabo esta “burla” a la normativa en *pro* de la indemnización del Daño Moral.

La primera de ellas ha consistido en invocar la Ley 22/1994 (LRCPD) y, a pesar de ello, indemnizar indistintamente tanto los daños patrimoniales como los morales, lo que supone un flagrante incumplimiento de su artículo 10.2. En consecuencia, nuestros tribunales se han servido de la técnica consistente en fijar unitariamente a tanto alzado el importe total de la indemnización por la muerte o lesiones causadas por un producto defectuoso, prescindiendo de desglosar independiente y separadamente qué cuantías concretas se adjudican en concepto de daños patrimoniales y cuáles en concepto de daños morales. Y ello, como adelantábamos, para dar cabida de forma encubierta a la reparación del Daño Moral en el seno de pleitos de responsabilidad civil por productos resueltos conforme a la antigua LRCPD, cuando dicha reparación quebrantaba lo prescrito por el artículo 10.2 de la misma, que remitía a las acciones generales de responsabilidad civil para la indemnización de los daños morales; al igual que hace actualmente el artículo 128.2 TRDCU.

Así, como ejemplo, la SAP de Granada de 12 de febrero 2000<sup>266</sup>, sobre las lesiones causadas a una niña en el ojo al saltarle le forma violenta el tapón de una botella de Coca-Cola cuando intentaba abrirla. La Audiencia, aplicando la Ley 22/1994, tras considerar probado el defecto y el daño producido, y reconocer “la soberanía del Tribunal de la Instancia a los fines de fijar o determinar el «quantum» de la indemnización”, concede una indemnización global en “la que integran los daños corporales, secuelas y daños morales”. La sentencia recuerda, además, respecto al Daño Moral “su imposible traducción a una realidad económica o patrimonial, con el objetivo de lograr unos efectos plenamente reparadores (en este caso la menor ha quedado sin visión en el ojo afectado por la lesión). Se añade que esa relatividad exige una aproximación pragmática al caso concreto, para dar solución a la finalidad social que el Derecho tiene que conseguir y cumplir, a tenor del precepto (...) «alterum non laedere»”.

De manera especialmente “retadora” frente a la exclusión de los daños morales del ámbito de cobertura del régimen específico de responsabilidad por productos defectuosos, la SAP Madrid de 26 de abril 2001<sup>267</sup>, relativa a una indemnización por daños y perjuicios derivada de una intoxicación por beber de una botella de refresco. La sentencia de instancia concede una indemnización global atendiendo al sistema de responsabilidad cuasiobjetiva de la Ley 22/1994. Y la Audiencia, aclarando que este tipo de indemnizaciones no se rigen por ningún baremo, quedando a la determinación del juzgador, argumenta que “lo mismo ocurre con el concepto de daños morales concepto etéreo que debe ser fijado por el juzgador teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso”; concluyendo que considera acertada la valoración realizada por el juzgador a pesar, sorprendentemente, de que “en el caso de autos dado que no se ha probado de manera específica los ingresos que esta señora haya dejado de percibir o gastos concretos de hospitalización, ni conocemos su capacidad económica, etc.”.

Otros ejemplos los encontramos en las SSAAPP de Barcelona de 25 de abril 2003, que concede, al amparo de la Ley 22/1994, una indemnización por daños materiales y morales ocasionados a los familiares del fallecido por intoxicación tras ingerir una cerveza en mal estado; Asturias de 5 de abril 2005<sup>268</sup>, nuevamente respecto a una intoxicación, concede una indemnización por daños corporales y secuelas, “incluyendo el Daño Moral dentro de la cuantificación de las secuelas”; Barcelona de 1 de diciembre 2006<sup>269</sup>, en la que se analiza expresamente la indemnización que se concede por los daños morales ocasionados al ingerir un medicamento, justificándola en los efectos de naturaleza clínica, psíquica y terapéutica que se han derivado, al amparo siempre de la LGDCU y la Ley 22/1994; Madrid 10 de febrero 2009<sup>270</sup>, igualmente daños morales reconocidos por las secuelas derivadas de la ingesta

---

<sup>266</sup> AC 2000/851.

<sup>267</sup> JUR 2001/189566.

<sup>268</sup> AC 2005/841.

<sup>269</sup> JUR 2007/194392.

<sup>270</sup> AC 2009/889.



de un medicamento; Málaga de 24 de julio 2003<sup>271</sup>, en el mismo sentido; y las de Asturias de 28 de mayo 2008<sup>272</sup>, que concede una reparación por el Daño Moral sufrido, a consecuencia de las molestias derivadas de los defectos de un vehículo, al amparo del artículo 28 de LGDCU “como perjuicios sufridos en el normal uso de un bien de consumo”; y de 13 de noviembre 2007<sup>273</sup>, sobre la reparación de un vehículo tras su compra.

Destaca, de la jurisprudencia menor, una SJPII de 22 de marzo 2011<sup>274</sup>, que reconociendo que la acción para pedir la responsabilidad habría de enmarcarse en lo recogido en el TRDCU pero siendo aplicable por la fecha de los hechos la Ley 22/1994, concede una indemnización, únicamente en concepto de daños morales, por los perjuicios causados a consecuencia de haber consumido frutos secos de una lata donde se halló un ratón muerto.

A mayor abundamiento, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ explican que, en ocasiones, con apoyo de la jurisprudencia menor, la indemnización del Daño Moral se cuantifica utilizando los criterios establecidos en los baremos de la Ley 30/1995 sobre daños causados por accidentes de vehículos a motor<sup>275</sup> que, para cuantificar el daño corporal, mezclan tanto las lesiones estrictamente psico-físicas como el Daño Moral. Esta tendencia judicial, consistente en aplicar en la esfera de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos el sistema legal valorativo establecido en el baremo de daños personales derivados de la circulación de vehículos a motor, previsiblemente irá en aumento<sup>276</sup>. Como ejemplo, la STS de 24 de noviembre 2006<sup>277</sup>, que reconoce, en un supuesto de muerte por explosión de gas, la aplicación analógica del baremo en las cantidades previstas para “Indemnizaciones básicas por muerte”, incluidos los daños morales.

No obstante, algunas sentencias aclaran que dicho baremo sólo es vinculante y directamente aplicable en el ámbito específico de los accidentes de tráfico, y se muestran reacias a aplicarlo en el campo de los daños por productos. Así, la SAP de Vizcaya de 16 de diciembre 2002<sup>278</sup>, al respecto de unas graves quemaduras sufridas por las hijas de los actores ocasionadas por la acción de un detergente que les cayó encima. La Audiencia señala que “el Baremo establecido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los Seguros privados no es de aplicación obligatoria en este tipo de procedimientos, por no tratarse de un resultado dañoso derivado de un accidente de circulación”, y además, en todo caso, “el Baremo no es vinculante para el Tribunal”. Por ello, consideró que las cantidades reclamadas en concepto de indemnización no podían considerarse excesivas, vista la gravedad de los daños y el “perjuicio estético que les resta a las niñas”. Otras tienen en cuenta el carácter orientativo del baremo y su utilidad práctica para cuantificar los daños personales de origen distinto, como la SAP de Asturias de 21 de marzo 2001<sup>279</sup>, que pese a reconocer que “al supuesto analizado no le es aplicable el baremo establecido en la Ley de Ordenación del Seguro, sin desconocer su indudable valor orientativo”, finalmente lo tiene en cuenta para establecer la cuantía indemnizatoria por las secuelas que quedaron en la mano del perjudicado, a causa de un accidente provocado por un gato elevador de automóvil defectuoso.

---

<sup>271</sup> AC 2003/1464.

<sup>272</sup> JUR 2008/330316.

<sup>273</sup> JUR 2008/66579. Al respecto de la apreciación del Daño Moral en este caso, destaca la aclaración del tribunal en el sentido de que “nada se acreditó sobre un padecimiento específico o ansiedad anímica que pudiese dar pie a entender la existencia de una Daño Moral, sin que la mera incertidumbre de quedar o no correctamente reparado el automóvil pueda entenderse integrada en tal concepto”.

<sup>274</sup> JUR 2011/52738.

<sup>275</sup> En la actualidad esta normativa está vigente en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE número 267 de 5/11/2004).

<sup>276</sup> Así, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *Daños causados por...cit.*, pp. 108-109 y en *Responsabilidad civil por productos defectuosos: cuestiones prácticas*, Comares, 2006, pp. 180-186.

<sup>277</sup> RJ 2006/8136.

<sup>278</sup> AC 2003/822.

<sup>279</sup> AC 2001/637.

La segunda vía utilizada por la jurisprudencia consiste en que, consciente de la limitación que el anterior artículo 10.2 LRCPD establecía en materia de Daño Moral, concede la indemnización de todos los daños causados, incluidos los morales, invocando para ello la aplicación de la “legislación civil general”, como efectivamente reza en la legislación, pero sin profundizar ni valorar si en el caso concreto concurren los requisitos necesarios para aplicar dichas reglas generales de responsabilidad (básicamente, la culpa exigida por el artículo 1902 CC). En una línea parecida se colocan aquellas sentencias que consideran que la prueba de los requisitos del artículo 5 LRCPD (la prueba del defecto y de la relación de causalidad) lleva implícita la prueba de los presupuestos de responsabilidad del artículo 1902 CC.

Como ejemplo, destaca la STS de 5 de octubre 1999<sup>280</sup>, respecto a la responsabilidad por un producto farmacéutico contaminado por hepatitis C, donde se consideran aplicables tanto la LGDCU como la LRCPD como legislación especial, pero con fundamento en el artículo 1902 CC, concediéndose una cuantiosa indemnización por daños morales independientemente de la otorgada por los daños personales. La sentencia considera que, una vez acreditado el nexo causal entre la actuación de la sociedad demandada y el daño personal y moral que sufre el demandante, es aplicable el régimen de responsabilidad objetiva impuesto en la legislación especial, “siendo intrascendente jurídicamente el elemento de la culpabilidad en esta responsabilidad objetiva”.

En este sentido, también es destacable la SAP Santa Cruz de Tenerife de 19 de abril 2002<sup>281</sup>, relativa a los daños ocasionados a un consumidor que sufrió cortes en la lengua provocados por un cristal alojado en el interior de la botella de cerveza que ingería. La sentencia establece como normativa aplicable la LRCPD y la LGDCU, pero a la hora de valorar la indemnización global por daños materiales y morales, esta vez sí se hace eco de que “el art. 10 de la Ley 22/1994 señala que el régimen de responsabilidad civil previsto en ella comprende los supuestos de muerte, las lesiones corporales, y los daños causados, determinando en su art. 2 que los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general”. En base a ello, la justificación de la indemnización concedida por todos los daños causados se fundamenta en los argumentos esgrimidos por la actora, es decir, probado el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos que exige el artículo 5 LRCPD.

Llegados a este punto, es de obligada mención, por su reciente trascendencia y su repercusión en el ámbito objeto de estudio, un supuesto de indemnización por Daño Moral ocasionado por la explantación de prótesis mamarias. Lo encontramos en la STS de 9 de diciembre 2010<sup>282</sup>, cuyo supuesto de hecho versa sobre un grupo de mujeres a las que tuvieron que retirar unos implantes mamarios, sometiéndolas así a una nueva operación quirúrgica, como consecuencia de la recomendación formulada por las autoridades sanitarias, concretamente el Ministerio de Sanidad y Consumo, ante el posible riesgo de genotoxicidad que presentaba el material de relleno de dichas prótesis, fabricado con aceite de soja. Es decir, no se decide retirar los materiales previamente implantados porque se haya presentado alguna complicación o efecto secundario más o menos nocivo derivado del carácter defectuoso del producto empleado, sino por el anuncio de las autoridades sanitarias de la posibilidad de riesgo.

Por tanto, nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos pero deberemos tener en cuenta para el estudio del caso, igualmente, la obligación que impone el artículo 13 TRDCU, enmarcado en el Capítulo destinado a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores y según el cual cualquier empresario que intervenga en la puesta a disposición de bienes y servicios a los consumidores y usuarios tiene la obligación, dentro de los límites de su actividad

---

<sup>280</sup> RJ 1999/7853.

<sup>281</sup> AC 2002/898. Al respecto de esta sentencia, *vid.* BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F. “La responsabilidad del fabricante por los daños causados por los productos defectuosos” en *Grandes Tratados*, @Aranzadi (BIB 2011/5587).

<sup>282</sup> RJ 2011/1408.

respectiva, de “retirar, suspender o recuperar de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, cualquier bien o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas”.

Pues bien, la condena y la apreciación de existencia de responsabilidad civil por Daño Moral se basan, según la sentencia, en la concurrencia de una negligencia por parte de la compañía fabricante de las prótesis, consistente en haberlas fabricado y comercializado sin practicar previamente todos los análisis y estudios precisos para garantizar su seguridad. Se deduce la existencia de negligencia del hecho de que el Ministerio de Sanidad y Consumo dictase resolución en la que pusiera de manifiesto que, no obstante darse la circunstancia de que las prótesis mamarias se ajustaban a la normativa vigente en el momento en que comenzó su comercialización, no se habían verificado todos los exámenes, estudios y pruebas previas que el producto requería para su comercialización. La sentencia argumenta, en base a los artículos 3, 5 y 6 de la LRCPD, que el “defecto de seguridad es, en suma, no solamente aquel que se concreta en la existencia de riesgos derivados de la toxicidad o peligrosidad, sino también el que consiste en la ausencia de las comprobaciones necesarias para excluir dichos riesgos, pues esta ausencia constituye, por sí misma, un riesgo”. En consecuencia, se concluye el carácter defectuoso del producto implantado, pues “el hecho de que no se demostrase de manera definitiva la toxicidad del producto no obsta a su carácter defectuoso, pues, como queda dicho, producto defectuoso no es solamente el tóxico o peligroso, sino también aquel que se pone en circulación sin las comprobaciones suficientes para excluir la existencia de dicha toxicidad o peligrosidad”.

En lo que nos interesa, lo más trascendente de esta resolución es que se consideran inaplicables tanto la LGDCU como la LRCPD. La primera, porque como sabemos la aplicación de sus artículos 25 a 28 (los dedicados a la responsabilidad frente a los consumidores) está vedada a los daños causados por productos defectuosos, y las prótesis mamarias lo eran, sin duda, por los argumentos que acabamos de esgrimir. Y esta última, por la falta de “muerte o lesiones corporales”, única naturaleza de daños cubiertos por su ámbito de aplicación<sup>283</sup>.

Se establece así como normativa aplicable al caso el artículo 1902 CC, debiendo quedar por tanto acreditados los requisitos que el mismo establece para la imputación de la responsabilidad civil por Daño Moral.

Ello es así porque el único daño invocado y apreciado en la sentencia es de naturaleza moral, dado que las actoras no habían realizado desembolso alguno como consecuencia de la explantación e implantación de nuevas prótesis, cuyos gastos ya había asumido la empresa luego condenada. Ese Daño Moral se deriva, según la argumentación judicial, del hecho de que las actoras hubieran de someterse a una segunda operación quirúrgica, desarrollada con anestesia total y tuvieran que permanecer hospitalizadas algunos días, lo cual provoca en cualquier persona una clara ansiedad por la

<sup>283</sup> Esta argumentación se razona ampliamente en la SAP de Guipúzcoa de 26 de junio de 2006 (JUR 2006/2204), en la que la actora es una de las perjudicadas por la explantación de prótesis mamarias del caso comentado. En su Fundamento de Derecho Quinto determina que “el art. 1.902 del Código Civil, precepto este que aplicación en este caso que nos ocupa, dado que no es aplicable lo establecido en la Ley 26/1.984, de 19 de Julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en la Ley 22/1.994, de 6 de Julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, en atención a lo dispuesto en su articulado, y más concretamente a lo establecido en la Disposición Final Primera de esta última norma, la cual determina que los artículos 25 a 28 de la primeramente citada “no son de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la Presente Ley”, artículo en el que sin duda alguna han de estimarse incluidas las prótesis mamarias, dado que el mismo dispone que “A los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble. También se considerarán productos el gas y la electricidad”; “Pero, no sólo no son de aplicación dichos preceptos, sino que además ha de tenerse en cuenta en igual forma que el articulado de la Ley 22/1.994, de 6 de Julio, de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos, tampoco resulta aplicable en este caso, pues, aun cuando la misma permite determinar que las prótesis son un producto sanitario, que tiene perfecta cabida en ella, tan sólo pueden encuadrarse en su ámbito de protección aquellos supuestos de muerte o de lesiones corporales, de conformidad con lo determinado en su art. 10”. Termina añadiendo que “por lo que en este caso que nos ocupa, y en relación al resarcimiento que se pretende por parte de D<sup>a</sup>. Lina de los daños que la misma alega que le han sido ocasionados como consecuencia de la actuación negligente de la demandada AEI, Inc., y que a continuación serán objeto de examen, no es la mencionada Ley aplicable, en tanto que sí lo es, según lo indicado, el art. 1.902 del Código Civil, siempre y cuando, por supuesto, quede acreditada la concurrencia de esos tres requisitos que la doctrina Jurisprudencial exige para la apreciación de culpa extracontractual o Aquiliana, es decir, y además de la acción u omisión culposa o negligente a una persona atribuible, que ya ha quedado en este caso un daño sufrido por un tercero y una relación efecto entre una y otro”. Al respecto de esta sentencia, *vid.* LLAMAS POMBO, E. “Daño Moral...*cit.*”

operación en sí misma considerada y por las consecuencias que pueden derivarse de ella, y por el perjuicio que también indudablemente ha tenido que suponer para ellas el hecho de encontrarse en una situación previa de zozobra y desasosiego, ante la necesidad de tomar la decisión oportuna sobre la conveniencia o no de someterse a la operación de explantación de las prótesis, debido a las noticias aparecidas en prensa sobre las mismas y fundamentalmente a la recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo. Este último pronunciamiento quizás sea el más acertado de toda la resolución: por exitosa y ausente de complicación alguna que resultase la explantación y ulterior implantación de nuevas prótesis, el hecho mismo de someterse a una nueva intervención no deja de constituir un claro daño moral<sup>284</sup>. Así, “El Daño Moral ocasionado por las prevenciones adoptadas por las Administraciones públicas es objetivamente imputable a los fabricantes e importadores del producto, puesto que fueron medidas proporcionadas a la necesidad de comprobar la posible toxicidad de un producto que se había puesto en circulación sin una comprobación exhaustiva acerca de la ausencia de esta característica”.

Concluye la sentencia, respecto a la imputación de responsabilidad al amparo del artículo 1902 CC, con el siguiente razonamiento para cuantificar los daños morales: “Acreditado el carácter defectuoso del producto, de acuerdo con lo resuelto al examinar el recurso de casación, debe considerarse suficientemente acreditado el nexo de causalidad entre la necesidad de extracción de las prótesis por su carácter defectuoso y los daños morales sufridos por las afectadas, los cuales, ponderando los distintos grados de afectación que se ponen de manifiesto en los informes periciales presentados en la primera instancia, deben cuantificarse de la siguiente forma...”<sup>285</sup>. El Tribunal cuantifica económicamente el grado de Daño Moral sufrido por cada una de las demandantes individualmente, moderando el grado de sufrimiento padecido en función de los días de hospitalización y de impedimento para el ejercicio de sus actividades habituales, los defectos estéticos, el tratamiento médico y el estado de ansiedad que el proceso ha conllevado, además de tener en cuenta, para apreciar el Daño Moral en el grado más elevado, las limitaciones sufridas derivadas de la indicación médica de no quedarse embarazadas.

LLAMAS POMBO<sup>286</sup>, al respecto de este mismo caso, plantea los siguientes interrogantes que deja sin resolver: “Una última cuestión que no menciona la sentencia: ¿cómo conjugar toda su argumentación con el hecho de tratarse de una intervención de cirugía «satisfactiva» o no estrictamente terapéutica? La existencia de los riesgos que finalmente determinaron la explantación, ¿no debía haber formado parte de la información previa al consentimiento de la paciente? ¿Qué intervención tuvieron los profesionales que escogieron esa prótesis y no otra?”.

Pues bien, el artículo 147 TRDCU, que regula el régimen general de responsabilidad por daños causados por otros bienes y servicios, establece que “Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”. En base al mismo, podríamos defender que si el producto que se utiliza es defectuoso pero quien presta el servicio lo ha adquirido regularmente en el mercado y no ha podido descubrir con una diligencia normal el carácter defectuoso del producto no es responsable con arreglo al artículo 147 del TRDCU. Por tanto, la responsabilidad seguiría siendo exclusiva del productor.

Pero, ¿Y si se trata de uno de los servicios sometidos al régimen especial de responsabilidad del artículo 148 TRDCU, que prescinde de la culpa, y el daño se ocasiona precisamente porque se utiliza un producto defectuoso sin que el prestador del servicio hubiera podido percatarse de

---

<sup>284</sup> LLAMAS POMBO, E. “Daño Moral...*cit.*”

<sup>285</sup> *Vid.* Fundamento de Derecho Séptimo, apartado C.

<sup>286</sup> “Daño Moral...*cit.*”

<sup>287</sup> *Vid.* PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., *Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos...cit.*

ello?<sup>287</sup>. Efectivamente, los servicios sanitarios se encuentran incluidos en dicho régimen especial de responsabilidad objetiva que impone el artículo 148 TRDCU para determinados servicios. Sin embargo, no consideramos sostenible que los médicos que llevaron a cabo la implantación de las prótesis, presumiendo una correcta praxis conforme a la *lex artis ad hoc*, pudiesen ser considerados responsables al amparo de dicho precepto, pues, como veremos a continuación, su responsabilidad se derivaría en todo caso de aspectos puramente funcionales del servicio sanitario, nunca por daños imputables a los actos del médico; que no obstante en este caso habrían prestado el servicio adecuadamente, derivándose la responsabilidad moral del puro carácter defectuoso del producto.

## 2. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DAÑOS MORALES OCASIONADOS POR LA DEFICIENTE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS

Como anticipábamos, el artículo 148 TRDCU, cuyo homónimo era el artículo 28 LGDCU, introduce un sistema de responsabilidad especial para los daños causados por algunos servicios, concretamente aquellos que incluyan la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad. Este régimen especial de responsabilidad, que no se basa en la culpa pues el prestador del servicio responde de los daños sufridos por el usuario siempre que éste haya hecho un uso correcto del servicio, es aplicable a aquellos servicios que “por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario”. Nos encontramos, por tanto, ante un sistema de responsabilidad objetiva, en el que se incluyen, en primer lugar, los servicios sanitarios.

Por su propia naturaleza, el contenido de la actividad desplegada por los médicos o el personal que presta directamente la asistencia sanitaria se define, en términos de la diligencia, en la realización de la prestación, lo que excluiría la aplicación de la responsabilidad objetiva del artículo 148 TRDCU<sup>288</sup>. Así, y sin ánimo de profundizar respecto al complejo ámbito de la responsabilidad médica pues excedería con creces el objeto de este estudio, ésta sólo puede apreciarse cuando exista culpa o negligencia por parte del facultativo, derivada del sistema general de responsabilidad subjetiva que impone el artículo 1902 CC.

En puridad, ha sido la práctica jurisprudencial la que ha configurado los términos en los que debe interpretarse la referencia a los servicios sanitarios del artículo 28 LGDCU, equivalente al actual 148 TRDCU, señalando que dicha regla de responsabilidad objetiva no debe ser aplicada a la responsabilidad personal del profesional sanitario sino al funcionamiento del servicio.

Quedarían sometidos al régimen especial, por tanto, los aspectos funcionales de la asistencia sanitaria (la organización, la prestación del servicio) pero no la actuación de los profesionales, que quedaría sometida al régimen general<sup>289</sup>.

Así, entre otras muchas<sup>290</sup>, la STS de 4 de noviembre 2010<sup>291</sup>, sobre la responsabilidad exigida a un médico especialista por el nacimiento de una niña con una grave enfermedad sin que éste hubiese

<sup>288</sup> En este sentido, MARTÍN CASALS, M. Y SOLÉ FELIÚ, J., “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios” en *Derecho Privado de Consumo*, REYES LÓPEZ, M.J. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 211.

<sup>289</sup> Así, ZURITA MARTÍN, I. “La armonización de la normativa...cit.”, p. 20; PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., *La protección del consumidor...cit.*, pp. 261-263; *Comentario del Texto Refundido...cit.*, p. 1746-1748 y en *Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos...cit.*

<sup>290</sup> Como ejemplo, las SSTS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001/541); 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7238); 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668); 26 de abril de 2007 (RJ 2007/3176); 4 de junio (RJ 2009/3380) y 20 de noviembre 2009 (RJ 2010/138) y 3 de marzo 2010 (RJ 2010/3778).

<sup>291</sup> RJ 2010/7988.



informado durante el embarazo a la madre de la facultad de abortar. Se exige responsabilidad por los daños morales y patrimoniales derivados del nacimiento de esta niña frente al facultativo y también frente a la compañía se seguros, con la que se había celebrado un contrato de seguro de asistencia sanitaria. Pues bien, el Tribunal señala que, según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad que se deriva de los artículos 26 y 28 LGDCU (en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), “no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”. Así, respecto a la responsabilidad de la compañía aseguradora, la sentencia expresa que por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria “el asegurador se obliga no sólo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente; prestación sanitaria que resultará defraudada si la asistencia recibida resulta incorrecta y conlleva graves consecuencias dañosas morales y materiales para el paciente, derivadas de una actuación negligente del facultativo elegido por el asegurado, dando lugar a una responsabilidad contractual por parte del asegurador por incorrecto cumplimiento de las prestaciones del contrato”.

Otros ejemplos destacables los encontramos en las SSTs de 5 de enero 2007<sup>292</sup> y de 28 de noviembre de 2007<sup>293</sup>.

En esta última se reclamaba indemnización por daños físicos y morales por la concepción de un hijo con una SGA grave enfermedad congénita, tras someterse la actora a una ligadura de trompas. Al respecto, se desestima la existencia de responsabilidad por el personal sanitario pues se trata de un resultado previsible incluido tanto en el documento de consentimiento informado firmado por la mujer como en la información verbal complementaria prestada por los propios facultativos. Pero, en lo que nos interesa, la sentencia deja claro que “La expresión “servicios sanitarios” del artículo 28 no comprende la prestación individual médica o quirúrgica, e incluso, de considerarla incluida, la responsabilidad del médico no puede calificarse sin más de objetiva, pues si el apartado 2 de dicho precepto, que es el que se refiere a tales “servicios”, se pone en relación con su apartado 1, como parece obligado, siempre quedarán por identificar adecuadamente tanto la “garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación” como los “controles de calidad”, naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos, que el médico o cirujano demandado hubiera desconocido en su intervención”.

Además, el Supremo argumenta que, aparte de las dificultades de redacción que se derivan del artículo 28 LGDCU, la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva a los médicos conduciría a la consecuencia indeseable e injustificable de “acabar midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, al cuidadoso que al descuidado, en cuanto ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención”<sup>294</sup>.

A mayor abundamiento, habiendo concluido que para los daños causados a consumidores

<sup>292</sup> RJ 2007/552. Respecto a la pérdida de visión en un ojo que sufre un hombre por una infección tras una intervención quirúrgica, señala “La invocación por diversas sentencias de esta Sala de la LCU respecto de los servicios sanitarios (que debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos: STS de 5 de febrero de 2001 [RJ 2001, 541] y SSTs allí citadas) tiene un sentido análogo al que resulta de los criterios que se vienen examinando (...) El principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC ( LEG 1889, 27 ), no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurran circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario”.

<sup>293</sup> RJ 2007/8427.

<sup>294</sup> El mismo criterio es reiterado en sentencias posteriores, como las SSTSS de 11 de febrero 2011 (RJ 2011/938), de 29 de octubre 2010 (RJ 2010/7617) y de 20 de noviembre 2009 (RJ 2010/138). *Vid.*, por otra parte, la STS de 31 de enero 2003 (RJ 2003/646), que considera aplicable el artículo 28 LGDCU a la actuación de un médico.



o usuarios por servicios la exclusión de los daños morales del artículo 129 TRDCU sería nula (ya que la LGDCU no excluía ningún tipo de daño de su ámbito de aplicación), consideramos posible, consecuentemente, la reparación del Daño Moral causado por una deficiente prestación de los servicios sanitarios, al amparo del régimen de responsabilidad especial del artículo 148 TRDCU.

En este sentido, un ejemplo de responsabilidad por daños morales derivados de la prestación de los servicios sanitarios es la STS de 29 de noviembre 2002<sup>295</sup>, respecto a las secuelas posteriores a una intervención quirúrgica practicada al paciente para extraer una gasa olvidada en otra intervención anterior. Se ejercita una acción de reclamación de responsabilidad civil médica, derivada del contrato de prestación de servicios, por incumplimiento de la obligación esencial de prestar el cuidado médico correcto y adecuado. En este sentido, la sentencia señala que la “aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido proclamada por esta Sala (...) que dice «... demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss.)». Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios (...)”. Por lo que concluye que “Producido y constatado el daño... se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario” y el *quantum* de la indemnización viene referida al Daño Moral, concretándose en que una persona joven, de 34 años, sufre un resultado dañoso y desproporcionado que le lleva a una incapacidad absoluta y permanente y a una serie de secuelas que tienen indiscutible incidencia en su vida personal y familiar.

Otro supuesto de indemnización por Daño Moral a causa del anormal funcionamiento de la Administración sanitaria lo encontramos en la STSJ de Navarra de 11 de abril 2003<sup>296</sup>, en la que se reclaman daños morales a la Administración por no prestar un adecuado servicio de asistencia ante un aviso de infarto que acabó con el fallecimiento del marido de la actora. Señala el Tribunal que tenemos, pues, un funcionamiento anormal y un resultado dañoso representado por el quebranto moral que para los próximos al enfermo supone la constatación de que no reciben en forma adecuada la asistencia que les es debida, más la duda de la trascendencia que hubiese podido tener si hubiere sido prestada en tiempo adecuado; dándose, por tanto, todos los requisitos precisos para que surja el derecho a la indemnización. La cuantificación de la indemnización ha de hacerse teniendo en cuenta, a juicio de la Sala, que lo que se indemniza no es el Daño Moral o material derivado de la muerte sino el Daño Moral derivado de la no prestación de una asistencia que no incidió en la muerte. En este caso se indemniza sólo la angustia y la frustración de la espera de una atención de tan imperiosa y pronta prestación como la del supuesto; en definitiva, el retraso en la prestación del servicio. En conclusión, la Sala, aplicando la doctrina que ha sentado en la materia el Tribunal Supremo, pone en relación la no prestación o la prestación inadecuada del servicio debido al ciudadano con la causación de un Daño Moral que es también indemnizable porque queda a los parientes la duda, la eterna duda de si el enfermo subsistiría de haberse cumplido y no vulnerado el derecho constitucionalmente reconocido a la asistencia sanitaria<sup>297</sup>.

Por otra parte, la STS de 14 de febrero 2006<sup>298</sup>, haciendo alusión a la resolución recurrida, la SAP Málaga de 6 de abril 1999 (JUR 2009\151449), señala que “cuando aparece acreditado (por prueba de hechos concretos, por inversión de la carga de la prueba o por prueba del nexo causal) que en el centro sanitario se ha producido en relación de causa a efecto un daño a la persona, la responsabilidad de la empresa titular de aquel centro es patente y así se mantiene” (...) “el Insalud (el supuesto

---

<sup>295</sup> RJ 2002/10404.

<sup>296</sup> JUR 2003/166566. Vid. BOTANA GARCÍA, G., “@Procede indemnización por Daño Moral a causa del funcionamiento anormal de la Administración sanitaria” en *Práctica de Derecho de Daños*, N° 15, Abril 2004, @La Ley.

<sup>297</sup> Vid. Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>298</sup> RJ 2006/884.

de autos el Servicio Andaluz de Salud) como empresario del centro tiene responsabilidad directa de aquel hecho no sólo por la objetivación creciente de la responsabilidad extra contractual, sino también por aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios” (artículo 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984 de 19 de julio)”. En consecuencia, en un caso de práctica a una mujer con un embarazo uterino no evolutivo de un legrado de modo incorrecto, que desencadenó una intervención posterior y la extirpación innecesaria de una trompa de Falopio, limitando ya la procreación a la inseminación artificial, se aprecia la concesión de una indemnización global por los daños sufridos, incluidos los morales, habida cuenta de la edad de la actora y las secuelas ocasionadas a la misma.

Por último, en concreto respecto a la responsabilidad por prestación de servicios derivada de la deficiente prestación del consentimiento informado por el médico y los servicios sanitarios, citamos, a modo de ejemplo, algunas resoluciones en las que se concede una indemnización por daños morales pero sin especificar la normativa en base a la cual la determinan. Claro ejemplo de ello es la SAP Sevilla de 11 de febrero 2004<sup>299</sup>, en la que se señala que “La ausencia de consentimiento informado supone, en el caso que nos ocupa, que se traslada la responsabilidad por el resultado dañoso del paciente al médico, lo que motivaría que la lesión causada por un riesgo inherente a la intervención deviene antijurídica. Así, pues, por no haber mediado esa información el paciente no tiene el deber jurídico de soportarlo. Es en estos casos en los que la jurisprudencia declara a efectos de resarcimiento el valor autónomo del consentimiento informado como bien moral cuya infracción es de suyo resarcible. Esta actuación negligente del facultativo, y solidariamente del Fremap, les hacen responsables, en principio, del Daño Moral causado por la violación del derecho de autodeterminación del Sr. Alfredo, ya que la situación de inconciencia provocada por la falta de información supone en sí misma un Daño Moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”. Tras la condena solidaria al facultativo y al centro sanitario por daños morales derivados del incumplimiento de la no prestación del consentimiento informado, se analiza la responsabilidad por daños corporales pero aquí si se especifica claramente que se condena a la Mutua Fremap por la responsabilidad objetiva derivada del anormal funcionamiento de su servicio sanitario, al amparo del artículo 28 LGDCU.

Por otra parte, la STS de 4 de octubre 2006<sup>300</sup>, respecto a las lesiones dermatológicas provocadas al actor derivadas de un implante capilar, en la que se reclaman daños morales derivados del aspecto deprimido, hostil y desconfiado, con ideas obsesivas y delirio moderado, sufridos por el paciente a resultas de la intervención. La sentencia estima una falta de información sobre los riesgos y complicaciones usuales en esta clase de intervenciones, agravada por la inserción de una campaña publicitaria engañosa capaz de inducir a error al consumidor sobre la sencillez del tratamiento y sus resultados. Teniendo en cuenta la sancionabilidad de la publicidad engañosa que preveía el artículo 8 LGDCU, e imputando la responsabilidad civil al amparo del régimen general de responsabilidad del CC, concluye que “la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes”.

Y la STS de 21 de diciembre 2005<sup>301</sup>, sobre ocultación por el centro médico de que el feto padecía “síndrome de Down” en una prueba de diagnóstico prenatal. La sentencia establece una “relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico”, señalando que “sería posible establecer una relación distinta determinante de un daño exclusivamente moral entre la actuación sanitaria y la privación a la madre de la información suficiente para permitirle afrontar esta situación desde el inicio del embarazo, lo que la sentencia de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4610) califica de «impacto psíquico». El daño, por

---

<sup>299</sup> AC 2004/419.

<sup>300</sup> RJ 2006/6428.

<sup>301</sup> RJ 2005/10149.

tanto, resulta no sólo del hecho haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial". En el mismo sentido, la STS de 8 de septiembre 2003<sup>302</sup>, según la cual la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario, desvinculado del cumplimiento adecuado del oficio técnico del cirujano, concediéndose una indemnización por daños morales derivados de las secuelas físicas permanentes y definitivas que sufrió el paciente.

### III.CONCLUSIONES

Una vez comprobada la discrepancia existente entre la regulación legal del TRDCU, que excluye los daños morales del ámbito específico de protección de los consumidores, y la praxis judicial española, que no obstante asegura al perjudicado la reparación del Daño Moral, ya sea al amparo de dicha normativa, haciendo caso omiso a la letra de la misma, ya en base a las reglas generales de responsabilidad del CC; no podemos dejar de abogar por una modificación legislativa en aras de una mayor coherencia normativa y una continuidad racional con la tradición jurídica española.

Y es que es innegable que, tradicionalmente, la exclusión del Daño Moral ha constituido una solución extraña a nuestro ordenamiento jurídico. A mayor abundamiento, porque dada la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual existente en la jurisprudencia actual, al amparo del principio *pro damnato*, que se está erigiendo guía de la responsabilidad civil de daños, al final se llegaría al mismo término, concediéndose la reparación por todos los daños causados, incluidos obviamente los morales.

Por tanto, la solución para incluir definitivamente los daños morales dentro del manto de protección específico de los consumidores, pasaría ineludiblemente por la elaboración de una nueva ley que los incluyese en su propio régimen de responsabilidad, ya que el Texto Refundido vigente ac-

---

<sup>302</sup> RJ 2003/6065.

# CAPÍTULO VIII: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DAÑO MORAL EN LAS RELACIONES DE CONSUMO.

---

**Por Guillermina Leontina SOSA**

tualmente, al ser un mero texto recopilatorio, no puede desempeñar dicha función.

## I.- Introducción.

En este trabajo procuraremos analizar en primer término las progresivas conquistas del derecho constitucional en pos de la protección de la persona en su integralidad, en su esfera individual y social, para luego referirnos al Daño Moral con especial referencia al derivado del incumplimiento contractual. Finalmente nos detendremos en las particularidades, los matices con los que entendemos debe interpretarse la procedencia del resarcimiento derivado del agravio por incumplimiento contractual en los supuestos en que el contrato o la relación que vincule a las partes sea de consumo.

En definitiva, intentaremos responder de qué modo la recepción e incorporación de los derechos del consumidor en nuestra Carta Fundamental modifican, desde nuestra percepción, el criterio con que debe ser interpretado la procedencia del Daño Moral contractual cuando nos hallamos ante una relación de consumo.

## II.- La protección de la persona en su integralidad

Incesantemente los autores constitucionalistas hacen referencia a las distintas generaciones de derechos, para hacer alusión al distinto grado de intensidad con que se manifiesta la participación estatal en la protección de los derechos del hombre.

En este sentido, se habla de derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación.

Los nombrados en primer término se corresponden con el reconocimiento de derechos del hombre como la libertad y la igualdad. Estos tipos de derechos se caracterizan por tratarse de obligaciones del Estado de tipo negativo<sup>303</sup>. En realidad, el estado se compromete a no inferir ni a obstruir el ejercicio de estos derechos. No se le demanda acción positiva alguna para su obtención o protección sino su abstención, su omisión de actuar en sentido contrario a los derechos consagrados.

“El Estado actúa como garante de los derechos y libertades de quien se halla bajo su jurisdicción porque así lo disponen las normas fundamentales internas —señaladamente, la Constitución Política— y así lo resuelven las disposiciones internacionales que acogen derechos humanos. Ser garante no implica relevar al sujeto en sus decisiones y actuaciones, sino aportar los medios para que pueda decidir y actuar del mejor modo posible, desenvolver sus potencialidades y cumplir su destino. Se garantiza el goce y ejercicio del derecho y la libertad, a través de abstenciones y prestaciones. La función garantista del Estado, que se abrió paso a través de los derechos de primera generación y su consecuente observancia por el

Estado —regularmente una observancia negativa—, avanzó un inmenso trecho por medio de los derechos de segunda generación que trajeron consigo la exigencia de promociones y prestaciones públicas.”<sup>304</sup>

Los derechos de segunda generación<sup>305</sup>, a los que someramente se refería el párrafo anterior, son los advenidos con el llamado “constitucionalismo social”. Se relacionan con el actuar del hombre con su entorno, a fin de servirse de los bienes y del producto de su actividad. El *homo economicus*,

<sup>303</sup> CARNOTA, Walter-MARANIELLO, Patricio; Derecho Constitucional;2008, La Ley, p.92

<sup>304</sup> Del VOTO RAZONADO DEL JUEZ Sergio García Ramírez CON RESPECTO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL, DICTADA EL 4 DE JULIO DE 2006, La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/11786/2006

<sup>305</sup> Los derechos “de segunda generación (los “derechos económicos y sociales” ... tienen por fin la igualación de condiciones materiales y espirituales de existencia)” conf. Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 11 de San Isidro, Pérez Carrega y otros c. Municipalidad de Pilar, 14/06/2000, LLBA 2000, 1387, Cita Online: AR/JUR/3480/2000

creador de bienes y servicios. El individuo en su relación con el trabajo, la familia, la comunidad, etc. Aquí, el Estado deberá proveer de determinadas prestaciones a la persona a fin de que pueda gozar de los derechos económico-sociales. Esta corriente de derechos pone de manifiesto el costo de su efectividad para los estados. Los derechos postulados deben ser efectivos. Requieren de acciones positivas encaradas por los gobiernos.

Dentro de los denominados derechos de tercera generación ubicamos los que serán materia de estudio en este trabajo.<sup>306</sup>

Se trata del reconocimiento de derechos más novedosos. Nos señala DALLA VIA que:

“Los derechos de primera generación se fundaron en la libertad como valor, los de segunda generación lo hicieron en la igualdad y los de tercera generación lo hacen en la solidaridad. Son, en definitiva, derechos de la participación.”<sup>307</sup>

El hombre ya no existe solo en su individualidad, ni como mero productor de bienes sino que también se manifiesta como un consumidor de su producido. El hombre no solo tiene derecho a ocupar un lugar sino también a que ese espacio se encuentre dentro de un entorno, de un ambiente sano. La figura del mero comprador, será complementada con la visión del consumidor. Consumidor, Usuario con derecho a la adquisición de un bien de acuerdo a las características y útil para la finalidad para la que fue obtenido<sup>308</sup>. Bien destacan en referencia a las relaciones de consumo, WEINGARTEN-GHERSI que dentro de las conductas y expectativas generadas entre las partes en virtud de la relación de consumo, se encuentra la de “garantizarse mutuamente que ningún daño acaecerá en la persona o eventualmente en los otros bienes de su contratante”<sup>309</sup>, a lo que agregamos, la expectativa de que de acaecer el inesperado daño, este sea debidamente resarcido. De lo expuesto, se desprende con facilidad que aquí también el Estado toma, *debe tomar* un rol activo para la efectiva vigencia de los derechos consagrados.

Entre los derechos de cuarta generación, denominados también “derechos internacionales” o “internacionalización de los derechos fundamentales”<sup>310</sup>, se encuentran aquellos que vinculan al hombre en su calidad de tal con el resto de todos los hombres, es decir, la manifestación de la cooperación internacional. La rapidez, podríamos decir, inmediatez de las comunicaciones, la amplia difusión de información, la globalización de los mercados que transforman al mundo en lo que acertadamente, a nuestro entender, se ha sintetizado como “la gran Aldea” hacen que los hechos de un lugar repercutan inmediatamente en la otra esfera del globo. No somos ajenos ni humana, ni social ni económicamente a los acontecimientos en otras partes del orbe. Si inicialmente los Estados eran celosos de su soberanía hoy, ceden parte de ella para integrarse con otros Estados en matrices en las que delegan parte de su soberanía a fin de alcanzar el bien común en diversos ámbitos previamente establecidos.

La globalización ha desdibujado los márgenes del concepto de soberanía clásico, originado fundamentalmente en el siglo XVI, con la obra de Bodino. Hoy “La soberanía se encuentra en trance de disminución permanente ya que la moneda, la defensa, la política económica, las alianzas internacionales, las frecuencias de radio, los satélites, los acuerdos de seguridad o inmigración, la normalización de los componentes industriales, los mercados financieros, se encuentran en proceso de

<sup>306</sup> “a partir de la reforma constitucional de 1994, la Constitución Nacional ha receptado expresamente entre sus normas [así, en el artículo 42] (derechos de tercera generación) la protección de consumidores y usuarios” conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, Beccaceci, Mónica Noemí c. Mano Salud S.A., 05/06/2008, LLBA 2008 (setiembre), 903, Cita Online: AR/JUR/3881/2008

<sup>307</sup> DALLA VIA, Alberto Ricardo, La participación política y la reforma electoral, La Ley On line

<sup>308</sup> En este sentido, dispone el art. 5 de la Ley de Defensa del Consumidor. “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”

<sup>309</sup> GHERSI, Carlos A.- WEINGARTEN, Celia; Defensa del consumidor ley 24.240; 1ª ed. Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 52.

<sup>310</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala contenciosoadministrativa; Cremaciones Córdoba S.A. c. Municipalidad de Unquillo; 03/09/2004; LLC 2005(mayo), 382; (consid. 10) Cita Online: AR/JUR/5493/2004

<sup>311</sup> GOMEZ MINUIN, Facundo, “Efectos de la globalización en el mundo jurídico. Un enfoque particular en el área financiera y de los negocios”, Revista Contribuciones, N° 3, Konrad Adenauer Stiftung A. C.-CIEDLA, Buenos Aires, 1998, p. 47 citado por PIZZOLO, Calogero en Derecho e Integración Regional: Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea, 1ª ed. , Ediar, 2010



convergencia, volviéndose más similares entre los países. Las aristas individuales de los países están siendo pulidas y las diferencias se van limitando, reduciéndose la autonomía de los gobiernos<sup>311</sup>. En este sendero, los “derechos internacionales” no han sido ajenos a nuestra sociedad, y han sido receptados por nuestra Constitución por el artículo 75 inc 22, al incorporar con igual jerarquía que ella -en las condiciones de su vigencia y sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Carta Magna-, los tratados de derecho internacional expresamente enunciados en el mismo y habilitando la incorporación a los que en lo futuro cumplan con los requisitos previstos por el mismo inciso, tercer párrafo<sup>312</sup>; el mismo artículo inciso 24<sup>313</sup>; el artículo 27 y el 31; en lo que se conoce como el “Bloque de Constitucionalidad”<sup>314</sup>. Es sencillo advertir que la Argentina no ha sido ajena a este proceso de incorporación al ordenamiento fundacional de nuevas protecciones del hombre, a fin de alcanzar lo postulado por el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>315</sup>. Nuestra Carta Fundamental ha sido receptora de estos cambios, de esta evolución social; cristalizando en su última reforma de 1994, en lo que aquí nos interesa en el artículo 42, la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo.

La redacción de esta cláusula lejos de significar el regreso a un estado paternalista, parte de reconocer costos de información en el mercado que desfavorecen a la parte con menor acceso a esta información. En este orden de ideas, la norma pretende proteger a la parte que se encuentra en mayor desventaja. Hayek consideró que el problema del orden de la economía racional está precisamente determinado por el hecho de que el conocimiento de las circunstancias de las que debemos hacer uso a los efectos de tomar decisiones nunca existe de modo concentrado o integrado sino que se halla disperso en pequeños trozos de incompleto, y muchas veces contradictorio, conocimiento que todos los individuos poseemos. El problema reside en la utilización del conocimiento que no es dado a todos en su totalidad<sup>316</sup>. Continuando con este razonamiento el sistema más eficiente sería aquel que tenga a su disposición el mejor y más completo uso del conocimiento. A mayor conocimiento, más se vuelve una cuestión de lógica la decisión a tomar.

Así, el artículo 42 dispone:

“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. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la

<sup>312</sup> En efecto a más de los tratados enumerados por el artículo “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño”, se han incorporado conforme al procedimiento previsto por la norma La Convención Interamericano sobre Desaparición forzada de Personas (mediante ley 24.820 del 29/05/1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (por ley 25.778 del 03/09/2003 )

<sup>313</sup> Este inciso constituye una cláusula habilitante en sentido amplio, pues pone en cabeza del Congreso “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.” (el destacado no pertenece). Permite, entonces, a ceder soberanía a organizaciones supraestatales habilitando a la Argentina a formar parte de un proceso comunitario en lo venidero. Es de destacar la exigencia de que los tratados firmados respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las conquistas por los Estados han sido progresivas y no sin costos para sus habitantes, por lo que sería en vano perderlas en pos de un proceso de integración que culmine con su aniquilación.

<sup>314</sup> MANILI, Pablo Luis; El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino

<sup>315</sup> DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Artículo 1º: todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

<sup>316</sup> Friedrich Hayek, The use of knowledge, Reprinted from the American Economic Review, No 4; September, 1945, p. 519-30.

necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

Veamos.

En primer término el artículo distingue entre consumidor, entendiéndose por tal a quien consume bienes; y usuario, vocablo reservado para aquel que consume servicios<sup>317</sup>. La norma trata de equiparar desigualdad. Si bien contábamos en nuestra Constitución originaria 1853-1860 con el artículo 16 en el que el principio de la igualdad es expresamente consagrado y rige, como nos recuerda SABSAY<sup>318</sup>, tanto las relaciones entre los habitantes y el Estado, como aquellas que surgen de los particulares entre sí; el constituyente del 94 ha querido dar una especial salvaguarda a los individuos que se desenvuelven, que entablan, relaciones en carácter de consumidores o usuarios<sup>319</sup>.

Justamente, a fin de otorgar esta igualdad, el Estado viene a proteger a aquellos que vislumbra como la parte más débil de la relación. Ahora, se ha cuestionado la posibilidad de brindar esta tutela al “consumidor-empresario”, toda vez que –como adelantamos– la norma pretende equiparar, poner en igualdad de condiciones a quien se sitúa en situación de vulnerabilidad con respecto a otra parte. Al respecto, contamos con autorizadas opiniones en el sentido de la admisión o rechazo.

¿Puede la “parte débil” estar encarnada en el “consumidor-empresario”? Fundamentando la no admisión del empresario-consumidor dentro de la protección constitucional, Enrique Máximo PITA y Catalina MOGGIA de SAMITIER<sup>320</sup> nos señalan la postura de LORENZETTI quien critica en su obra “Consumidores” los criterios “maximalistas”, así los que proponen la categoría del “consumidor fáctico”, que conducen a una “banalización” de la protección y a un crecimiento del sujeto protegido que produce efectos negativos que, en el mediano plazo son perjudiciales. Advierte que ello no quiere decir que tales sujetos no tengan acciones tuitivas, que existen en el Derecho Privado, como la buena fe, el abuso del derecho, la lesión y otras de amplio desarrollo.

Por su parte ARIZA<sup>321</sup>, se inclina por considerar excluido del ámbito de tutela de la ley al empresario que adquiere bienes para integrarlos en procesos de producción o comercialización. Entre los argumentos para sostener esta postura se encuentra el hecho de que entiende que la expresión “destinatario final” consignada en el artículo 1 LDC debe ser interpretada de modo literal “en cuanto que consumidor es quien adquiere el bien o servicio en el último segmento de la cadena de comercialización. Si se encuentra excluido quien compra el bien para revenderlo con mayor razón tiene que estarlo quien lo compra para transformarlo e incorporarlo a un nuevo proceso productivo.”<sup>322</sup>

Compartimos la postura que admite la tutela para el consumidor empresario, pues conside-

<sup>317</sup> Ley 24.240: Artículo 1° - 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.

<sup>318</sup> SABSAY, Daniel, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho Constitucional, Parte Dogmática, Tomo I, 1ª edic. Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 489

<sup>319</sup> El principio de igualdad también se ha visto reforzado por la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a través del artículo 75 inc. 22. Así, el Pacto San Jose de Costa Rica, en su artículo 24 dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la ley”

<sup>320</sup> Enrique Máximo PITA- Catalina MOGGIA de SAMITIER; Comentario a la Ley de defensa al consumidor, Litigium Online: Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley On line

<sup>321</sup> ARIZA, Ariel, Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado; Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 49-Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo V, 809

<sup>322</sup> ARIZA, Op. Cit. nota al pie 13.

<sup>323</sup> FARINA, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario. Bs.As. Astrea, 4ª edic. Actualizada y ampliada, 2008 p.61., citado por Enrique Máximo PITA- Catalina MOGGIA de SAMITIER; Comentario a la Ley de defensa al consumidor, Litigium Online: Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley On line, comentario al artículo 1.

ramos que nada impide en la manda constitucional que en los hechos la parte débil está constituida por un consumidor-empresario, siempre y cuando conforme remarca FARINA<sup>323</sup> “se trate de adquisiciones que no se relacionen de manera directa “ni indirectamente” con el objeto propio de la empresa”.

En este orden de ideas, en un voto brillante por su claridad jurídica y su virtud académica, la Dra. Kemelmajer de Carlucci<sup>324</sup> nos relata que un tribunal de Roma (20/10/1999) “declaró consumidor a la persona que adquiere un bien o requiere la petición de un servicio en el marco de la actividad profesional desarrollada siempre que la estipulación del contrato respectivo no se encuentre en la manifestación de tal actividad y ubicó en esta categoría a un artista que contrató con una empresa de transporte el traslado de una escultura que debía ser llevada a una comuna para ser presentada en un concurso público (II Foro Italiano 2000 p. 646 pp). Para resolver en este sentido, el tribunal argumentó de este modo: (a) la noción de consumidor no depende exclusivamente de la condición de desventaja bajo el perfil socio económico, ni del tipo de actividad desarrollada por el sujeto pudiendo tratarse, eventualmente, de un empresario o un profesional; (b) en cambio, es determinante que ese sujeto “actúe con fines extraños” a la empresa o profesión; o sea, que objetivamente esté “afuera del ejercicio de la actividad”; por el contrario, es profesional o empresario si el contrato es utilizado en el marco de su actividad empresarial o profesional; (c) Según estos criterios, es consumidor el mediador inmobiliario que compra una computadora con la intención de destinarla a su actividad, y el abogado que confía a una empresa de correo una carta dirigida a un cliente, porque estos contratos están afuera del objeto de la actividad profesionalmente desarrollada por el comisionista o el abogado; es decir, estos contratos no están destinados directamente a realizar el fin profesional, aunque están instrumentalmente vinculados: (d) Cuando un profesional actúa en una contratación ajena a los fines de su profesión, se presenta en situación de debilidad, merecedora de especial tutela.”

Finalmente, luego de exponer las distintas conceptualizaciones en los regímenes de derecho comparado en rededor del concepto de consumidor empresario, concluye: “todas las posiciones parecen coincidir en la siguiente afirmación: quien actúa dentro de su propio ámbito profesional no es un consumidor”

Continuando con el análisis del artículo 42 CN, ambos –consumidor y usuario- tienen derecho, en la “*relación de consumo*”... Al hacer referencia a la relación y no al contrato, se ha entendido que “La reforma de la Constitución Nacional de 1994 ha superado el concepto de contrato, sustituyéndolo por ‘relación de consumo’, por lo que se realiza de este modo una extensión a situaciones extracontractuales”<sup>325</sup>. En este sentido, nuestro Máximo Tribunal ha sido claro al interpretar que “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 (...). 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.”<sup>326</sup> (El destacado nos pertenece). Estimamos que los fundamentos transcriptos nos eximen de cualquier otro comentario en torno a la interpretación de la relación de consumo.

GELLI efectúa una clara y adecuada distinción en relación a los campos de defensa del consumidor que se hallan en esta norma. Por un lado, incluye dentro de los derechos patrimoniales a la seguridad de no padecer un daño, los intereses económicos, la libertad de elección, el trato equitativo

<sup>324</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, Sellanes, Elian c. Frávega S.A.C.I. e I., 12/10/2006, RCyS 2007, 387; Cita Online: AR/JUR/7912/2006

<sup>325</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I; Pou, Elsa Virginia y otro c. Argendai S.A. y otra; 12/06/2008; La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/3955/2008

<sup>326</sup> CS, Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros, 06/03/2007, LA LEY 12/03/2007, 5; Fallos Corte: 330:563; Cita Online: AR/JUR/102/2007

y digno, la mayor protección *cuando en la relación de consumo se constituya en la parte más débil* (el destacado nos pertenece); y por otro el de los derechos personales, entre los que incluye la protección a la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en aquella o en la vida.<sup>327</sup>

Por otro lado, señala que el derecho a una información adecuada y veraz resguarda –como la seguridad- a ambos tipos de derechos.

En cuanto a la protección a la salud, seguridad e intereses económicos, es claro en cuanto a la primera, que debe ser entendida conforme ha sido conceptualizada por la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Asimismo, nuestra Corte ha entendido que el derecho a la salud, ha de ser interpretado en sentido lato, en tanto remite a un concepto integral de bienestar psicofísico de la persona, que tiene a su vez una directa vinculación con el principio de dignidad humana, soporte y fin de todos los derechos.<sup>328</sup>

La noción de seguridad atañe a la intención del constituyente de proteger al consumidor “de que sea aprovechado en su vulnerabilidad con bienes o servicios de mala calidad, defectuosos o mal diseñados”<sup>329</sup>

El concepto de intereses económicos se vincula con los derechos patrimoniales del consumidor, es decir que consagra el derecho del consumidor a no ser lesionado en dicha esfera.

En relación a la libertad de elección, el trato equitativo y digno y el derecho a la información adecuada y veraz, conforme al postulado de Hayek, que expresáramos párrafos adelante y que compartimos, en cuanto a que la dispersión de la información es lo que hace que tomemos decisiones más alejadas del óptimo, entendemos que será la posibilidad de contar con la “información adecuada y veraz” lo que permitirá el ejercicio de “la libertad de elección” en “condiciones de trato equitativo y digno”. Por lo que hay una relación de causa y efecto entre estos derechos, su ejercicio y consecuente efectividad.

El segundo párrafo del artículo constituye una obligación en cabeza de las autoridades. El tercer párrafo es un mandato al legislador a fin de reglamentar la norma. Por supuesto, la reglamentación –como toda norma inferior- debe ser acorde con los principios constitucionales consagrados. Para ello será preciso cumplir con el estándar de razonabilidad, en el sentido de que la norma que restrinja o reglamente el derecho sea necesaria –que no se cuente con otro medio para llegar al fin deseado–, adecuada –que el medio elegido sea el más apropiado entre los disponibles– y proporcional –se trata de una ponderación del todo con las partes<sup>330</sup>–.

Sera el juez en última instancia, el responsable de velar por el cumplimiento efectivo de la manda constitucional a través del control de constitucionalidad, de encontrar el punto de equilibrio entre los extremos.

La norma se circunscribe a “la relación de consumo”. En opinión de DALLA VIA- GARCIA LEMA<sup>331</sup> esta correcta limitación se vincula con el hecho de que si bien el artículo refiere a la protección

<sup>327</sup> GELLI, María Angélica; Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 2da ed. Ampliada y actual., Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 373

<sup>328</sup> Del voto del doctor Riccitelli en autos “R., N. B. c. I.O.M.A.” 03/07/2009; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo de Mar del Plata (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 316:479; 321:1684; 323:3229; 324:3569), citado en SOSA, Guillermina Leontina; DERECHO A LA SALUD. Fertilización asistida. Obligación de las obras sociales; LLBA 2011 (febrero), p. 95

<sup>329</sup> MIDON, Mario, Manual de Derecho Constitucional Argentino, 2da ed. Aument. Y actual., Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 327.

<sup>330</sup> Sobre el punto puede consultarse CAYUSO, Susana, Emergencia, razonabilidad y cuestión constitucional; LA LEY 2004-A, 1309-Sup. E.Emerg.Económica y Rec.Extraordinario 2003 (diciembre), 37

<sup>331</sup> DALLA VIA, Alberto Rocardó- GARCÍA LEMA (directores), Alberto Manuel; La Constitución reformada y sus normas reglamentarias. Nuevos Derechos y Garantías; 1era edición; Santa Fe; Rubinzal Culzoni; 2008; Tomo II, p.133

del consumidor/usuario al derecho a la salud, seguridad e intereses económicos, esto “no se trata de una obligación genérica que pueda pesar sobre los proveedores de bienes o servicios” sino que dicha obligación genérica recae sobre el Estado mismo, salvo en estos supuestos en que las obligaciones del proveedor derivan de la citada relación de consumo.

Por supuesto, es menester señalar que la finalidad de la norma es la de proteger a quien se halla en situación desventajosa, nada impediría –conforme ya expusimos– que la parte más débil sea una empresa. La correcta interpretación y aplicación de la regulación debe evitar que la protección concreta del consumidor en un supuesto finalice con una arbitrariedad por parte del consumidor por sobre el empresario. En definitiva, lo que se intenta es mantener un mercado equilibrado tendiendo a la negociación entre iguales. Sobre este punto volveremos al analizar la interpretación que debe efectuarse para la procedencia del Daño Moral contractual en el supuesto de relaciones de consumo.

Por último, y en relación al cariz ideológico del artículo 42 en nuestra Carta Fundamental, GELLI<sup>332</sup> señala que lo incorporación cruzo tres líneas de pensamiento a partir de las obligaciones impuestas al Estado.

El sesgo liberal en cuanto impone al Estado asegurar la competencia, el control de los monopolios –tanto naturales como legales-, y la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

La “veta social” en cuanto pone en cabeza del Estado la educación para el consumo y la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios (2do párr. Art. 42 CN)

Finalmente, la autora citada agrupa dentro de los intereses difusos la participación de las asociaciones de usuarios y consumidores en los organismos de control.

### III.- El Daño Moral contractual

El Daño Moral contractual es el agravio en razón del incumplimiento o cumplimiento parcial o incompleto de un acuerdo, “así como también y en general, de la inejecución de obligaciones previamente contraídas entre el responsable y la víctima”<sup>333</sup>

Es vasta la doctrina y la jurisprudencia en relación a la procedencia del Daño Moral derivado del incumplimiento de los contratos. Con antelación a la reforma de 1968 la reparación del daño extrapatrimonial solo era concebida para los supuestos derivados de hechos de origen ilícito. Con la reforma y la nueva redacción del artículo 522<sup>334</sup> que ahora reza:

“En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez *podrá* condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso” (El destacado nos pertenece), queda, entonces, en cabeza de los magistrados judiciales resolver en relación a la procedencia o no del resarcimiento de este tipo de daños a raíz del incumplimiento contractual, ponderando el daño en el caso concreto, “examinando la naturaleza del hecho generador y todas las otras circunstancias del caso que se juzga.”<sup>335</sup>

En virtud, de esta atribución judicial, la doctrina y la jurisprudencia han sido disimiles en interpretar si la redacción del artículo debe entenderse de modo literal, en cuanto dispone “podrá” o si dado el agravio moral el juez debe indefectiblemente acordar una suma para reparar el daño.

<sup>332</sup> Op.cit. p.379

<sup>333</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde; Tratado de Daños a las Personas, Resarcimiento del Daño Moral, 1ª ed. Buenos Aires, Astrea, 2009.

<sup>334</sup> Texto del artículo 522 según ley 17.711

<sup>335</sup> ALFERILLO, Pascual E., Cuantificación de daños personales, LA LEY 2007-D, 965

<sup>336</sup> CAZEAUX, Pedro N.- TRIGO REPRESAS, Félix A.; Derecho de las obligaciones, 4ª ed.; La Ley; 2010, Tomo I, p. 418.



CAZEAUX- TRIGO REPRESAS, entienden que debe interpretarse en su estricto significado, toda vez que “en el ámbito contractual, lo que resulta de ordinario afectado no es nada más que el interés económico, y sólo excepcionalmente se ocasiona un agravio moral”<sup>336</sup>. Y en modo concordante en la jurisprudencia reiteradamente se ha resuelto que

“Es entonces que la facultad de acordar indemnización por Daño Moral es facultativa del juez y así surge de lo preceptuado por el artículo 522 del Código de Fondo, de acuerdo a las particularidades del caso”<sup>337</sup>

Sin perjuicio de ello entendemos que, en definitiva, es claro que si bien se apela al arbitrio judicial a fin de otorgar la reparación del agravio moral, ello no equivale al “azar jurídico”<sup>338</sup> en tanto, probado que se encuentre la existencia del daño el mismo deberá ser indemnizado por el magistrado so perjuicio de arbitrariedad.

En relación a este punto la jurisprudencia ha sido conteste en interpretar la procedencia del resarcimiento por este rubro con criterio restrictivo. Es decir que, para tener por constituido el Daño Moral en un supuesto de incumplimiento contractual se requiere de un perjuicio que exceda las intranquilidades propias del mundo de los negocios. Señala JALIL que “a diferencia de lo que ocurre en el plano extracontractual, (en el caso contractual) debe ser aplicado de manera restrictiva ya que en principio es extraño al incumplimiento de las obligaciones contractuales el resarcimiento de ese menoscabo extrapatrimonial”<sup>339</sup>. Así, verbigracia, se ha considerado improcedente el reclamo por Daño Moral efectuado por el adquirente de un vehículo con motivo del incumplimiento en la entrega de la unidad “pues el resarcimiento de tal daño derivado de un incumplimiento contractual debe concederse con cierta estrictez y su prueba es a cargo de quien lo reclama, resultando insuficiente para ello lo aducido en torno a su profesión y la necesidad de trasladarse a diversos lugares en ejercicio de la misma, siendo que dichas cuestiones fueron tenidas en cuenta para el otorgamiento de una suma de dinero en concepto de gastos de transporte.”<sup>340</sup>

En otros fallos, categóricamente se ha afirmado que:

“el art. 522 del Cód. Civil, que autoriza la reparación del Daño Moral en materia contractual, debe ser interpretado con criterio restrictivo, para no atender a reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica”<sup>341</sup>.

En igual sentido:

“La aplicación de la facultad que otorga el art. 522 del Cód. Civil, de fijar el juez una indem-

<sup>337</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, Cirigliano, Alberto Horacio c. Tofalo, Vicente y otro, 29/09/2006, DJ 13/12/2006, 1093, Cita Online: AR/JUR/6394/2006”

<sup>338</sup> En este orden de ideas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, Calascibetta, Alcira M. c. Jaime, Fernando M., 06/03/2007, DJ 2007-III, 113, Cita Online: AR/JUR/2989/2007 ha resuelto que “en la materia contractual, la expresión que utiliza el art. 522 del Cód. Civil en tanto refiere que los jueces “podrán” condenar al responsable por el Daño Moral que se hubiere ocasionado, no convierte su fijación en mera arbitrariedad de los mismos”

<sup>339</sup> JALIL, Julián, Responsabilidad del fabricante y del concesionario en la compra venta de automotores desde la óptica de la ley de defensa del consumidor, LLBA 2010 (octubre), 971

<sup>340</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, Guarnieri, Ángel Daniel c. F. Briones S.R.L., 02/10/2008, Cita Online: AR/JUR/15397/2008, La Ley Online

<sup>341</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, Spolzino, Miguel c. Batiston, Sergio, 24/05/2007, LLBA 2007 (agosto), 807, Cita Online: AR/JUR/1696/2007. Otros pronunciamientos, CNCiv., Sala D, febrero 5-981; “Pena, Serafini c/Mognono, Alicia, La Ley, 1981-D, 178, JL 981-19-578; CNCom., Sala D, agosto 29-978, “Genauer, Roberto A. c/Proartel S.A.; ED, 81-340, CNCom., Sala D, marzo 12-980, “Shtamoff, Miguel E. c/Schartzman Rotbart, Jaime y otros”, ED, 88-401; CNCom., Sala B, marzo 15-988, “Serra, Juan C. c/Madames, Claudio y otra”, La Ley, 1990-B, 233 - ED, 134-704; CNFed. Civil y Com., Sala I, octubre 14-977, “Aguirre, Eduardo c/Administración General de Emisoras de Radio y T.V.”, La Ley, 1980-D, 761

<sup>342</sup> Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, Mingari, José G. c. Sardini, Julio N., 14/10/1997, LLBA 1998, 1086 - RCyS 1999, 559, Cita Online: AR/JUR/5275/1997



nización en concepto de Daño Moral por responsabilidad contractual es de interpretación restrictiva, pudiendo otorgarse únicamente cuando se ha demostrado que el incumplimiento produjo una lesión en los sentimientos, las afecciones, la tranquilidad anímica, el honor del damnificado, o se ha perturbado su ritmo de vida, pero no es procedente si el reclamo obedece a una susceptibilidad excesiva o se trata de las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos y los negocios.”<sup>342</sup>

ZAVALA DE GONZALEZ<sup>343</sup> sintetiza los argumentos que han sido dados para sostener la tesis de la estrictez en la indemnización del Daño Moral contractual, tomaremos los puntos en que la autora ha cristalizado dichos argumentos para ir analizando cada uno de ellos:

#### **a.- No todo incumplimiento de una obligación previa genera Daño Moral.**

Este argumento resulta lógico toda vez que a más del incumplimiento, es preciso para la procedencia de la reparación que se haya configurado un daño en la esfera extrapatrimonial de la víctima en razón o con fundamento en dicho incumplimiento.

Sólo la existencia efectiva del daño dará lugar a la reparación.

“El daño debe ser acreditado no sólo a los efectos de la procedencia misma de la reparación, sino también para fijar su extensión y límites, pues su certeza o realidad atañe a su existencia y composición, por lo que no basta la prueba de que se han producido daños, si se ignora que circunstancias, modalidad o gravedad revisten, lo que significa que la carga probatoria debe satisfacerse en concreto y no de un modo vago genérico o impreciso.”<sup>344</sup>

#### **b.- Son más limitados los supuestos de Daño Moral derivados del incumplimiento contractual que los derivados de la esfera Aquiliana**

Entendemos que este postulado halla su razón de ser en que a diferencia de los supuestos de responsabilidad Aquiliana, en los daños derivados del incumplimiento contractual las partes están “alertadas” del vínculo que los une, lo que supone voluntad, intención de formar parte de la relación. En este sentido, es dable suponer que el incumplimiento es de algún modo previsible para el contratante, es una de las posibilidades de terminación de la relación. No la razón por la cual las partes entablan inicialmente la relación pero sí puede constituir parte de los giros habituales del negocio que una de las partes incumpla. Cabe, justamente, rever este fundamento en virtud de los disímiles caracteres que adquieren los vínculos entre las partes a raíz de las nuevas relaciones de consumo en donde los contratos, otrora regidos por la negociación, suelen ser de adhesión por lo que una de las partes a perdido el poder negocial. Aquí la autonomía de la voluntad pierde la fuerza de antes. Será necesaria, entonces, la protección de la parte que se encuentre en desequilibrio negocial, ya sea en virtud de razones económicas o de falta de acceso a la información. Al decir de Rubén Stiglitz “El contrato es el dogma que ha perdido el entramado de lo que era (...) La fuerza obligatoria y la autonomía de la voluntad subsisten siempre y cuando lo que acuerden las partes sea conforme al ordenamiento jurídico y sea social y económicamente útil”<sup>345</sup>. Es fácil advertir que la validez de los contratos otrora imperativa sine qua non se encuentra ahora sometida a una gran variedad de “siempre y cuando”.

El contrato es válido siempre y cuando haya existido poder negocial de ambos contratantes;

<sup>343</sup> Op. Cit. p. 153

<sup>344</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso-administrativo de 2ª Nominación de Río Cuarto, Gómez, José Raúl c. Marcelino Horacio Barrotto, 30/04/2010, La Ley Online; AR/JUR/25854/2010

<sup>345</sup> STIGLITZ, Rubén 1ª Jornadas Internacionales de Derecho Civil en la Provincia de Buenos Aires, 18, 19 y 20 de Mayo 2011

<sup>346</sup> En una interpretación literal de la norma se ha sostenido: “La reparación del Daño Moral en materia contractual se encuentra normada por el art. 522 del Código Civil, sin que aparezca impuesta automáticamente cuando se trata de un incumplimiento de esa índole, sino como una posibilidad facultativa para el juzgador, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, M., P. B. c. A., P. A., 29/12/2009. Cita Online: AR/JUR/63379/2009, RCyS 2010-V, 197

el contrato es válido en su integridad en tanto y en cuanto no se lesione a una de las partes a raíz de la existencia de cláusulas abusivas; y así los supuestos siguen multiplicándose a medida que el contratante, sobre todo consumidor, se involucra, es parte de nuevos supuestos negociales.

Entonces cuando el incumplimiento de un contrato ocasiona un daño extrapatrimonial, entendemos que la indemnización no será facultativa, sino imperativa para el juzgador.<sup>346</sup>

Jurisprudencialmente se ha resuelto recientemente que, ante el incumplimiento de pago de los honorarios profesionales, aun cuando pueda estimarse que constituye parte del giro y desarrollo de los negocios, procede indemnizar el Daño Moral derivado de dicha falta de cumplimiento si la situación de incumplimiento persistió por tiempo prolongado:

“Es procedente otorgar una indemnización por Daño Moral a favor de un arquitecto a raíz de la falta de pago de los honorarios convenidos por la realización de una obra, atento que dicho perjuicio puede presumirse si éste desconoció los trabajos realizados cuando ya lo habían beneficiado y el actor debió esperar años desde que intimó al deudor para que le abone sus emolumentos, máxime teniendo en cuenta el carácter alimentario de la retribución”<sup>347</sup>

Es de destacar que en el fallo reseñado, la Cámara presumió la existencia del daño ante la prolongación del incumplimiento –como reseñaríamos- por parte del demandado.

A los fines de este análisis es interesante recordar un fallo, cuyo fundamento hallamos sumamente acertado, en el que se otorgó una indemnización en concepto de Daño Moral derivado del incumplimiento contractual a un beneficiario de un seguro colectivo de vida al considerar la Cámara de Córdoba que: “la diferente génesis del Daño Moral no debería tener incidencia en materia de prueba, pues, el carácter del Daño Moral es el mismo, sea en el ámbito Aquiliano o en la esfera obligacional, si se lo valora como corresponde, en atención a las consecuencias perjudiciales que genera la acción dañosa en la espiritualidad del damnificado y a la índole del interés lesionado”<sup>348</sup>

### **c.- Los incumplimientos contractuales son menos graves que los extracontractuales**

Adherimos a la postura de ZAVALA DE GONZALEZ en cuanto a que “los incumplimientos contractuales no son `per se´ menos serios”. Es incorrecto sostener lo contrario pues siempre que el daño sea injusto debe ser reparado, sin importar que el origen de dicho daño sea de fuente contractual o extracontractual. Si se afecta un interés extapatrimonial de la víctima, el perjuicio debe ser resarcido. ZAVALA DE GONZALEZ nos previene sobre lo incorrecto de vincular la ilicitud contractual y el orden público por un lado (postura ésta sostenida por quienes consideran que los daños extracontractuales son más gravosos para la sociedad), e incumplimiento o ilicitud contractual e interés privado, por el otro (en ello también se basa la postura ante dicha, en razón de comprender que al lesionarse un interés privado el efecto del incumplimiento será menos relevante).

Prueba de lo expuesto se evidencia en un caso en el que los padres de un menor que sufrió un accidente que lo dejó en estado vegetativo, ganaron el juicio de daños y perjuicios que iniciaron contra quien ocasionó el infortunio, luego incoaron demanda de daños y perjuicios contra los abogados que los representaron en la causa anterior en la que alegaron que los letrados no pagaron la totalidad de la indemnización que les fue otorgada. El juez admitió parcialmente la demanda, rechazando la reparación pretendida de Daño Moral. Apelada la decisión de grado, la disidencia sostuvo:

“Si bien el incumplimiento contractual revela la culpa del deudor, ello no es suficiente para aco-

<sup>347</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K B., E. F. c. Kopelman, Abel, 09/06/2010, Cita Online: AR/JUR/31229/2010, RCyS2010-XI, 170

<sup>348</sup> Cámara 8a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Barrera, María Rosa c. Municipalidad de Córdoba s/ordinario, daños y perj., otras formas de respons. extracontractual, otras causas de remisión, 03/02/2009, RCyS 2009-VI, 163, Cita Online: AR/JUR/4674/2009

ger todo reclamo por reparación del Daño Moral en los supuestos de responsabilidad contractual, sino que éste debe ser probado, pues de lo contrario no tendría razón de ser la limitación determinada en el art. 522 del Código Civil para su procedencia. (Del voto en disidencia parcial de la Dra. Marsala).”

Afortunadamente la mayoría en el caso cuya disidencia figura en el párrafo anterior hizo lugar a la reparación del agravio moral contractual al entender que:

“El abogado demandado debe indemnizar el Daño Moral pretendido por un cliente en tanto se acreditó que no le abonó de forma íntegra la indemnización que obtuvo en un proceso judicial en el cual lo representó —en el caso, la indemnización correspondía al hijo del cliente por causa de un accidente— y el engaño al que lo sometió le generó dudas, desazones, desconfianzas y angustias que están del todo alejadas de las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios o en las comunes molestias que se originan en el incumplimiento contractual.”

#### **d.- En la responsabilidad contractual, la indemnización del Daño Moral exige dolo o, al menos, culpa grave**

Sostener ello es falaz.

Como señala ZAVALA DE GONZALEZ, autora a quien seguimos en este punto, ni el dolo ni la culpa grave constituyen requisitos para la procedencia de la indemnización. El artículo 522 del Código Civil no los erige como presupuestos para la procedencia de la reparación. Si deben ser ponderados conforme rezan los artículos 520 y 521 a fin de determinar cuáles consecuencias serán indemnizables. En las II Jornadas de Derecho Civil, Corrientes, 1965<sup>349</sup>, se señaló que en nuestro derecho el resarcimiento de los daños derivados de la responsabilidad Aquiliana se extiende a todo daño que guarde relación causal adecuada con el hecho generador de la responsabilidad a fin de lograr otorgar una indemnización integral a la víctima. En la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual culposo conforme se desprende del artículo 520 del Código de Fondo la reparación se extiende a todos los daños que sean la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. Ahora, en aquellos supuestos en que la inejecución de la obligación encuentre su fundamento en una conducta dolosa, maliciosa según el artículo 521 del Código Civil, la reparación comprenderá también las consecuencias mediatas.

En este caso, con acierto a nuestro entender postula, la autora citada, la inconstitucionalidad de los artículos 520 y 521 del Código Civil “por violar la igualdad jurídica respecto de análogos menoscabos de origen extracontractual”<sup>350</sup>. En este sentido, trae a colación un ejemplo digno de replicar en virtud de su claridad para fines pedagógicos.

Parte de la interpretación restrictiva para la procedencia del Daño Moral contractual adoptada por la Cámara Nacional, Sala M, en una causa en la que considero “improcedente el reclamo a título de Daño Moral formulado por el locatario que promovió una acción por vicios redhibitorios en los términos del art. 1525 del Cód. Civil y resultó vencedor porque se probó que no había sido advertido, al rentar la propiedad, de la existencia de una boca o cámara de inspección cloacal debajo del dormitorio -en el caso, tapada por una alfombra pegada al piso-, la que descubrió posteriormente debido a sus emanaciones fétidas, pues tal situación no reviste la honda perturbación que se requiere para la configuración del citado daño, cuya interpretación debe ser restrictiva en materia contractual -art. 522, Cód. Civil-.”<sup>351</sup>

<sup>349</sup> ALTERINI, Atilio; Código Civil Sistematizado; 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 356

<sup>350</sup> Op. Cit. p. 161

<sup>351</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, Del Cerro, Sandra B. c. Kutchal, Alicia B., 15/10/2003; DJ 2004-1, 288 ; Cita Online: AR/JUR/3582/2003

<sup>352</sup> Op. Cit. p. 159

<sup>353</sup> Sobre la responsabilidad derivada de este tipo de molestias, puede consultarse un reciente trabajo de LOPEZ MESA, Marcelo J., Las relaciones de vecindad y la responsabilidad civil, LA LEY 13/06/2011, 1

A partir de esta jurisprudencia, considera con criterio opuesto, al que adherimos, que cualquier persona que hubiese pasado por lo que sufrió el actor experimenta molestias que superan lo razonable, o normal tolerancia. Señala que “las perturbaciones pueden ser absolutamente similares y quizás peores que cuando las emanaciones fétidas provienen de un inmueble vecino”<sup>352</sup>, supuesto este último de responsabilidad extracontractual conforme a lo dispuesto por el artículo 2618 relativo a los daños ocasionados en virtud de las relaciones de vecindad<sup>353</sup>. Compartimos, entonces con la autora que el resarcimiento del daño, su extensión debe estar dada por el agravio efectivamente sufrido, sin perjuicio que este se originó con ocasión de una relación contractual o derivado de la responsabilidad Aquiliana. Si esto no sucede estaríamos generando una desigualdad jurídica, pues los mismos daños estarían indemnizándose de manera disímil. Víctimas que sufren igual perjuicio serían indemnizadas de modo diferente de acuerdo al origen de la órbita en la que se ocasiono el daño. Así:

“La gravedad de la falta no puede ser dejada de lado al merituar el “quantum” de la indemnización del Daño Moral en materia contractual, pues el art. 522 del Cód. Civil alude a la índole del hecho generador de la responsabilidad, expresión ésta que involucra el factor de atribución: malicia, dolo o simplemente culpa.”<sup>354</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto, es claro que la existencia de dolo en el incumplimiento obligacional permitirá al juez ponderar con mayor severidad la responsabilidad derivada. Asimismo, será supuesto de especial ponderación al momento de efectuar el magistrado la valuación del daño padecido por la víctima.

“En materia contractual, incumbe la prueba a quien reclama la existencia del Daño Moral, pues los incumplimientos que generan dicha responsabilidad afectan intereses privados, normalmente económicos, a diferencia de la responsabilidad extracontractual. Por otra parte, si bien la procedencia de este rubro no está restringida a los supuestos en que ha mediado dolo, pues el art. 522 del Cód. Civil no contiene discriminación alguna, dicha procedencia debe ser interpretada restrictivamente, de modo que sólo será admitida si el juez advierte una torpeza particularmente calificada del deudor en el acaecimiento del hecho que genera su responsabilidad (Del voto del doctor Achával).”<sup>355</sup> (El destacado nos pertenece)

### **e.- El Daño Moral contractual debe ser probado**

A menudo, uno se encuentra leyendo sentencias en las que se expresa conforme al título que precede estas líneas:

“Tratándose de responsabilidad contractual —en el caso, incumplimiento de la obligación de no secuestrar un bien prendado por un plazo determinado— el Daño Moral debe ser probado, a diferencia del originado por el hecho ilícito.”<sup>356</sup>

Estimamos superfluas estas afirmaciones.

En realidad todo daño debe ser probado, salvo los casos en que la entidad de la lesión hace presumir la existencia del agravio, como el supuesto de indemnización por muerte de la víctima. (Y aún en estos casos los aportes probatorios que acerquen sus herederos forzosos en relación al producido y vida de la víctima servirán de parámetro al juzgador para efectuar la cuantificación, la extensión del resarcimiento).

<sup>354</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, Bauer de Hernández, Rosa B. c. Carrefour Rosario , 02/12/1999, Cita Online: AR/JUR/2511/1999, LLLitoral 01/01/1900, 554

<sup>355</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H , Lagomarsino, Ismael A. y otro c. Consorcio de Propietarios Juncal 2259/61, 31/10/1996. Cita Online: AR/JUR/1031/1996, LA LEY1997-D, 853

<sup>356</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II, González, Guillermo R. c. CIDEF de Argentina S.A., 03/06/2010, Cita Online: AR/JUR/28186/2010, LLBA 2010 (Diciembre), 1219

Para que exista reparación del daño este debe haber sido padecido y acreditado salvo supuestos en que pueda presumirse. Ya sea que se trate de un daño derivado de la órbita contractual o extracontractual. Por ello, entendemos que este postulado esgrimido para fundamentar la limitación del resarcimiento del Daño Moral contractual, no se condice con la realidad. Esto no implica sostener que ante el incumplimiento corresponde sin más resarcir el Daño Moral. Al contrario, el daño extrapatrimonial, como adelantáramos párrafos más arriba, debe ser resarcido en la medida de que efectivamente haya sido sufrido.

Por consiguiente, para la procedencia de la indemnización del Daño Moral contractual el daño debe contar al igual que en los supuestos de responsabilidad Aquiliana, con adecuado nexo de causalidad con el incumplimiento de la obligación.

En definitiva, tanto si nos encontramos ante un daño extrapatrimonial derivado de un incumplimiento contractual o generado en virtud de un hecho ilícito, para que ese daño extrapatrimonial sea resarcido debe cumplir con los *requisitos del “daño resarcible”*.

Debe ser *cierto*, no puede constituir una hipótesis especulativa. El propio vocablo “cierto” hace alusión a lo conocido como verdadero, seguro, indubitable conforme a la primera acepción dada al término por el diccionario de la Real Academia Española<sup>357</sup>.

En palabras de CAZEAUX-TRIGO REPRESAS “Debe haber certidumbre en cuanto a la existencia misma, presente o futura, aunque pueda no ser todavía determinable su monto”<sup>358</sup>.

*Personal*. La reparación del perjuicio será viable siempre y cuando el daño haya sido sufrido por quien lo reclama. Aun en los supuestos en que pareciera que se está recibiendo la reparación de un perjuicio ajeno, caso de los damnificados indirectos, en realidad si se analiza la cuestión más detenidamente se comprenderá que lo que se está resarcido en esos casos es el daño que ocasiona al damnificado indirecto el hecho sufrido por la víctima.

El daño debe ser ocasionado en la lesión a un derecho subjetivo o bien jurídicamente protegido. En la órbita contractual solo quienes formaron parte del contrato podrán reclamar indemnización derivada del incumplimiento en virtud del efecto relativo de los contratos.

En relación al requisito de *subsistencia del daño*, bien se ha dicho que “este requisito se presta a confusiones, porque técnicamente sólo puede hablarse de daño “subsistente” como de daño “no resarcido”, con lo cual incorrectamente se califica como “presupuesto” a lo que, en verdad, es un eventual “efecto” jurídico del daño. El daño pasado (que ya ocurrió y por lo tanto no subsiste en los hechos) jurídicamente permanece (tiene relevancia funcional) si todavía no ha sido indemnizado, como los gastos médicos de la víctima que ya se curó. Igualmente, si un sujeto pierde temporalmente su aptitud laborativa, es obvio que no se resarcirá por una incapacidad posterior a la curación, pero deberán reconocerse los desmedros económicos sucedidos durante ese período. En definitiva, no cabe ignorar daños ya producidos, aunque materialmente hayan cesado, si no han sido reparados (Zavala de González M. “Resarcimiento de daños” To. 4 p. 138; en el mismo sentido Zannoni E. “El daño en la responsabilidad civil” n° 19 p.57).<sup>359</sup>

En relación al punto de la *extensión del resarcimiento* conforme señala TRIGO REPRESAS<sup>360</sup> el alcance de la reparación está íntimamente vinculado al tema de la relación de causalidad. Lo impor-

<sup>357</sup> Disponible en [http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=CIERTO](http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=CIERTO)

<sup>358</sup> CAZEAUX, Pedro N.- TRIGO REPRESAS, Félix A.; Derecho de las obligaciones, 4ª ed.; La Ley; 2010, Tomo I, p. 359-60

<sup>359</sup> Citados en Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, Ginzo María Isabel c. Banco Bansud S.A., 17/08/2004, Cita Online: AR/JUR/8214/2004

<sup>360</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A.- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., Código Civil: doctrina, jurisprudencia, bibliografía: obligaciones: artículos 495 a 651, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2005



tante será, consecuentemente, el nexo de causalidad efectivo entre el incumplimiento y el Daño Moral –en este caso- ocasionado. Postula que la causalidad jurídica definirá dicha extensión. Asimismo, esta última –y conforme adelantáramos anteriormente al mencionar los supuestos de incumplimiento por culpa o dolo-, es decir la extensión del resarcimiento en cabeza del responsable, conforme a nuestro Código se diferenciara en el caso de que estemos ante el supuesto del incumplimiento de una obligación o la comisión de un hecho ilícito, de igual modo se distinguirá en ambos casos según que el responsable haya obrado con dolo o culpa.

En relación a este punto, la doctrina ha postulado la existencia de un régimen de responsabilidad extracontractual “más favorable a la víctima” y en el ámbito del incumplimiento contractual operaría al decir de MAYO<sup>361</sup> la pauta del principio “favor debitoris”, pues se mira menos severamente el daño derivado de este incumplimiento que aquel proveniente de un hecho ilícito.

En contra de esta distinción, y en postura a la que –como adelantáramos- adherimos, ZAVALA DE GONZALEZ ha dicho:

“Estimamos que la cuestión no se ciñe a alguna conveniencia, ni a favorecer sin más a las víctimas, a través de una visión unilateral que prescindiría de un equilibrio en su relación con el responsable. Sucede, en cambio, que es irrefutablemente *justo* resarcir en *ambas esferas* –extracontractual y contractual– *todas las consecuencias* causadas por el hecho *con adecuación*, sin exclusiones desprovistas de mínima explicación persuasiva. Por eso, el objetivo no reside en elastizar, ni tampoco en estrechar, el resarcimiento en una u otra órbita de responsabilidad, sino en respetar en cualquiera de ellas pautas indemnizatorias apropiadas y equitativas.<sup>362</sup>”

#### IV.- El Daño Moral contractual en las relaciones de consumo.

Al comenzar estas líneas, hicimos referencia al agravio moral derivado del incumplimiento de los contratos cristalizado en nuestro ordenamiento en el artículo 522 del Código Civil, transcripto ut supra. Este deber de reparar el daño sin discriminar su origen se encuentra en un todo conforme con el principio general del deber de no dañar. En definitiva “en verdad el carácter del perjuicio moral es el mismo, tanto si proviene de un acto ilícito, como del incumplimiento de una obligación contractual”<sup>363</sup>. En virtud de ello, se propició en las Segundas Jornadas Sanjuaninas, la modificación del “podrá” por “deberá”.

Si bien creemos que la modificación propuesta reduciría los supuestos de incerteza jurídica al acotar las atribuciones judiciales en el otorgamiento del resarcimiento que se originan a partir de la presencia como vimos apuntando a través del tratamiento jurisprudencial sobre el punto- de criterios disímiles; entendemos que hasta tanto se produzca dicha modificación, si bien el artículo 522 del Código Civil dispone que el juez “podrá” condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado; esta posibilidad librada al arbitrio judicial no debe ser caprichosa, sino que presente el daño debe resarcirse, y en relación a la extensión de la reparación conforme continua rezando el mismo artículo, el magistrado deberá ponderar “la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”. Si bien esta última pauta parece a primera vista demasiado amplia, entendemos que la posterior incorporación de la protección del consumidor en el artículo 42 de la Constitución Nacional aporta claridad manifiesta en la relación al Daño Moral contractual que se ocasione en los contratos o relaciones de consumo. En este sentido, el régimen tuitivo del consumidor consagrado por la ley 24.240 y sus modificatorias también brinda herramientas que permiten la interpretación armónica de la indemnización ante el daño en este tipo de casos. Asimismo, es principio general que todo daño

<sup>361</sup> MAYO, Jorge en comentario al artículo 521 en la obra Código Civil y leyes complementarias, Dir. BELLUSCIO, Augusto- Coord. ZANNONI, Eduardo, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 725

<sup>362</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Daños mediatos en el Código Civil y la ley de defensa del consumidor, RCyS 2009-III, 23

<sup>363</sup> Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan 1984 en ALTERINI, Atilio; Código Civil Sistematizado; 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2010.



injustamente sufrido, debe ser resarcido. En realidad, aun sosteniendo la postura restrictiva en relación a la procedencia del Daño Moral también en los supuestos de relaciones de consumo (tesis que no compartimos), resulta procedente el Daño Moral que se haya acreditado o que resulte notorio. En este sentido en un reciente fallo se sostuvo:

“El hecho de que el menor no haya sufrido una incapacidad psicofísica como consecuencia de la ingesta del medicamento vendido erróneamente por la farmacia accionada —en el caso, se le entregó un medicamento para adultos con una dosis mayor— no es óbice para que ésta lo indemnice por Daño Moral frente al sufrimiento que seguramente experimentó al ingerir el medicamento y haber requerido una posterior internación para ser desintoxicado.”<sup>364</sup>

El apoyo a una tesis de interpretación amplia o restrictiva tendrá sus consecuencias al momento de valorar la acreditación o no del daño. De este modo, aquellos que sostengan la tesis restrictiva de procedencia de reparación del Daño Moral derivado del incumplimiento contractual requerirán la acreditación de algo más significativo que una molestia o sufrimiento derivado del mero incumplimiento.

La existencia del daño —claramente— es siempre necesaria para la viabilidad de la reparación. Puede suceder que el incumplimiento contractual no haya ocasionado perjuicio mayor que las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios y por ende no se deba indemnizar el Daño Moral, por inexistente. Ahora presente el daño, así se trate de “daños mínimos”, conforme los refiere ZAVALA DE GONZALEZ, o “daños ínfimos” en palabras de MAYO<sup>365</sup> ese daño debe ser reparado pues en primer término no existe norma que impida el resarcimiento de otros daños si no, por el contrario, rige en nuestro derecho el principio de integridad de la reparación. El daño mínimo o ínfimo conceptualmente nos representa la existencia de un daño, lo cual no es igual a no sufrir ningún perjuicio.<sup>366</sup>

En virtud de lo expuesto anteriormente, disentimos con la sentencia que revocó la reparación del agravio moral otorgado por el juez de grado al adquirente de un automóvil 0 km., que presentaba un rayado en el pulido en toda la superficie de la carrocería. En el caso, la Alzada sostuvo que:

“Debe rechazarse el resarcimiento por Daño Moral solicitado por el adquirente de un vehículo que presentaba imperfecciones en el pulido de la carrocería —las cuales fueron tratadas infructuosamente en los talleres de la concesionaria vendedora en dos ocasiones— en tanto la prueba aportada no demuestra que la presencia de un detrimento que hiera su fuero íntimo generándole una mortificación de entidad, siendo que en el ámbito contractual queda a cargo de quien invoca comprobar fehacientemente el perjuicio anímico que dice haber sufrido.”<sup>367</sup>

Creemos, que resulta evidente la frustración experimentada por el consumidor que compró un auto cero km esperando encontrarse con una cosa sin desperfectos, conforme a lo acordado. Máxime si como en el caso, se acreditó que el vehículo presentaba un vicio desde el momento mismo en que el comprador lo retiró de la concesionaria y se aportó prueba testimonial que señalaba la “movilización” emocional por la que había pasado el consumidor.

<sup>364</sup> Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Pérez, Pablo David c. Ulloa de Rebollo, Viviana Marta, 02/09/2010, LLGran Cuyo 2010 (diciembre); Cita Online: AR/JUR/46737/2010

<sup>365</sup> MAYO, Jorge en comentario al artículo 519 en la obra Código Civil y leyes complementarias, Dir. BELLUSCIO, Augusto- Coord. ZANNONI, Eduardo, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 691

<sup>366</sup> En El sentido expuesto encontramos acertada la sentencia de la CNCiv., Sala E, 2011/03/01, Olmos, Mariela Fernanda c. Sanatorio Franchín y otros, La Ley Online, en cuanto sostuvo que: “Por más que se entienda que las lesiones padecidas por un niño que sufrió una fractura mientras estuvo internado en un sanatorio han sido de mínima entidad, debe ser indemnizado el Daño Moral por el experimentado aun cuando luego se haya recuperado íntegramente por el tratamiento seguido, pues, el daño existió y se originó en el incumplimiento contractual de la parte demandada que debía proteger la integridad psicofísica del menor”

<sup>367</sup> Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, Bellagamba, Mariano Sergio c. Volkswagen Argentina S.A. y otro, 17/08/2010, Cita Online: AR/JUR/59620/2010, RCyS 2011-III, 207

<sup>368</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia en 1ª Jornadas Internacionales de Derecho Civil en la Pcia. De Bs AS, 18, 19 Y 20 de Mayo 2011

El nuevo estatuto del consumidor ha generado nuevas perspectivas en la teoría general del contrato. GARRIDO CORDOBERA ha apuntado que el derecho del consumidor erige al consumidor en “un nuevo sujeto de derecho con perfiles propios que impactan en todo el derecho” en materia contractual, respecto a la interpretación y también en relación al deber de información.<sup>368</sup>

En cuanto al Daño Moral derivado del incumplimiento contractual genérico, es decir no especialmente del daño derivado de contratos de consumo, la doctrina se ha debatido respecto a qué debe entenderse por contrato. En este punto coincidimos con la interpretación amplia del término que brinda un sentido dinámico al vocablo contrato. Por lo que la reparación será debida también para los efectos pre y pos contractuales en caso de que el daño se ocasione en dichas instancias. Estimamos, esta interpretación se ajusta al deber de buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos requerida por nuestro ordenamiento.

Como esgrime GHERSI “la causa de existencia jurídico-económica de las etapas previas y posterior es precisamente a través del desarrollo secuencial y dinámico del negocio contractual (...) ambas etapas son necesarias y hasta imprescindibles para el contrato”<sup>369</sup>. Sumado a ello, entendemos que si limitáramos la posibilidad de otorgar la reparación del daño causado solo a aquellos supuestos en que el contrato se encuentre formalizado, actuaríamos en contra de los criterios de equidad, en general; y en especial al deber de información debido al consumidor aun con antelación al perfeccionamiento del contrato, por ejemplo en los casos de publicidad engañosa.

Si como describimos en los párrafos anteriores, la doctrina y la jurisprudencia en relación a que el criterio para otorgar un resarcimiento por agravio moral ante el incumplimiento contractual suele considerar que ha de ser restringido, entendemos que dicho postulado vinculado al incumplimiento ocasionado en virtud de una relación de consumo debe revisarse a la luz del prisma constitucional con su clara finalidad de protección integral del consumidor.

El artículo 42 de la Constitución Nacional ha venido a re-conceptualizar la interpretación de la viabilidad del Daño Moral contractual para el caso de las relaciones de consumo. Esta manda constitucional engrosa vertiginosamente las posibilidades judiciales de otorgar una reparación al que ha sufrido un agravio.

Debemos tener presente que si la restricción en la interpretación de la reparación del Daño Moral contractual va de la mano de la necesidad de agilidad de los negocios, es porque la relación habida entre las partes se piensa, en dichos casos, entre iguales. Por ende, la reparación corresponde en estos supuestos, solo si los molestares ocasionados por el incumplimiento contractual exceden los padecimientos comunes que se producen en el mundo de los negocios. Ahora, a partir de la incorporación del artículo 42, se ha consagrado constitucionalmente una protección para “los nuevos débiles” en términos SAGÜES.<sup>370</sup>

Esta cláusula amplia la interpretación otrora restrictiva para la procedencia de la reparación del agravio moral la cual entendemos ya no podrá cuestionarse, al menos, respecto de los supuestos comprendidos en la relación de consumo. Entonces, a partir del artículo 42 CN se reconoce la existencia de una parte débil que no está –ni debe estarlo– alerta de los giros o modos operacionales del “negocio” de la empresa. El consumidor/usuario “entra” en una relación motivado por obtención del bien o servicio ofrecido por la empresa. Por ello, el incumplimiento por la prestadora puede dañar la esfera extrapatrimonial del cliente aun cuando para la empresa dicho incumplimiento resulte “común

<sup>368</sup> GHERSI, Carlos A.; La regulación jurídica del Daño Moral por incumplimiento contractual; Revista de Derecho de Daños; N°6; Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, Prov. Santa Fe, Argentina, p. 63

<sup>370</sup> SAGÜES, Nestor P., Elementos de Derecho Constitucional, & 1098, p. 569, Astrea, 2da ed.actual. y ampl., 1997 citado por CABEZAS CESCATO, Paola, Acerca del artículo 42 de la Constitución Nacional; LA LEY 1999-E, 211

<sup>371</sup> AGNELLO, Pablo S., El Daño Moral en los contratos de consumo, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Volúmen 2010 fascículo IV, Suplemento del 15-12-2010, p. 18

en el mundo de sus negocios”<sup>371</sup>. La manda constitucional viene, entonces, a zanjar cualquier duda en relación al criterio amplio o restringido con que debe ser interpretada la procedencia de la reparación del agravio moral derivados del incumplimiento contractual, otorgando la victoria a la postura amplia y permitiendo una interpretación más flexible cuando nos hallamos ante el supuesto de relación de consumo. En estos casos es preciso que el arbitrio judicial tenga presente el principio pro consumidor al momento de tener o no por acreditado el daño (artículo 3 LDC), y conceder cuando corresponda la reparación del agravio que haya herido o menoscabado las afecciones legítimas del consumidor.

Consecuentemente, la jurisprudencia a otorgado la reparación del Daño Moral ocasionado al adquirente de un automotor cero kilómetro por la seguidilla de desperfectos eléctricos que presentó:

“Debe otorgarse una indemnización en concepto de Daño Moral al adquirente de un automotor que se vio obligado a resolver el contrato de compraventa ante la presencia de vicios ocultos —en el caso, falló el soporte de fijación de la batería, lo cual ocasionaba problemas eléctricos—, dados los inconvenientes que debió soportar por las mencionadas fallas, que le impidieron disfrutar del bien y ver realizada la expectativa que tuvo cuando lo adquirió.”<sup>372</sup>

En el sentido postulado, de interpretación no restrictiva a la reparación de los daños morales derivados de incumplimientos contractuales en las relaciones de consumo, se viene desarrollando también la jurisprudencia de nuestro país vecino, Brasil.

Así el Superior Tribunal de Justicia ha sostenido en un caso de reclamo de daños morales y materiales devenidos de desperfectos presentados por un vehículo cero kilómetros:

“El vicio del producto de servicio, aun cuando sea solucionado por el fabricante en el plazo legal, podrá dar ocasión a la reparación por daños morales, si están que presentes los elementos caracterizadores de sufrimiento en la esfera moral del consumidor. Se el vehículo cero kilómetros presenta, en sus primeros meses de uso, defectos en cantidad excesiva y capaces de reducir sustancialmente la utilidad y seguridad del bien, tendrá el consumidor derecho a la reparación por daños morales, aun cuando el fabricante tenga solucionado los vicios del producto en el plazo legal”<sup>373</sup>

Es en esta misma sentencia que se señala que el artículo 18 del Código del Consumidor de Brasil no impide el derecho del consumidor a obtener una reparación por Daño Moral, en aquellas hipótesis en que el vicio del producto pueda ocasionar al consumidor un dolor, un sufrimiento, una vejación o humillación capaces de sobrepasar el mero mal sabor del incumplimiento. Es que en Brasil la protección del consumidor, está consagrada como un derecho fundamental en su propia Constitución. En palabras de SCHENK DUKE:

“Ao ordenar a proteção do consumidor, a Constituição Federal de 1988 toma clara posição no sentido de que a esse sujeito de direitos é devida uma posição diferenciada no ordenamento jurídico. E ao fazê-lo dentro do catálogo de direitos fundamentais, isso se torna ainda mais evidente.” (Al ordenan la protección del consumidor, la Constitución Federal de 1988 toma una clara posición en el sentido de que a ese sujeto de derechos le es dada una posición diferenciada en el ordenamiento jurídico. Y el hecho de que lo haya hecho dentro del catálogo de los derechos fundamentales, torna lo dicho aún más evidente)<sup>374</sup>

<sup>372</sup> Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, Sala II, Massaccesi, Carlos Rolando c. Peugeot-Citroën Argentina S.A. y Lourdes S.A. Concesionario Citroën S.A., 22/06/2010, Cita Online: AR/JUR/35169/2010, LLNOA2010 (septiembre), 759

<sup>373</sup> STJ – Resp 324.629 – 3ª Turma – j. 10/12/2002 – rel. Nancy Andrighi – DJU 28/4/2003; Revista dos Tribunais, vol. 818, p. 168, DEZ/2003, JRP/ 2003/1780. La traducción es nuestra. El texto original: “O vício do produto ou serviço, ainda que solucionado pelo fornecedor no prazo legal, poderá ensejar a reparação por danos morais, desde que presentes os elementos caracterizadores do constrangimento à esfera moral do consumidor. Se o veículo zero-quilômetro apresenta, em seus primeiros meses de uso, defeitos em quantidade excessiva e capazes de reduzir substancialmente a utilidade e a segurança do bem, terá o consumidor direito à reparação por danos morais, ainda que o fornecedor tenha solucionado os vícios do produto no prazo legal.”

<sup>374</sup> SCHENK DUQUE, Marcelo, A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional, Revista de Direito do Consumidor | vol. 71 | p. 142 | Jul / 2009 | DTR\2009\396

En el sentido apuntado ha de ser interpretado el artículo 40 y 40 bis de nuestra ley del consumidor, ambos ubicados en el capítulo X relativo a la responsabilidad por daños.

El artículo 40 de la LDC establece una “presunción de causalidad”, lo que determina la responsabilidad objetiva. Esta como otras presunciones, como las concernientes a la interpretación de los contratos a favor del consumidor, están dispuestas, como reitera STIGLITZ<sup>375</sup> a favor del consumidor, se erigen en remedios que justifican la existencia misma del derecho del consumidor que, en definitiva, constituye un sistema de tutela especial para nivelar, igualar a la parte más débil de la relación de consumo.

Como ponen de resalto, WEINGARTEN-GHERSI, el artículo 40 de la LDC (y entendemos que todo el orden tuitivo del consumidor) pretende adecuar las relaciones de consumo a la nueva realidad, a un nuevo contexto. En los supuestos de procesos de fabricación y comercialización en los que el adquirente carece de vínculo contractual con el fabricante y asimismo este al momento del daño ya no cuenta con la condición de dueño o guardián requerida por el artículo 1113 del Código Civil para endilgar la responsabilidad, se pone de manifiesto con claridad la insuficiencia de esta norma del Código de Fondo para reglar este nuevo tipo de relaciones.

Es importante señalar que compartimos con los autores citados la postura de encuadrar a este tipo de relaciones dentro de la categoría de base contractual, pues si bien el adquirente no entabló una relación directa con el fabricante, como dicen los autores a quienes venimos haciendo referencia:

“La responsabilidad es contractual ya que se trata de nuevas estructuras negociales conexas, y en el que convergen distintos contratos todos ellos orientados a la misma satisfacción de una misma finalidad contractual. Es decir, un mismo fin económico es instrumentado a través de una red de contratos funcional y económicamente vinculados pero que en realidad constituye un único negocio, aunque desde su ropaje normativo aparezcan como independientes.”<sup>376</sup>

El artículo 40 bis permite al consumidor obtener la reparación del daño directo (conceptualizado en la misma norma) que se le haya ocasionado, en la sede administrativa y sin perjuicio de que luego el monto obtenido será “deducible de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste (al consumidor) por acciones eventualmente incoadas en sede judicial” (artículo 40 bis LDC).

El artículo 52 bis incorporó los tan cuestionados “daños punitivos”. En la misma norma se hace referencia a que los mismos proceden “independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”

En definitiva, no hay clausula alguna que impida la procedencia del Daño Moral contractual, sino por el contrario, y en una interpretación armónica de los distintos sustratos normativos en concordancia con la especial protección que ha decidido darle el convencional constituyente de 1994 a través del artículo 42, así como del principio de integralidad de la reparación del daño, entendemos que el agravio moral originado en el incumplimiento contractual en supuestos de consumo debe interpretarse con criterio amplio.

Estimamos positiva la jurisprudencia que hace lugar al reclamo por Daño Moral formulado por un pasajero que debió pasar una noche en una terminal de ómnibus de un país extranjero y

<sup>375</sup> STIGLITZ, Gabriel en ponencia “La integración de las presunciones a favor del consumidor y deber de colaboración de las empresas”, XI Congreso Internacional de Derecho de Daños, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2 y 3 de junio 2011.

<sup>376</sup> GHERSI, Carlos A.- WEINGARTEN, Celia; Defensa del consumidor ley 24.240; 1ª ed. Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 190

<sup>377</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, Miani, Mirta Beatriz y otros c. Coit Ltda., 15/07/2010. Cita Online: AR/JUR/49090/2010, RCyS2010-XI, 196

solventar su propia comida, incluida en el precio del pasaje, como consecuencia de la demora en el cumplimiento del contrato de transporte por considerar que la aludida situación “pudo” afectar desfavorablemente la estabilidad emocional del actor.<sup>377</sup> Nótese que la sentencia, otorga el resarcimiento del agravio moral ante la posibilidad lógica, de sentido común de que el consumidor frente al incumplimiento sufrió una afectación emocional.

Es importante la deducción, pues de lo contrario se impone al consumidor que intente acreditar mediante quien sabe qué medios el hecho del padecimiento. Sobre una plataforma fáctica similar, un pasajero que sufrió el retraso de un vuelo y, con ello, perdió la posibilidad de abordar otro vuelo de conexión, fue resarcido por el Daño Moral padecido pues la Cámara estimo que “los padecimientos de índole moral que sobrevienen por la demora se traducen en la pérdida de tiempo de vida.”<sup>378</sup> El destacado nos pertenece. Con ello, creemos queda explícito que en definitiva, ante el incumplimiento contractual en las relaciones de consumo, está en juego algo mucho más profundo que el detrimento material, esta muchas veces en juicio el alcance de la dignidad humana. Aquí, la Alzada con agudas palabras pone de resalto que, en definitiva, es claro el padecimiento en cabeza del consumidor quien pierde tiempo de vida en razón del incumplimiento. Es evidente su perjuicio moral y el porqué de la mayor protección otorgada por nuestra Constitución.

En igual sentido, en un reciente fallo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F<sup>379</sup>, otorgó la indemnización por Daño Moral reclamada por un asegurado en virtud del incumplimiento de un contrato de seguro de automotor, en tanto vio frustrada su legítima expectativa de obtener la indemnización por la destrucción total, pues consideró que no puede desdeñarse el sufrimiento anímico de quien, ante esa pérdida, experimenta un sentimiento de desprotección frente a la compañía aseguradora que debía indemnizar el siniestro.

La reparación del agravio moral, en particular en el ámbito de las relaciones de consumo se justifica en que “aún en el ámbito del incumplimiento contractual, no se trata sólo de la tutela de los intereses económicos de los consumidores. Está en juego la propia dignidad de la persona”. En definitiva, la finalidad misma de la reparación, de la indemnización es la de “restablecer el equilibrio que el incumplimiento de la prestación o el daño han alterado”.<sup>380</sup>

Ese concepto de dignidad de la persona, de vida digna, va redefiniéndose a partir de las nuevas conquistas de la sociedad. Nadie hoy, puede negar la necesidad para el desarrollo armónico de la vida diaria de contar con la correspondiente prestación del servicio de energía eléctrica, y de la comunicación telefónica o de INTERNET, que en muchos casos configura una fuente de ingresos. En virtud de ello, consideramos que es evidente el perjuicio anímico que genera la discontinuidad en la prestación de estos servicios que se han vuelto indispensables para la vida cotidiana. Así lo ha entendido la jurisprudencia al considerar procedente el resarcimiento por el Daño Moral sufrido por un usuario del servicio de energía eléctrica a raíz de un corte en el suministro, pues, las molestias e incomodidades que la interrupción le ocasionó, exceden las que de ordinario debe soportar una de las partes del contrato ante la inejecución temporaria de las obligaciones de la otra, habida cuenta lo extraordinario de su duración —en el caso, siete días—, y por la índole de la prestación comprometida por la empresa prestataria, ella resulta de imprescindible necesidad para el desarrollo de la vida moderna.<sup>381</sup> Asimismo, en un caso en el que una empresa prestadora del servicio de telecomunicación realizó una facturación incorrecta e interrumpió erróneamente una línea de telefonía celular, se la

<sup>378</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, Di Pace, Guillermo Domingo c. Trans American Airlines S.A Trans Am S.A, 29/04/2010, Cita Online: AR/JUR/28990/2010, La Ley Online. En sentido similar puede verse Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Schuster, Matías Nicolás c. Air Madrid y otro, 13/04/2010, Cita Online: AR/JUR/21626/2010, LA LEY 06/08/2010, 7; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, Saravi, Alejandro José y otro c. Air Madrid Líneas Aéreas S.A., 31/03/2010, Cita Online: AR/JUR/30533/2010, RCyS2010-X, 182

<sup>379</sup> Soler, Marcelo Gustavo c. Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A., 13/07/2010, Cita Online: AR/JUR/47163/2010. En igual sentido, CNCom, sala F, “Cots, Roberto Jorge c. La Caja de Seguros SA”, 2010/06/24, RCyS 2010-X, 228, AR/JUR/39497/2010

<sup>380</sup> CAZEAUX, Pedro N.- TRIGO REPRESAS, Félix A.; Derecho de las obligaciones, 4ª ed.; La Ley; 2010, Tomo I, p. 214

<sup>381</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, Pintos, Raúl Jorge c. Edesur S.A., 25/03/2010, Cita Online: AR/JUR/14174/2010

<sup>382</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Vásquez, Gabriel Fernando c. CTI PCS S.A., 23/03/2010, Cita Online: AR/JUR/14409/2010, RCyS2010-VIII, 213



condenó al pago de una indemnización en concepto de Daño Moral al usuario, en tanto se entendió que la situación vivida por el actor frente a sus desatendidos reclamos bien pudo aparejarle sinsabor, ansiedad y molestias que de algún modo trascendieron la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias, máxime teniendo en cuenta que el accionante realizaba un deporte poco usual —en el caso, aladeltismo—, no grupal, sujeto a los vaivenes del clima y en el cual las largas distancias se compensan o acortan a través del teléfono móvil.<sup>382</sup>

Por ello, sostenemos que en el incumplimiento contractual en el ámbito de las relaciones del consumo, la procedencia del resarcimiento del Daño Moral debe efectuarse con criterio amplio, pues de este modo lo ha querido el constituyente en nuestra ley Fundamental. Al decir de SABSAY, este artículo 42 ensancha el ideal de calidad de vida digna, “para asegurar una competencia genuina que les confiera a las personas una verdadera libertad de elección de bienes y servicios”<sup>383</sup>. Consecuentemente, agregamos, si lo que ha buscado el constituyente mediante la especial protección brindada al consumidor —en lo que aquí nos interesa— es ensanchar la protección de la dignidad humana y permitir una verdadera libertad de elección, es menester que el magistrado no permita que el incumplimiento empañe dicha elección. En este sentido, si el incumplimiento resulta “económico”, entonces será más rentable que el cumplimiento concertado.

Este costo mínimo del incumplimiento —si constantemente se interpreta que no será procedente el resarcimiento el Daño Moral— terminaría por empañar la posibilidad de elegir libremente del consumidor pues perdería la certeza de que lo que contrata sea lo que efectivamente recibirá.

## V.- Colofón

A la luz de los fundamentos expuestos, de la jurisprudencia y doctrina recabadas, consideramos que una razonable interpretación del ordenamiento tuitivo del consumidor que proscribe la interpretación “pro consumidor” (art. 3º, ley 24.240) y, principalmente, en virtud de la revalorización y protección otorgada por el constituyente mediante la incorporación de una salvaguarda especial para quienes considero en especial situación de vulnerabilidad —en tanto “No puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto”<sup>384</sup>—, hacen preciso que sea acogido con criterio amplio la procedencia de la reparación del Daño Moral sufrido a la luz de un vínculo contractual incumplido cuando nos hallemos ante la presencia de una relación de consumo.

Esta interpretación es la única que permitirá la reparación integral del perjuicio ocasionado al consumidor, y pesa —a raíz de la normativa en juego a aplicar conforme hemos visto a lo largo de estas líneas— sobre el magistrado la efectiva consecución de la justicia en el caso. Como de modo sublime afirmaba el Chief of Justice de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, John Marshall: “Nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución”<sup>385</sup>. Consecuentemente, toda intelección que se oponga al dogma de nuestra Carta Fundamental debe ser desechada so perjuicio que se permita que una norma inferior aniquile las conquistas que tanto batallar han requerido para consagrar la voluntad del constituyente. Pues, nuevamente rememorando al Chief Marshall, en el célebre caso *Marbury c. Madison*, ya citado, en fragmento que nos permitimos transcribir:

“o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. (...) Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la

<sup>383</sup> SABSAY, Daniel, Op. Cit. p. 237.

<sup>384</sup> Suprema Corte de Estados Unidos, *Marbury c. Madison*, 24/02/1803, Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría General del Derecho - Director: Eduardo Angel Russo - Editorial LA LEY, 2002, 3, con nota de Sergio Gustavo Simona; Gelli, Miller, Cayuso en *Constitución y Poder Político* Tomo 1, 5, Ed. Astrea; Cita Online: AR/JUR/2/1803

<sup>385</sup> Citado por HARO, Ricardo, “La razonabilidad y las funciones del control”, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>



# PARTE ESPECIAL

---

# CAPÍTULO IX: TARJETA DE CRÉDITO

---

Por Graciela Ritto

Constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.”

Por ello, y sin perjuicio de lo normado en el artículo 522 del Código Civil, en el supuesto del Daño Moral derivado del incumplimiento en las relaciones de consumo, no quedan dudas de que la reparación debe interpretarse con criterio amplio y conforme a la pauta pro consumidor de modo de cumplir con la especial protección brindada por la manda constitucional a quienes se encuentran en la posición aludida

## TARJETA DE CRÉDITO

Nos interesa abordar el contrato de emisión de tarjeta de crédito, dado su significancia en el mundo globalizado y su regulación normativa específica que prevé expresamente la aplicación de la ley 24.240 al sistema.

Ello nos permite afirmar que en dicho sistema regido por la ley 25.065, se identifican relaciones de consumo: el contrato entre el emisor y el usuario y el contrato entre el usuario y el proveedor.

Con fecha 7 de diciembre de 1998 el Honorable Congreso de la Nación sancionó la ley 25.065 (Adla, LIX-A, 62), denominada “de Tarjetas de Crédito” (en adelante LTC), que fue promulgada con fecha 9 de enero de 1999 y publicada en el B.O. el día 14 del mismo mes

Sin duda, la tarjeta de crédito constituye hoy la forma más adoptada de la actividad comercial en la economía de mercado.

Como todos los institutos de la ingeniería financiera moderna tuvo nacimiento en los Estados Unidos de Norteamérica (Dasso, Ariel, 2010) y allí constituye el epicentro del más formidable desarrollo, aunque está incorporado al comercio global.<sup>386</sup> 1)

La historia de las tarjetas bancarias se remonta al año 1914, cuando la Western Unión emitió la primera tarjeta de crédito al consumidor, pero en particular a sus clientes preferenciales.

Hasta la primera mitad del siglo otras empresas, como hoteles, tiendas por departamentos y compañías gasolineras emitieron tarjetas de crédito para sus clientes-.

Después de la Segunda Guerra Mundial, surgieron con renovado ímpetu nuevas tarjetas pero recién en 1950 cuando salió la tarjeta Diners Club, una tarjeta de crédito fue aceptada por variedad de comercios.

Las comisiones ocultas y alzas retroactivas de los tipos de interés, que constituye una de las principales fuentes de ingresos para los emisores, refleja la grave situación generada en el ámbito operativo del mundo negocial por el uso de la tarjeta de crédito.

Partiendo de las complejas relaciones jurídicas que conlleva la operatoria, era indudable la necesidad de la protección al débil jurídico, en el caso, el usuario, y de allí la aplicación del marco normativo consumerista.

La procedencia de la reparación del Daño Moral contractual se configura así, en los precedentes judiciales que citaremos, per se, sin requerir prueba específica, al vulnerarse el derecho a la información, el trato digno, el carácter vinculante de la publicidad, y al realizarse prácticas abusivas por parte de los emisores: entidades financieras, bancarias o comerciales, provocándose una lesión a un interés jurídico espiritual, el honor y el prestigio de las personas.

<sup>386</sup> Dasso, Ariel A. Ley de Tarjeta de Crédito comentada. LA LEY14/07/2010 ,4 • LA LEY2010-D,1358

La evolución jurisprudencial ha sido interesante, y a más de reafirmar la tendencia al reconocimiento del resarcimiento del Daño Moral en las relaciones de consumo, también avanza en la aplicación del daño punitivo a favor del consumidor, como medida preventiva y ejemplificadora para las entidades emisoras que no respeten el espíritu tuitivo de la normativa vigente.

Algunas consideraciones sobre el Sistema de Tarjeta de crédito:

### **Contrato de emisión de tarjeta de crédito**

Es una figura contractual compleja: tiene que existir un contrato entre el emisor y el titular (el titular paga al emisor la liquidación periódica) y otro contrato entre el emisor y el comercio ante el cual el usuario emplea su tarjeta (éste acepta la tarjeta del titular para lo cual la emisora se obliga a pagarle el importe consumido, previa deducción de una comisión).

Es una típica negociación masiva: para su funcionamiento se necesita un n° mínimo de usuarios y comercios que adhieran al régimen (la finalidad es disponer de un fondo permanente de dinero que permita pagar al comercio adherido con la periodicidad pactada).

En rigor de verdad, se trata de una serie de negocios jurídicos coordinados hacia un objetivo común el contrato de emisión entre emisora y usuario / el contrato de provisión entre emisora y proveedor/ y finalmente el contrato de consumo entre usuario y proveedor (donde la tarjeta constituye el medio de pago ) y el banco que liga con el usuario a la empresa de tarjeta de crédito, con el emisor (contrato de licencia o franquicia) por medio del cual la empresa titular de la marca cede a la entidad financiera la administración y financiamiento del sistema.<sup>387</sup>

Hay otros sujetos beneficiarios del sistema como los usuarios adicionales o beneficiarios de extensiones (a quienes el titular habilita para operar con el sistema)

### **El Sistema de Tarjeta de crédito para la ley 25.065**

La legislación vigente regula al sistema de tarjeta de crédito como un conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales, por lo que es indubitable la conexidad contractual a la que se hizo referencia.

En el TITULO I - De las relaciones entre emisor y titular usuario, Capítulo, Del sistema de la Tarjeta de Crédito, Artículo 1º, se establece que se entiende por sistema de Tarjeta de Crédito al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales cuya finalidad es posibilitar al usuario efectuar operaciones de compra o locación de bienes o servicios u obras, obtener préstamos y anticipos de dinero del sistema, en los comercios e instituciones adheridos, diferir para el titular responsable el pago o las devoluciones a fecha pactada o financiarlo conforme alguna de las modalidades establecidas en el contrato y abonar a los proveedores de bienes o servicios los consumos del usuario en los términos pactados.

El sistema operativo de “Tarjeta de crédito” se puede caracterizar (Trigo Represas, 2005) “como un sistema integrado por distintos contratos bilaterales, individuales y autónomos jurídicamente entre ellos, celebrados entre partes diversas (como por ejemplo los celebrados entre los usuarios con el ente emisor, los de éste con el administrador del sistema (si se trata de un sistema abierto), los del administrador con los comercios adheridos o proveedores, etc.), que forman una unidad al estar conexados por su finalidad económica, siendo su complementación y coordinación necesarias para el funcionamiento del sistema”.<sup>388</sup>

<sup>387</sup> Ghersi, Carlos A, Weingarten Celia. *Tratado de los contratos, Tomo III*, La Ley, Buenos Aires, 2010

<sup>388</sup> Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. IV, La Ley, Bs. As., 2005, p. 392.

<sup>389</sup> Muguillo, Roberto A. *Tarjeta de crédito*, Astrea, Bs. As., 1994, p. 79, citado por Trigo Represas y López Mesa en ob. cit.

También Muguillo sostiene que “en su conjunto la tarjeta de crédito es un negocio jurídico de coordinación, plural y masivo, complejo, conformado en una unidad de relaciones jurídicas diversas, donde cada relación entre los intervinientes tiene una regulación y naturaleza propia y autónoma, que sólo adquiere sentido al conformar este sistema por vía de coordinación y complementación (necesaria para ser operativo), demostrando la ineficacia de cada una de ellas de no integrarse recíprocamente”.<sup>389</sup>

La ley establece una serie de definiciones en el CAPITULO II, Art. 2º, relativas a los integrantes del Sistema y a las diferentes clases de tarjeta que pueden integrar la operatoria:

- a) **Emisor:** Es la entidad financiera, comercial o bancaria que emita Tarjetas de Crédito, o que haga efectivo el pago.
- b) **Titular de Tarjeta de Crédito:** Aquel que está habilitado para el uso de la Tarjeta de Crédito y quien se hace responsable de todos los cargos y consumos realizados personalmente o por los autorizados por él mismo.
- c) **Usuario, titular adicional, o beneficiario de extensiones:** Aquel que está autorizado por el titular para realizar operaciones con Tarjeta de Crédito, a quien el emisor le entrega un instrumento de idénticas características que al titular.
- d) **Tarjeta de Compra:** Aquella que las instituciones comerciales entregan a sus clientes para realizar compras exclusivas en su establecimiento o sucursales.
- e) **Tarjeta de Débito:** Aquella que las instituciones bancarias entregan a sus clientes para que al efectuar compras o locaciones, los importes de las mismas sean debitados directamente de una cuenta de ahorro o corriente bancaria del titular.
- f) **Proveedor o Comercio Adherido:** Aquel que en virtud del contrato celebrado con el emisor, proporciona bienes, obras o servicios al usuario aceptando percibir el importe mediante el sistema de Tarjeta de Crédito.

Se ha afirmado que la Ley de Tarjeta de Crédito puede verse como un intento fracasado de componer tres sectores con intereses claramente contrapuestos<sup>390</sup> (Paolantonio, 1999):

- a. El de los titulares o usuarios, consumidores en los términos del art. 1º de la LDC, abrumados por cláusulas contractuales abusivas (art. 37 LDC), sujetos a un costo financiero excesivo y objeto de una utilización masiva e indiscriminada de sus datos personales.
- b. El de los proveedores o comercios adheridos: que además de verse afectados por un contenido contractual predispuesto, pagan un importante costo directo por su participación en el sistema.
- c. El de los emisores: mayoritariamente, entidades financieras, que no podían lograr un cobro expeditivo de sus acreencias.

La situación de los usuarios es parcialmente atendida (arts. 3º, 13, 14 LTC y 37 LDC).

La de los proveedores, cuyo interés primario pasaba por la reducción de costos por participar en el sistema, sólo recibe alguna protección adicional derivada de los límites a las tasas de interés aplicables y la derivada de la regulación parcial del contrato de adhesión.

Los emisores – principalmente entidades financieras – sólo tenían interés en una regulación de las tarjetas de crédito para obtener un rápido recupero de los créditos en mora (art. 39 LTC - de la preparación de la vía ejecutiva).

<sup>390</sup> Paolantonio, Martín E. *Régimen Legal de la Tarjeta de Crédito*. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999.

## Régimen jurídico: la aplicación supletoria de la normativa consumerista

**Art. 3° de la ley 25.065 - Ley aplicable.** Las relaciones por operatoria de Tarjetas de Crédito quedan sujetas a la presente ley y supletoriamente se aplicarán las normas de los Códigos Civil y Comercial de la Nación y *de la ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240)*

En las relaciones jurídicas entre el emisor y el titular se aplica la LDC, lo mismo entre el titular y el proveedor. (La LDC integra y limita el contenido posible del contrato).

En las relaciones jurídicas entre el emisor y el proveedor o comercio adherido prevalecen las normas del Código de Comercio.

## El Sistema de Tarjeta de crédito y la Ley de Defensa del Consumidor

Integran el marco regulatorio de las tarjetas de crédito, las siguientes disposiciones de la LDC:

- **Art. 4:** Deber de información
- **Art. 7:** carácter vinculante de la oferta al público
- **Art. 8:** carácter vinculante de la publicidad que constituye oferta contractual e integra el contrato del consumidor.
- **Art. 35:** prohibición de ofertas que impongan cargos al consumidor en caso de silencio o no contestación.
- **Arts. 37 a 39:** cláusulas abusivas en la contratación.
- **Art. 40** responsabilidad objetiva por daño (solidaria de toda la cadena de comercialización)
- **Art. 40 bis** Daño directo (multa en procedimiento administrativo a favor del consumidor: daño patrimonial)
- **Arts. 41** y siguientes: autoridad de aplicación, procedimiento y sanciones.
- **Art. 50** prescripción
- **Art. 52 bis** daños punitivos
- **Art. 53** beneficio de gratuidad.

## El contenido del Contrato de emisión de tarjeta de crédito y su perfeccionamiento

El Art. 6° de la ley 25.065 se refiere al contenido del contrato de emisión que deberá contemplar: plazo de vigencia especificando comienzo y cese de la relación, plazo de vigencia de la tarjeta, plazo para el pago de las obligaciones por parte del titular, porcentual de montos mínimos de pago conforme a las operaciones efectuadas, montos máximos de compras o locaciones, obras o retiros de dinero mensuales autorizados, tasas de intereses compensatorios, tasa de intereses punitivos, fecha de cierre contable de operaciones, tipo y monto de cargos administrativos, procedimiento y responsabilidades en caso de pérdida o sustracción de tarjetas, importes o tasas por seguros de vida o por



cobertura de consumos en caso de pérdida o sustracción de tarjetas, firma del titular y de personal apoderado de la empresa emisora, las comisiones fijas o variables que se cobren al titular por el retiro de dinero en efectivo, consecuencias de la mora, una declaración en el sentido que los cargos en que se haya incurrido con motivo del uso de la Tarjeta de Crédito son debidos y deben ser abonados contra recepción de un resumen periódico correspondiente a dicha tarjeta y las causales de suspensión, resolución y/o anulación del contrato de Tarjeta de Crédito.

El contenido mínimo previsto por la norma, dado que el contrato de tarjeta de crédito es de adhesión, es un mandato legal para el emisor. (Fallo de 1° instancia del T.S de Córdoba, sala Civ y Com, LLC22/08/1996)

*La omisión de dicho contenido no puede provocar la nulidad del contrato, porque perjudicaría al titular o usuario, sino sanciones para el emisor (pérdida de la vía ejecutiva y eventuales sanciones administrativas).*

El contrato de emisión es: bilateral, oneroso, consensual (la entrega de la tarjeta no es requerida para perfeccionar el contrato), conmutativo (la variabilidad de la tasa de interés no le da carácter aleatorio), típico, de adhesión, de ejecución continuada y de consumo (salvo el caso de las tarjetas de empresa o corporativas).

## **Perfeccionamiento de la relación contractual:**

El contrato de Tarjeta de Crédito entre el emisor y el titular queda perfeccionado sólo cuando se firma el mismo, se emitan las respectivas tarjetas y el titular las reciba de conformidad

El emisor deberá entregar tantas copias del contrato como partes intervengan en el mismo (Art. 8° de la LTC).

En tal sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, en autos: Mastronardi, Elio c. Coto C.I.C.S.A. s/ ordinario 24/11/2011, DJ09/05/2012, 74, cita online: AR/JUR/87393/2011, ha sostenido que: *“El contrato de tarjeta de crédito no puede considerarse perfeccionado ni por ende generador de efecto alguno, teniendo en cuenta las previsiones del art. 8 de la ley 25.065 y las propias condiciones predispuestas en el formulario suscripto por el cliente, si la entidad emisora omitió remitirle el plástico, sin que obste a esa conclusión la circunstancia de que hubiese entregado un voucher para la realización de una primera compra”.*

## **Nulidad de los contratos y de las cláusulas contractuales y la aplicación supletoria de la LDC.**

El Art. 13 de la LTC regula la nulidad de los contratos que no se ajusten a las prescripciones de la ley y su inoponibilidad al titular, sus fiadores o adherentes.

El art. 14 incluye un listado de cláusulas abusivas y por ende nulas, a saber:

- a) Las que importen la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos que otorga la presente ley.
- b) Las que faculden al emisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato.
- c) Las que impongan un monto fijo por atrasos en el pago del resumen.
- d) Las que impongan costos por informar la no validez de la tarjeta, sea por pér-

dida, sustracción, caducidad o rescisión contractual.

- e) Las adicionales no autorizadas por la autoridad de aplicación.
- f) Las que autoricen al emisor la rescisión unilateral incausada.
- g) Las que impongan compulsivamente al titular un representante.
- h) Las que permitan la habilitación directa de la vía ejecutiva por cobro de deudas que tengan origen en el sistema de tarjetas de crédito.
- i) Las que importen prórroga a la jurisdicción establecida en esta ley
- j) Las adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de Tarjeta de Crédito

No se enuncia un listado de posibles cláusulas abusivas (como por ej art. 51 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil). Estas cláusulas son una especie de las cláusulas abusivas del art. 37 LDC y no impiden la aplicación de dichas pautas genéricas.

La Secretaría de Industria, Comercio y Minería en Información de Prensa N° 499 del 1 de febrero de 1999 ha señalado que las cláusulas detectadas con mayor frecuencia se refieren a la modificación unilateral de las condiciones contractuales, la indeterminación de gastos administrativos y / o intereses, el asignar carácter de título ejecutivo a títulos que no lo son, el cobro de deudas aún no vencidas como si fueran de plazo vencido, el débito de la totalidad del saldo de la tarjeta aunque haya financiamiento, la rescisión unilateral e intempestiva de contratos y la imposición de jurisdicción para eventuales litigios.

La cláusula abusiva implica la alteración del principio de buena fe contractual y el quiebre del equilibrio entre las partes, siendo muy usual en los contratos de adhesión.

- En tal sentido, el Proyecto de Reforma PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN REDACTADO POR LA COMISIÓN DE REFORMAS DESIGNADA POR DECRETO 191/2011, RICARDO L. LORENZETTI (Presidente) regula en el ARTÍCULO 1119.- Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, *es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.*

## La regulación de las comisiones y de los intereses aplicables al titular

El Art. 15 de la LTC tiene un espíritu tuitivo con relación al proveedor, estableciendo límites frente a los abusos de las emisoras en el cobro de comisiones..

En este orden de idea prescribe que: “El emisor de tarjetas de compra y crédito en ningún caso efectuará descuentos ni aplicará cargos, por todo concepto, superiores a un TRES POR CIENTO (3%) sobre las liquidaciones presentadas por el proveedor. Para las tarjetas de débito bancario este porcentaje máximo será del UNO COMA CINCO POR CIENTO (1,5%) y la acreditación de los importes correspondientes a las ventas canceladas mediante tarjetas de débito en las cuentas de los establecimientos adheridos, se hará en un plazo máximo de TRES (3) días hábiles”.

Explica Paolantonio que los descuentos sobre las operaciones realizadas alcanzaban, al tiempo de la discusión parlamentaria de la LTC, los porcentajes más altos del sistema (8 a 10 % en

<sup>391</sup> Obra citada

promedio).<sup>391</sup>

El mismo espíritu protectorio se manifiesta en el art. 16 que establece un tope al porcentaje de los intereses aplicables al titular.

En el supuesto de las tarjetas de crédito en sentido estricto, aquellas que otorgan la posibilidad de diferir parcialmente el pago al emisor de las operaciones realizadas, el límite o tope de los intereses compensatorios o financieros es del 25% con el deber de información por parte de las entidades financieras de exhibir al público en todos los locales la tasa de financiación.

Y el Art.18 de la LTC regula que el límite de los intereses punitivos que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del cincuenta por ciento (50%) a la efectivamente aplicada por la institución financiera o bancaria emisora en concepto de interés compensatorio o financiero.

Independientemente de lo dispuesto por las leyes de fondo, los intereses punitivos no serán capitalizables.

## Contenido del resumen

El contenido obligatorio del resumen mensual del emisor o la entidad que opere por su cuenta está normado en el art. 23, y su cumplimiento tiene vital importancia para el emisor, ya que el resumen de cuentas deberá ser presentado conjuntamente con el contrato de emisión para la preparación de la vía ejecutiva del art. 39 de la ley.

## El procedimiento de impugnación del resumen de cuentas:

El emisor deberá enviar el resumen al domicilio o a la dirección de correo electrónico que indique el titular en el contrato o el que con posterioridad fije fehacientemente, de conformidad con el art. 24 de la LTC.

Y deberá ser recibido por el titular con una anticipación mínima de cinco (5) días al vencimiento de su obligación de pago, independientemente de lo pactado en el respectivo contrato de Tarjeta de Crédito, según lo dispuesto por el Art. 25 de la LTC.

## La norma contempla además dos alternativas:

En el supuesto de la no recepción del resumen, el titular dispondrá de un canal de comunicación telefónico proporcionado por el emisor durante las veinticuatro (24) horas del día que le permitirá obtener el saldo de la cuenta y el pago mínimo que podrá realizar.

La copia del resumen de cuenta se encontrará a disposición del titular en la sucursal emisora de la tarjeta.

La doctrina hablaba de la denominada “obligación de cooperación”, cuyo resultado era la mora del titular por la falta de pago, aun cuando no hubiera recibido el resumen.

En este orden de ideas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, en autos: Recalde Miguel Ángel c. HSBC Bank Argentina, S.A., 2010-04-27, RCyS 2011-II,73, ha dicho que: *Lo expresado apunta a resaltar la importancia de que el titular sea informado del resumen a los efectos de abonar —totalmente u opte por el pago mínimo— o, en su caso, impugnarlo. Pero aquí*

*aparece un deber por parte del titular, una obligación de cooperación, en este sentido se expresa que: “Este derecho —a recibir el resumen en el domicilio constituido o el que se constituya luego por medio fehaciente— no genera la facultad de negarse a pagar la deuda, porque existe por parte del usuario una obligación de cooperación. El incumplimiento por parte de la entidad emisora puede generar otras consecuencias, como por ejemplo que no se apliquen intereses punitivos, sino a partir de la recepción efectiva del resumen”.* Consideramos ante las distintas alternativas que otorga la norma, que se aplica la interpretación más favorable al consumidor.

## **Procedimiento de impugnación del resumen de cuenta:**

El titular puede cuestionar la liquidación dentro de los treinta (30) días de recibida, detallando claramente el error atribuido y aportando todo dato que sirva para esclarecerlo por nota simple girada al emisor (art. 26 LTC).

- La jurisprudencia ha sostenido que no corresponde sobredimensionar el carácter definitivo que tienen los resúmenes de cuenta no impugnados en el tiempo y la forma convenidos por las partes en el respectivo contrato de emisión de una tarjeta de crédito, pues queda legalmente a salvo, y hasta su prescripción, la acción prevista por el Art. 790 del Código de Comercio (Cam. Nac Com, sala D, 29-9-89, LL 1990 – A -510, LL. 1998 – B, 775).

Recordemos que el Art. 790 del Código de Comercio establece que la acción para solicitar el arreglo de la cuenta corriente, el pago del saldo, judicial o extrajudicialmente reconocido, o la rectificación de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas, se prescribe por el término de 5 (cinco) años.

En igual término prescriben los intereses del saldo, siendo pagaderos por año o en períodos más corto. (Acción autónoma de rectificación de cuentas).

Asimismo es cláusula abusiva y por ende nula, la del contrato de emisión que abrevie el plazo para impugnar el resumen establecido por la ley o exija mayores formalidades que las requeridas por la normativa.

El emisor debe acusar recibo de la impugnación dentro de los siete (7) días de recibida y, dentro de los quince (15) días siguientes, deberá corregir el error si lo hubiere o explicar claramente la exactitud de la liquidación, aportando copia de los comprobantes o fundamentos que avalen la situación. El plazo de corrección se ampliará a sesenta (60) días en las operaciones realizadas en el exterior. (Art. 27 de la LTC)

No existe sanción prevista para el supuesto de falta de resolución en término, salvo las reguladas genéricamente en el art. 48 de la LTC.

Asimismo, mientras dure el procedimiento de impugnación, el emisor no podrá impedir ni dificultar de ninguna manera el uso de la Tarjeta de Crédito o de sus adicionales mientras no se supere el límite de compra y podrá exigir el pago del mínimo pactado por los rubros no cuestionados de la liquidación. (Art. 28 LTC).

A contrario sensu, la entidad emisora no podrá exigir el pago de los rubros cuestionados, ya que dicha conducta configuraría práctica abusiva en los términos del Art. 8° bis de la LDC, y conllevaría la correspondiente obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

Ha afirmado, en concordancia, con esta línea de pensamiento, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, en autos: Banco Río de la Plata c. Lobato Patricia Lorena y otros s/ sumario, 10/05/2011, Cita Online: AR/JUR/29610/2011 que: *“Es improcedente la pretensión de la entidad financiera actora de percibir las sumas de dinero correspondientes a consumos realizados mediante tarjeta de crédito en tanto, al existir impugnación fehaciente de los resúmenes de cuenta y*

*habiendo la accionada sostenido el carácter fraudulento de los consumos, estaba a su cargo aportar los cupones respectivos para que sobre ellos se realizara una pericia caligráfica a fin de establecer si el proveedor o la entidad cumplieron con todas las obligaciones a su cargo y, en particular, la verificación de la identidad del portador del plástico”.*

Y asimismo, el Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 10, en autos: Mattarollo, Rogelio Roberto y otro c. Banco Río y otro s/ ordinario, 21/12/2010, Cita Online: AR/JUR/101927/2010, sostuvo que: *“La entidad emisora de una tarjeta de crédito es solidariamente responsable por los daños que padeció el titular de una tarjeta al debitársele los consumos cuestionados, pues, el sistema de tarjeta de crédito es un régimen de contratos conexos, utilizando para su concreción la participación de otras entidades, que no puede considerarse ajeno al negocio por no ser el contratante directo, ni puede por ello oponer la barrera del principio de las res inter alios acta”.*

## La preparación de la vía ejecutiva

El emisor podrá preparar la vía ejecutiva contra el titular, de conformidad con lo prescripto por las leyes procesales vigentes en el lugar en que se acciona, pidiendo el reconocimiento judicial de:

- a) El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito instrumentado en legal forma.
- b) El resumen de cuenta que reúna la totalidad de los requisitos legales (art. 23).

Por su parte el emisor deberá acompañar:

- a) Declaración jurada sobre la inexistencia de denuncia fundada y válida, previa a la mora, por parte del titular o del adicional por extravío o sustracción de la respectiva Tarjeta de Crédito.
- b) Declaración jurada sobre la inexistencia de cuestionamiento fundado y válido, previo a la mora, por parte del titular, de conformidad con lo prescripto por los artículos 27 y 28 de esta ley. (Art. 39 de la LTC).

Desde el punto de vista procesal es un título ejecutivo incompleto, porque la vía compulsiva sólo es viable, después de un procedimiento de conformación de la documentación.

La ley veda expresamente el cobro ejecutivo directo de los saldos, tanto sea a través de cuentas corrientes abiertas con ese fin exclusivo como mediante cláusulas contractuales que así lo permitieran y que consecuentemente serían abusivas. 2)

A mayor abundamiento, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala II, 5-04-2005, Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Solís Guillermo, LLBA, 2005, 1128 ha dicho que *“Es improcedente la ejecución del certificado de saldo deudor existente en la cuenta corriente mediante la cual el demandado operaba exclusivamente con los movimientos de una tarjeta de crédito y sus accesorios, pues en virtud de lo dispuesto por el art. 42 de la ley 25.065, dicho certificado es nulo de nulidad absoluta como título ejecutivo, por lo cual se debe acudir a la vía que establecen los arts. 38 y 39 de la citada ley”.*

## Cláusulas de exoneración de responsabilidad

Carecerán de efecto las cláusulas que impliquen exoneración de responsabilidad de cualquiera de las partes que intervengan directa o indirectamente en la relación contractual. (Art. 26 LTC)

Este artículo se correlaciona con el art. 14 de la LTC, reafirmando que las cláusulas de exoneración de responsabilidad son abusivas y por ende nulas.

## La prescripción.

Las acciones de la presente ley prescriben:

- a) Al año, la acción ejecutiva.
- b) A los tres (3) años, las acciones ordinarias. (Art. 47 LTC).

La prescripción no opera de oficio (Gherzi, Weingarten, 2010) sino que para que la misma sea viable es necesario que la contraparte oponga tal excepción.

## Las sanciones para las emisoras:

La autoridad de aplicación, según la gravedad de las faltas y la reincidencia en las mismas, o por irregularidades reiteradas, podrá aplicar a las emisoras las siguientes sanciones de apercibimiento: Multas hasta veinte (20) veces el importe de la operación en cuestión y cancelación de la autorización para operar. (Art. 48 de LTC).

**Autoridad de Aplicación de la Ley 25.065.** A los fines de la aplicación de la ley actuarán como autoridad de aplicación, de acuerdo con el Art. 50:

- a) El Banco Central de la República Argentina, en todas las cuestiones que versen sobre aspectos financieros.
- b) La Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en todas aquellas cuestiones que se refieran a aspectos comerciales, pudiendo dictar las respectivas normas reglamentarias y ejercer las atribuciones de control, vigilancia y juzgamiento sobre su cumplimiento.
- Con relación al inciso b), la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación, ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas.

Cabe señalar que la autoridad de aplicación en lo relativo a las cuestiones comerciales es la misma que contempla la LDC, por lo que deberá vigilar especialmente el cumplimiento del deber de información y el contenido del contrato de adhesión, de manera de evitar la inclusión de cláusulas abusivas.

## Competencia

Serán jueces competentes, en los diferendos entre:

- a) Emisor y titular, el del domicilio del titular.

Emisor y proveedor, el del domicilio del proveedor. (Art. 52).

El art. se correlaciona con el art. 14, que regula la nulidad de cláusulas y en su inciso j incluye a las que importen prórroga a la jurisdicción establecida en esta ley.



## La reparación en las relaciones de consumo:

*El Daño Moral y la defensa del consumidor: jurisprudencia en materia de tarjeta de crédito*

Hemos realizado una selección jurisprudencial, ordenada cronológicamente a los fines de constatar el avance de las decisiones de nuestros magistrados hacia el reconocimiento del Daño Moral contractual, adhiriendo a la tesis amplia de interpretación del art 522 del CC, y consagrando su configuración per se, sin requerir prueba específica, y su carácter autónomo, reafirmado por nuestro más alto Tribunal en Santa Coloma (JA, 1986, IV -624).

CNCom, Sala C, 26/04/1995. La Ley, 1996 – E, 649:

*“Cabe hacer lugar a la indemnización por el Daño Moral sufrido por el usuario de una tarjeta de crédito que fue cancelada sin justificación válida, si la retención y destrucción se llevó a cabo en un comercio adherido al sistema, por expresas instrucciones del banco emisor, lo que debió provocar en el ánimo del actor un sentimiento de angustia y afectación del propio prestigio, originado por la circunstancia de aparecer protagonizando un proceder contrario a las leyes a la vista de un vendedor y de quienes se hallaban presumiblemente en el lugar”.*

La cancelación de la tarjeta sin justificación válida, llevada a cabo en el local comercial da lugar a la procedencia del Daño Moral contractual, per se, atento que es indudable la lesión a un interés jurídico espiritual, en el caso, la afectación al prestigio de la persona.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D., autos: M., N. B. c. Diners Club S.A. • 23/08/2000 ,Publicado en: LA LEY, 2001-B, 280 • DJ,2001-1,717 ,Cita online: AR/JUR/1636/2000
- *La inhabilitación ilegítima de una tarjeta de crédito -en el caso, cuando el usuario estaba veraneando en el exterior del país- importa un incumplimiento contractual y conlleva el deber de indemnizar por los daños y perjuicios sufridos por el usuario.*
- *Es procedente la indemnización del Daño Moral sufrido por el usuario de una tarjeta de crédito que ha sido ilegítimamente inhabilitado, pues es indiscutible la afectación al honor cuando -en el caso- se produce en presencia de numerosas personas, y máxime cuando se encontraba veraneando en el exterior del país, lo que agrava el natural detrimento anímico que provoca esta situación.*

La inhabilitación ilegítima de la tarjeta de crédito implica incumplimiento contractual y conlleva la obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

En autos, el resarcimiento del Daño Moral contractual, lo es in re ipsa, atento ser incuestionable la afectación a un interés jurídico espiritual, el honor de una persona, lesión que se agrava por configurarse en el exterior del país en presencia de numerosas personas.

- Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza., autos: Chaer, Daniel R. c. Banca Nazionale del Lavoro S.A., • 02/02/2001, Publicado en: LL Gran Cuyo, 2001,964, Cita online: AR/JUR/939/2001
- *Corresponde indemnizar el Daño Moral sufrido por el usuario de tarjeta de crédito que se ve sorprendido por el rechazo de su tarjeta sin que se le hubiera notificado la anulación de la misma, en virtud de que el hecho del rechazo ataca la confianza de los comerciantes en el usuario que lo sufre.*

También se advierte en el decisorio, el reconocimiento de la procedencia del Daño Moral contractual, per se, y en este supuesto la lesión al interés jurídico espiritual se fundamenta en la pérdida de confianza de los comerciantes en el usuario damnificado que sufre el rechazo de su tarjeta sin haber sido notificado.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, F., M. c. Citibank y otro • 19/07/2001, Publicado en: LA LEY 2002-A 586 • DJ 2001-3,889 • ED195, 66 , Cita online: AR/JUR/2396/2001

*El banco es responsable por la difusión de información falsa de un cliente al que involucró como deudor moroso de una tarjeta de crédito en la base de datos del Banco Central de la República Argentina si fue acreditado que con anterioridad el usuario impugnó los gastos incluidos en su resumen invocando no haberlos realizado, lo cual fue investigado y admitido por la administradora del sistema, pues su obrar revela una conducta desaprensiva, carente de la diligencia y cuidado que la situación exigía a su accionar.*

*- La entidad bancaria es responsable por la difusión de información falsa sobre uno de sus clientes, al incluirlo como deudor moroso de una tarjeta de crédito en la bases de datos del Banco Central de la República Argentina, pues la consulta de tales tipos de bases es pública, lo que determina que las entidades bancarias extremen su cuidado al enviar información.*

*Es procedente la reparación del Daño Moral sufrido por un usuario de tarjeta de crédito que fue incluido erróneamente como deudor moroso por el banco en la base de datos del Banco Central de la República Argentina, pues la circunstancia de figurar como deudor de una entidad de prestigio debió razonablemente afectar sus intereses extrapatrimoniales y sumirlo en un estado de impotencia que seguramente afectó su estabilidad emocional.*

*Procede la reparación de daño material sufrida por un usuario de tarjeta de crédito que fue incluido como deudor moroso en la base de datos del Banco Central de la República Argentina, toda vez que acreditó la realización de negociaciones frustradas -en el caso, tratativas con una constructora para adquirir un inmueble- en virtud de los informes crediticios desfavorables.*

Deseamos resaltar la trascendencia del decisorio, atento los numerosos supuestos de inclusión de deudores morosos en la base de datos del Banco Central, que en buena parte de los casos no registran tal entidad.

Se destaca el reconocimiento de la procedencia del Daño Moral contractual, per se, ya que es evidente la vulneración a un interés jurídico espiritual, cual es el prestigio del consumidor.

En el decisorio, se resarce también el daño patrimonial, al haberse acreditado la frustración de negociaciones para adquirir un inmueble provocadas por los informes crediticios negativos. CN-Com, Sala E, autos: P.M c Bank Boston y otro, DJ, 2003, 3, 637:

*Corresponde indemnizar el Daño Moral sufrido por el titular de una tarjeta de crédito a quien el banco emisor no emitió los resúmenes de cuenta al domicilio denunciado, lo que generó un saldo deudor por gastos operativos y que se informara a una empresa proveedora de informes comerciales que el actor era deudor moroso, ya que se trata de un profesional que tenía una posición jerárquica en su trabajo que correspondía resguardar y conservar, la cual quedó afectada frente a sus empleados al conocerse el informe negativo en la dependencia en la que trabajaba, cuando en realidad del a prueba colectada surge que exhibía un puntual cumplimiento de otras cuentas abiertas en el mismo banco y que se trataba de una persona que cuidaba tanto su desempeño funcional y profesional como su imagen personal.*

El Art. 24 de la LTC, ya citado, regula el domicilio de envío de resumen y establece que el emisor deberá enviar el resumen al domicilio o a la dirección de correo electrónico que indique el titular en el contrato o el que con posterioridad fije fehacientemente.

En el caso, el banco emisor no envía los resúmenes al domicilio denunciado, y dicha irregularidad convierte al consumidor en deudor moroso por lo que es indudable la configuración del Daño Moral autónomo, y no se requiere prueba específica de la afección a su desempeño profesional y funcional y a su imagen personal.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, autos: Mihelj, Jorge A. c. Banco Francés, 10/11/2004, Publicado en: La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/6578/2004

*Debe ser resarcido el Daño Moral ocasionado por la injusta cancelación de una tarjeta de crédito y la indebida aparición de los datos del actor en los registros de 'Veraz', toda vez que tales hechos son susceptibles de infligirle al mismo desazón, sentimientos de inseguridad y un estado de impotencia frente al banco demandado; máxime si, como en el caso, el pretensor debió transitar no sólo por la etapa de mediación obligatoria, sino también la judicial posterior para que quedara satisfecho su derecho*

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, autos: Mastronardi, Elio c. Coto C.I.C.S.A. s/ ordinario, 24/11/2011, Publicado en: DJ09/05/2012, 74, Cita Online: AR/JUR/87393/2011

La sola inclusión injustificada de una persona en la base de datos de deudores del sistema financiero comporta per se una situación lesiva que justifica la reparación del agravio moral, pues son innegables, en una situación como la descripta, las afecciones y los padecimientos caudados en la tranquilidad anímica del agraviado.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, autos: Banco Río de la Plata c. Lobato Patricia Lorena y otro s/ sumario, 10/05/2011, Cita Online: AR/JUR/29610/2011

La sola inclusión injustificada de una persona en la base de datos de deudores del sistema financiero, comporta per se una situación lesiva que justifica la reparación del agravio moral, pues resultan innegables las afecciones y los padecimientos causados en la tranquilidad anímica del agraviado

## **Daño Punitivo**

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, 10/05/2012, autos:R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A., Publicado en: LA LEY 10/08/2012

- Un cliente de una compañía financiera promovió demanda de daños contra ésta. Relató que contrató una tarjeta de crédito que contaba, entre otros servicios, con el de "seguro de desempleo". Alegó que fue despedido de su trabajo con posterioridad, pero que la accionada se negó a abonarle el seguro antes mencionado, a la vez que le efectuó numerosas intimaciones y lo incluyó en la central de deudores del sistema financiero del BCRA.
- La sentencia hizo lugar al reclamo. La Cámara elevó el monto de condena e incluyó el daño punitivo entre los rubros indemnizatorios.

*La compañía financiera que se negó injustificadamente a abonar el seguro de desempleo contratado por un cliente juntamente con una tarjeta de crédito y lo incluyó en la central de deudores del sistema financiero del BCRA debe reparar el daño punitivo ocasionado, pues la notoria desatención en las numerosas gestiones realizadas por aquél con el objeto de cancelar su saldo deudor y la manifiesta negligencia e inoperatividad brindadas constituyeron un grave incumplimiento de las exigencias del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F(CNCom)(SalaF).*

Resaltamos la importancia del decisorio que condena al pago de daños punitivos por grave incumplimiento del art. 8° bis de la LDC, en definitiva, se sanciona así la vulneración del trato digno y equitativo consagrado por la normativa consumerista.

- Los daños punitivos son multas o penas privadas que carecen de toda naturaleza resarcitoria. Es más son sumas de dinero que se adicionan al monto del daño (que es de naturaleza resarcitoria).
- Tienen la finalidad de castigar al demandado, de enseñar que no haga de nuevo lo que está mal hecho y de disuadir a terceros. Están inspirados en el common law y regulados en la Ley de Defensa del Consumidor en el art. 52 bis.
- Esta multa es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder y sólo se puede reclamar judicialment

## A modo de conclusión

El sistema de tarjeta de crédito en cuanto a su naturaleza jurídica es un claro ejemplo de conexidad contractual, de negocios jurídicos que persiguen un objetivo común.

Si bien, su origen, se remonta a principios del siglo XIX, su expansión en el mundo globalizado, ha convertido a la operatoria de tarjeta de crédito en una actividad comercial de trascendente impacto en la economía de mercado.

Su regulación jurídica en el sistema normativo argentino, no ha solucionado toda la problemática que implica la conexidad contractual, pero ha incorporado expresamente la aplicación supletoria de la Ley 24.240, y en virtud de ello la protección al titular o usuario, el débil jurídico del Sistema.

Consecuentemente, la jurisprudencia actual ha reconocido la procedencia de la reparación de Daño Moral contractual en los supuestos de cláusulas abusivas, envío del resumen a un lugar que no es el denunciado, exigencia del pago total en los supuestos de impugnación de los consumos del resumen de cuenta, rechazo e inhabilitación injustificada de la tarjeta sin notificación al usuario, inclusión errónea como deudor moroso en la base de datos del Banco

Central, vulnerando los derechos consagrados en la ley 25.326, transgresión del deber de trato digno y equitativo.

Y ha condenado al resarcimiento de los daños punitivos, en el caso de violación del trato digno y equitativo consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional y en el 8° bis de la LDC.

Hemos intentando realizar una reseña de los decisorios que nos permiten afirmar la procedencia del Daño Moral contractual en la relación de consumo, con el alcance amplio de interpretación del art. 522, con carácter autónomo y configurándose per se, sin requerirse la prueba específica.

Y todo ello, en virtud de la tarea de los magistrados, en un derecho de daños de rango constitucional, y que tiende a la defensa del débil jurídico como paradigma

## BIBLIOGRAFÍA

1. Dasso, Ariel A. Ley de Tarjeta de Crédito comentada. LA LEY14/07/2010,4 • LA LEY2010-D,1358
2. Gherzi, Carlos A, Weingarten Celia. *Tratado de los contratos, Tomo III*, La Ley, Buenos Aires, 2010.

CAPÍTULO X: LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR  
APLICADA A LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE LA  
EMPRESA DE TELEFONIA Y LOS USUARIOS DE LAS  
COMUNICACIONES

---

Por Heraldo Enrique FIORDELISI

3. Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil, T. IV, La Ley, Bs. As., 2005, p. 392.
4. Muguillo, Roberto A. Tarjeta de crédito, Astrea, Bs. As., 1994, p. 79, citado por Trigo Represas y López Mesa en ob. cit.
5. Paolantonio, Martín E. *Régimen Legal de la Tarjeta de Crédito*. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999.

## 1.- Encuadre de la problemática

Con relación al análisis relativo a la cuestión aquí a tratar, parece conveniente realizar algunas consideraciones en torno a las particularidades y características que presenta en la actualidad la prestación de los servicios públicos como el telefónico, a la luz de los nuevos conceptos interpretativos de normas que han sido incorporadas por la última reforma constitucional y la legislación dictada en consecuencia.

La trascendencia jurídico-institucional de los cambios estructurales acaecidos a partir de la Ley 23.696 de Reforma del Estado y el fenómeno privatizador, generaron una honda transformación y evolución no sólo de las nociones tradicionales del servicio público, sino también de la multiplicidad de relaciones surgidas al amparo de la nueva y cambiante normativa. Este cuadro de mutación constitucional, legislativa, jurisprudencial y doctrinaria constante, ha obligado y nos obliga a fijar criterios interpretativos de cuestiones como la de autos.

Sabemos que la última reforma constitucional consagró de manera definitiva el reconocimiento postergado de los derechos del consumidor en el artículo 42, de manera autónoma y explícita, cuando enuncia: *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación al 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”*.

*“Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”*.

*“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”*.

Con anterioridad se promulgó la Ley 24.240 (de defensa del consumidor) brindando dentro de su articulado criterios normativos e interpretativos a fin de resolver controversias como la presente litis, asegurando al usuario el derecho en forma cierta y objetiva a una información detallada, eficaz y suficiente sobre las características del servicio a consumir<sup>392</sup>. En este contexto emerge un concepto solidarista al dotar a la norma de su caracterización de obligatoriedad por ser la misma, una ley de orden público y emanando de ella una máxima hermenéutica de guía: cuando en su artículo 3 nos indica que *“...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor...”*.

El derecho subjetivo del usuario a “usar” del servicio público, se funda también en la obligación del Estado de tutelar el interés público y darle satisfacción. La obligatoriedad y generalidad propios

<sup>392</sup> (ver en tal sentido el art. 4 que fuera sustituido por la Ley 26.361)

<sup>393</sup> (conf. DROMI, J., “Derecho Administrativo”, T.II., Ed. Astrea, 1992 pág.20 y sigs).



de los servicios públicos son fundamento del derecho de ese sujeto (usuario) a utilizar tal servicio.

Frente al derecho subjetivo de exigir la prestación del servicio por parte del usuario, existe la obligación jurídica del Estado, o del particular autorizado (v. gr. concesionario) que lo tiene a su cargo, en su caso, de prestarlo conforme a la necesidad del uno y a la propia naturaleza implícita en todo servicio público<sup>393</sup>

Ahora bien, en tal sentido cabe hacer el distingo entre el marco clásico de la relación bipartita en la noción de servicio público clásica propio y la nueva evolución en una “relación tripartita de servicios públicos” (empresa concesionaria -ente regulador/Estado concedente- consumidor o usuario), haciendo la salvedad que para el tercero (usuario), carece de relevancia el cambio del sujeto prestador del servicio público telefónico, habida cuenta que su status garantizado debe permanecer, en lo sustancial, una situación no inferior a la en que se hallaba originariamente, garantida por el derecho público en general y el derecho administrativo en particular<sup>394</sup>

La transferencia de gestión del sector público al sector privado, implicó la transformación de un monopolio de “iure” estatal en mercados cautivos de usuarios por un plazo determinado<sup>395</sup>. Y ello es así, aunque fuera con el fin de lograr el interés de la concurrencia de capitales privados en la prestación objeto del servicio público, hasta su desregulación total y el acceso a la libre competencia.

Pero a su vez la celeridad de este proceso -enmarcado en la ley 23.696-puede encuadrarse dentro de lo denominado “privatización por delegación de cometidos”, ello implica la delegación de prestaciones e incluso competencias en ejercicio en especial de la administración y prestación por el sector privado; pero reteniendo la administración (“lato sensu”) para sí, la titularidad de la misma. Este modo de delegación se produce dentro del marco de la concesión que es el acto administrativo que tiene por fin organizar un servicio público de interés general, ya que pese a los aspectos contractuales cabe reconocérsele la extensión y medida de los derechos y deberes del concesionario, con las restricciones impuestas por el poder de policía que se hallan determinados por el cometido del acto<sup>396</sup>

A ello hay que sumarle la posterior introducción, a este modelo de los “entes de control” a los licenciatarios y concesionarios (en el caso la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, Dec. 1185/90 del 22/06/90) como organismos reguladores y controladores de la gestión privatizada.

La justificación a la existencia de los entes regulatorios está dado en la función subsidiaria del rol estatal y no en el intervencionismo protagónico del mismo, sin perder de vista la concesión a manos privadas de grandes monopolios o cuasi monopolios de consumidores cautivos a manos de capitales privados; sin que implique indefectiblemente la desprotección del último eslabón de las cadenas económicas y que se transformen en meros espectadores pasivos de su falta de cobertura proteccional o indefensión. (Y esto a pesar de la tardía introducción de las normas reglamentarias del servicio).

Si bien la relación de consumo entre los usuarios de servicios de telefonía básica y los prestadores de ese servicio está regulada por el Reglamento General de Clientes del Servicio Telefónico (RGSTB) las cláusulas allí contenidas están subordinadas a la normativa, de jerarquía superior, de la Ley 24.240.

A este respecto, BERSTEN, H.L. explica: *“El artículo 2 de la resolución 10.059/99 – SC, deja a salvo que, si bien las relaciones entre los prestadores del servicio y sus clientes se regirán con carácter general por el Reglamento que dicha resolución aprueba, y en particular por el contrato suscripto con el cliente, en caso de existir discrepancias o dudas en la interpretación de las cláusulas del*

<sup>394</sup> (ver en este sentido CSJN, disidencia de los Dres. Barra y Fayt in re: “Davaro Saúl c/ Telecom S.A. s/ Juicio de Conocimiento” del 08/09/92).

<sup>395</sup> (ver Dec. 62/90 – Pliego de bases y condiciones, puntos 13.3 y 13.4)

<sup>396</sup> (conf. en sentido similar CSJN, Fallos: 178:243; 183:116; 186:48; 254:441; LL, 7-634; 13-864; 17-673; 111-301, entre otros).

<sup>397</sup> (BERSTEN, H.L., “Derecho Procesal del Consumidor”, Ed. La Ley, 2003, pág. 190).

Por Heraldó Enrique FIOREDELISI

*Reglamento, prevalecerán -entre otras normas mencionadas- las disposiciones de la Ley 19.798 (Ley Nacional de Telecomunicaciones) y la ley 24.240. Esto es importante a la luz de lo establecido por los artículos 3 y 25 de la ley 24.240, por lo que siempre debe prevalecer el interés y el derecho del consumidor, especialmente, ante algunas cláusulas dudosas o directamente arbitrarias del Reglamento General de Clientes”*<sup>397</sup>

En otras palabras: las relaciones entre usuario y prestador se regirán por la normativa específica y el contrato particular entre partes en la medida que no se afecten los derechos del usuario protegidos por la Constitución Nacional y por la Ley 24.240.

## **2.- El contrato de adhesión celebrado entre el usuario y la empresa de telefonía.**

Sin perjuicio de lo hasta aquí desarrollado, no me caben dudas que nos encontramos en presencia de un típico “contrato de adhesión” y conforme lo ha venido diciendo la doctrina y la jurisprudencia, dichas convenciones, se caracterizan en su estructura por cuanto uno de los contratantes, en virtud de una cualidad específica le hace poseer un poder de imposición exorbitante sobre el otro contratante (consumidor), de tal forma que este último sólo asiente ante la propuesta empresarial<sup>398</sup>. En este sentido, nos encontramos, por un lado frente a un usuario que contrató la prestación de un servicio público domiciliario a título oneroso y en beneficio propio. Por el otro, un prestador de ese servicio, que es una persona jurídica que realiza su tarea en forma profesional o habitual. Ello hace que la relación deba categorizarse como *de consumo*, y opere plenamente la legislación específica en la materia<sup>399</sup>.

El abonado está en presencia de un prestador permisionario único y exclusivo en su zona con facultades unilaterales de determinación del consumo y de la facturación del mismo, lo que coarta la libre o simple voluntad de aceptar o no la propuesta de la oferta, que es esencial para que exista un contrato “estricto sensu”.

Estas características han sido resaltadas en una sentencia interlocutoria trelewense, en la que se dijo que “el llamado contrato de adhesión” según el propio creador de la terminología, el maestro Raymond Saleilles, de “*contrato sólo tiene el nombre*”<sup>400</sup>.

Ello es así, porque en este tipo de contrataciones, como dijera el eminente Prof. Koschaker, “*el adherente, suele tener sólo el derecho de decir Amén*”. Ello convence de que en estas contrataciones no cabe la indiferencia del juez, sino que éste debe hacer uso de las herramientas de control y revisión de que lo dota el ordenamiento con una intensidad mayor que si se tratara de un contrato redactado por las partes, negociando en un pie de igualdad y sobre la base de concesiones recíprocas<sup>401</sup>

## **3.- El marco constitucional en el que se inmersa del relación de consumo y especialmente el contrato de telefonía**

El artículo 42 de la Constitución Nacional les concede a los derechos de los consumidores o usuarios rango constitucional; el máximo grado que un derecho tiene en un ordenamiento jurídico determinado. La norma dice: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la*

<sup>398</sup> (conf. CNACiv. Com.Fed., Sala III, 12/12/93, C. 5044, LL 1994-E, 863; ídem, 16/12/94, LL 1995-B, 118)

<sup>399</sup> (conforme arts. 1, 2 y conchs., L.D.C.)

<sup>400</sup> (cfr. la posición de Saleilles en su clásica obra “De la déclaration de volonté, contribution á l’étude de l’acte juridique dans le code civil allemand”, París, 1909, pp. 229/230, N° 89 y 90)

<sup>401</sup> (conf. Cám.Apel.Trelew, Sala “A”, 20/06/08, “Hubert c/ M., J.R. s/ Daños y Perj.”; cit. por VIVAS, M.L., “El Contrato de Adhesión. Pautas Interpretativas”, La Ley 03/03/2011, pág.1)

<sup>402</sup> (WAJNTRAUB, J., “Constitución de la Nación Argentina”, Direcc. SABSAY, D., T. 2, Ed. Hammurabi, 2010, pág. 302).

Por Heraldó Enrique FIOREDELISI

*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...”.*

Javier WAJNTRAUB, al comentar esta norma, en la obra que dirige el Profesor Daniel SABSAY, señala: *“La incorporación del artículo comentado en la Constitución Nacional importó la consagración de los derechos de los consumidores y usuarios en nuestro país en el máximo escalafón posible, en sintonía con las constituciones más modernas de la orbe”*<sup>402</sup>

Se trata de una garantía constitucional que se hace operativa a través de la Ley 24.240 y otras protectorias de los derechos *consumeristas*. Por su parte, el art. 43 de la Carta Magna viene a ratificar este derecho y a concederles a sus titulares la acción más expedita para que no sea vulnerado. La Ley 24.240 es la herramienta legal más idónea y rápida dentro del ordenamiento jurídico para proteger a los consumidores de eventuales actos u omisiones provenientes de los proveedores de bienes y servicios. Los derechos de los consumidores y usuarios forman parte de las garantías reconocidas por la Constitución Nacional (Art. 42) a las que alude el Art. 43 de la C.N. Por lo tanto, debe resolverse esta cuestión siguiendo estas mandas constitucionales. *“La nueva norma constitucional avanza sobre la anterior regulación de la acción a nivel legislativo y, en consonancia con los derechos consagrados en los nuevos arts. 41 y 42, amplía el ámbito de esta garantía para que sea utilizada en la defensa de los derechos del medio ambiente y de los consumidores y usuarios”*<sup>403</sup> Ante las nuevas modalidades del consumo, la intención del legislador en la L.D.C. fue la de crear un sistema de protección y defensa integral, partiendo del presupuesto de una situación de debilidad del consumidor frente a su contraparte, y en ese sentido, quienes comercialicen bienes o servicios tienen el deber de *“informarlo”* de manera que pueda adaptarse la decisión respectiva con adecuado conocimiento de los bienes y servicios, de sus cualidades, atributos y posibilidades. El consumidor tiene derecho a que se lo informe en forma veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes y servicios que le son ofrecidos<sup>404</sup> En consecuencia, atento a que el contrato que liga a las partes es de aquellos denominados *“de adhesión”* y teniendo en cuenta la particular modalidad que adopta la formación de estos tipos de contratos, corresponde afirmar la necesidad de que sus cláusulas sean objeto de un mayor control, más allá de que fuera aprobado por la Comisión Nacional de Comunicaciones.

La propia redacción del texto constitucional ya mencionado aquí exige el cumplimiento de la obligación de informar durante toda la relación de consumo. En tal sentido se ha sostenido que *la información tiende a proteger el consentimiento a prestar y, una vez formalizado el contrato, debe coadyuvar a la utilización del producto o servicio*<sup>405</sup>

La información es un tema central, casi obsesivo, recurrente en la ley de protección, puesto que no se puede prescindir del desconocimiento medio, ordinario o general de los consumidores<sup>406</sup>

*“El fundamento del enunciado “deber” está dado por la desigualdad que presupone que una de las partes se halle informada y la otra desinformada sobre un hecho que grave o ejerza influencia sobre el consentimiento de la última, de tal manera que el contrato nunca hubiera llegado a perfeccionarse o lo habría sido en condiciones más favorables”*<sup>407</sup>

<sup>403</sup> (SABSAY, D., ob. cit., pág. 564; conf. Resoluc. de la Direcc. de Defensa del Consumidor Pcia. del Chubut, Expte. 1107/2010 S.T.R. Gutiérrez M. c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Denuncia).

<sup>404</sup> (conf. art. 4 Ley 24.240).

<sup>405</sup> (v. LOPEZ CABANA, R.M., “La información al consumidor, Régimen constitucional legal y reglamentario” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 8, “Derecho Privado en la reforma Constitucional”, págs. 250/52; VAZQUEZ FERREYRA, R.A. y ROMERA, O.E., “Protección y defensa del consumidor”, págs. 21/25; cit. en Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial, Ed. Gowa, pág. 28).

<sup>406</sup> (conf. MOSSET ITURRASPE, J., “Introducción al derecho al consumidor”, en Rev. De Derecho Privado y Comunitario, N° 5, pág.26, consid. 3°; CNFed.Cont.Adm., Sala II, 25/11/99, “Lacroze Propiedades SRL c/ Secret. Comercio e Inversiones”, ED Bol. de Jurisp. CNACAFCF N° 3).

<sup>407</sup> (conf. GHESTIN, J., “Traité de droit civil. Le contrat formation”, L.G.D.J., París 1988, N° 487, p. 546 citado por STIGLITZ, R.S., JA 30/4/97, págs. 5 y 6; CNFed. Cont. Adm., Sala I, 13/10/98, “Superm. Hipermarc SA c/ Secret. Com. e Invers., Albremática 109.295).

#### 4.- El deber de información y su derivación del principio de confianza

Desde esta arista, se advierte que las relaciones de consumo tienen su base en dos pilares centrales: *la confianza y la información*, ello es así, pues *la confianza es el alma de los contratos*. Desde hace ya algunos años las empresas invierten cuantiosas sumas de dinero en estrategias de confiabilidad, para poder posicionarse en el mercado, que luego sirva para lanzar líneas de bienes y servicios complementarios o diferenciados de los que habitualmente producen o comercializan, incluso pensando también en revitalizar estas. Esta generación de confianza, con herramientas específicas como la publicidad y el marketing, hacen que los consumidores y usuarios elijan determinadas marcas de bienes y servicios, así como empresas que comercializan determinadas líneas, en la idea de que en tales circunstancias ahorra costos de información, mercadeo, etc.

La expectativa de confianza nace fundamentalmente a partir de la credibilidad objetivizada, que es la que orienta el comportamiento y guía las decisiones del individuo y sus intencionalidades, especialmente a los consumidores.

Quien confía en una empresa, en una determinada situación, producción y/o comercialización de bienes y servicios es porque espera que ella se comporte en forma predecible conforme a las expectativas que ella misma generó como antecedente, verbigracia, por la publicidad masiva, una marca o un nombre comercial. Generar confianza entonces implica otorgar certeza sobre algún acontecimiento futuro, por ejemplo, la eficiencia y seguridad del bien o servicio; es hacer desaparecer la incertidumbre, es poder anticiparse a la misma y comportarse como si ese futuro fuera cierto y minimizando las situaciones de riesgo.

De esta forma, entre la confianza y el futuro, hay una relación de previsibilidad en el comportamiento empresarial y cuanto mayor sea la confianza, mayor será el grado de certidumbre acerca de un comportamiento o hecho futuro de los consumidores.

La confianza determina bajo qué condiciones un consumidor realizará el intercambio económico con la empresa, precisamente porque la confianza crea expectativas y garantiza el cumplimiento de las obligaciones, convirtiéndose en fuente de seguridad (económica y jurídica). En ese sentido, la marca o nombre comercial de un producto o servicio de una empresa garantiza que este será confiable y que el consumidor no sufrirá daño alguno <sup>408</sup>

Todo lo que hasta aquí expuesto se ve más realzado ante la circunstancia de que el consumidor es un cliente “cautivo” de la empresa prestadora del servicio telefónico. Todos sabemos perfectamente que no tenemos posibilidad de optar o de elegir otra empresa que nos brinde un mejor servicio o un costo más bajo, etc., existiendo en lo que a este servicio se refiere un verdadero monopolio.

Por lo tanto, si la consumidora o usuaria tiene una sola empresa con quien contratar el servicio y esta única empresa no cumple con los postulados y obligaciones que la Constitución Nacional y las leyes específicas le imponen, la situación es más grave aún y deben extremarse los cuidados y protección para el consumidor ante la evidente desventaja en que se encuentra frente al empresario.

Por lo analizado sostengo que muchas veces, con su proceder, las empresas transgreden el artículo 4 de la Ley 24.240, cuya finalidad -reitero- es la búsqueda de la voluntad real, consciente e informada del usuario respecto a las ventajas y desventajas del servicio que contrata. La razón de la norma se halla en la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, al efecto de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio

<sup>408</sup> (conf. GHERSI, C.A. – WEINGARTEN, C., “Ley de defensa del consumidor”, ed. La Ley, pág. 42).

<sup>409</sup> (conf. CNCont. Adm. Fed., Sala II, “Diners Club Arg. SAC y de T c/ Secret. Com. e Inversiones s/ Disp. DNCI 165/97, Lexis Nexis On Line N° 8/3005)

<sup>410</sup> (conf. CNCont. Adm. Fed., Sala II, 01/06/04, La Ley On Line; C.A.Cont. Adm. Trib. CABA, Sala I, 19/04/2010, “CTI PCS S.A. c/ Ciudad de Bs.As.”, LLCABA 2010, Agosto, 401).

en relación al cual pretende contratar<sup>409</sup>.

Asimismo, el deber de informar en forma adecuada al consumidor, no surge únicamente del citado artículo sino también de la propia Constitución Nacional y, en este orden de ideas, el deber de información no se circunscribe al momento de formalización del contrato sino que se mantiene durante toda la etapa posterior a fin de obtener una satisfactoria ejecución con relación al servicio contratado<sup>410</sup>

Desde esta perspectiva el incumplimiento de la empresa prestadora de servicios telefónicos hace nacer de por sí la responsabilidad del infractor; ello es así por cuanto, para que se configure la trasgresión aludida no se requiere la existencia de intencionalidad fraudulenta en su autor, bastando la omisión en que se incurrió, que constituye de por sí el elemento subjetivo requerido para la configuración de la infracción<sup>411</sup>

## 5.- La colisión entre las normas reglamentarias de las compañías telefónicas y las disposiciones de orden nacional

Es importante destacar en este punto -que está íntimamente relacionado con el tratado anteriormente- que hay un lugar en esta problemática donde colisionan las normas internas de la compañía (reglamentos, regulaciones, políticas comerciales, etc.) con los derechos y garantías que los usuarios tienen acordados, por un lado por la Constitución Nacional y por el otro por la Ley 24.240. El resultado de esa colisión no puede ser otro que la subordinación de la normativa de menor jerarquía a la de mayor rango.

La razones esgrimidas por las compañías telefónicas sustentadas en cuestiones de orden normativo interno, para justificar su incumplimiento, cede ante la normativa constitucional y sus garantías ya desarrolladas aquí. La usuaria no puede tener ninguna restricción en el beneficio pleno de los derechos emergentes de la relación de consumo.

## 6.- La aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en materia procesal

Sin perjuicio de las prescripciones del art. 377 del Cód. Procesal resulta por demás aplicable en controversias como ésta, la doctrina de *las cargas probatorias dinámicas*, desplegando aquí su receptividad con mayor amplitud.

Deberá ser entonces quien está en mejor posibilidad de probar quien acredite con veracidad las cuestiones controvertidas del proceso; no pudiendo tomar una posición de mera expectativa la concesionaria del servicio público, en su calidad de prestataria sobre una actividad de interés público general como es la de telecomunicaciones en la actualidad y respecto de la cual ella tiene el monopolio.

Sin perjuicio de la pertinente aplicación de la doctrina de *las cargas probatorias dinámicas* antes referida, no debemos omitir la expresa normativa impuesta por el Art. 53 L.D.C. cuando dice: “...Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio...”.

<sup>411</sup> (conf. C.N.A.Cont.Adm.Fed., Sala IV, 06/08/2002, “Telefónica Comunicac. Personales S.A. c/ Direcc. Nac. de Com. Interior”, La Ley Online: AR/JUR/6945/2022).

<sup>412</sup> (conf. GHERSI-WEINGARTEN, ob. cit., pág. 251)



Por Heraldó Enrique FIORDELISI

Tal como se sostuvo en la XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el ámbito del derecho del consumo se impone el principio de la carga probatoria dinámica, haciéndose de esta manera eco de la institución recientemente acuñada por el Derecho Procesal Civil y estableciendo que quien se encuentra en mejores condiciones de probar debe hacerlo, cuando se discutan derechos del consumidor, en el marco de un procedimiento judicial o administrativo.

La ley establece “deberá” y no podrá; dejando clara la obligatoriedad de esta colaboración y significando también una cierta presunción contra el proveedor, cuando dicha información no sea presentada por él<sup>412</sup>.

Sabemos que esta doctrina sin dejar de lado el principio cardinal del “onus probandi” que dimana del art. 377 del ritual, apunta a la concreción de la verdad real que es el fin último de la jurisdicción; en función de la misma la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones para traerla y no exclusivamente sobre el actor para quien muchas veces la acreditación de sus afirmaciones constituye prueba si no “diabólica” de imposible o improbable producción; no interesa quien sea el actor o el demandado: lo importante es que la prueba se traiga por quien tiene la posibilidad material de hacerlo<sup>413</sup>; se ha dicho que “se funda en el deber de colaboración y solidaridad para la obtención de la verdad real ajustándose su esquema al ideal perseguido por el derecho moderno, preocupado sobre manera por adherir lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así incurrir en abstracciones alejadas de la realidad”<sup>414</sup>

Y lo aquí dicho no puede implicar factor de sorpresa alguna para el litigante: el hecho de ser obligatoria su asistencia letrada pone en manos del profesional que la asuma realizar todos los planteos y producir todas las pruebas que hagan a su derecho; y cuando hablo de “todas las pruebas” el concepto abarca a todas las necesarias para que la jurisdicción llegue a la verdad material, lo cual a mayor abundamiento hace al deber de colaboración que debe guiar el quehacer procesal de las partes.

Por ello, devienen intolerables aquellos comportamientos que se limitan a la fácil negativa o el omitir, como espectador, más que como partícipe necesario de lo que la jurisdicción aguardaba de ese litigante.

Por lo demás, el reclamo de una conducta de cooperación (solidaria) en el proceso, es un derivado del principio fundamental de *la buena fe* en las relaciones contractuales ampliamente rezeptado en el art. 1198 del Cód. Civil y claramente preservado por el art. 37, último párrafo, de la L.D.C., que impone la colaboración permanente entre los contratantes, desde el período previo a la conclusión del acuerdo, y hasta su finalización.

## 7.- La relación de desigualdad en el marco normativo aplicable y su relación con el principio protectorio, el favor *debitoris*, y el *indubio pro consumidor*

Como bien lo sostiene el Dr. Ricardo L. Lorenzetti, “*El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho del consumidor... En los casos que presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley sino la Constitución Nacional la que es fuente principal del derecho consumerista. Se trata de uno de los denominados “derechos civiles constitucionalizados” que tienen una historia de ascensos en el sistema de fuentes del Derecho: nacen en las luchas sociales, ingresan por los umbrales normativos que son las decisiones jurisprudenciales aisladas, luego vienen las leyes especiales, los tratados, en algunos casos son reconocidos en el Código Civil y en la Constitución.*”

<sup>413</sup> (conf. PEYRANO, “Carga de la Prueba-Conceptos Clásicos y Actuales”, Rev. de D.Privado, Comentario N° 13, pág.110)

<sup>414</sup> (conf. QUADRI, G.H., “La prueba en el proceso civil y comercial de la Provincia”, pág. 89 y jurisprudencia allí citada).

<sup>415</sup> (LORENZETTI, R.L., “Consumidores”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1era. Ed., Santa Fe, 2003, pág. 44).



Por Heraldó Enrique FIOREDELISI

*De esta fuente surgen rasgos normativos, en especial, su operatividad. ¿Cuál es el sentido de este término? La interpretación dominante es que no es necesaria una ley que reglamente el derecho para poder invocar su aplicación al caso concreto. En este sentido se ha dicho que la norma del artículo 42 de la Constitución Nacional pone en cabeza de los consumidores y usuarios derechos plenos, los cuales son operativos sin necesidad de que se dicte una ley que los instrumente, lo que significa que el juez puede aplicarlo en el caso concreto y que su eficacia no está condicionada”.* <sup>415</sup>

Partiendo de la presunción de que el derecho conforma un todo ordenado, coherente y sistemático, la ubicación de la norma nos indica que no se trata de una “ley especial” a secas. Por el contrario estamos en presencia de algo más: la C.N. es fuente directa de los Derechos del Consumidor enumerados explícitamente y con vasto contenido. La imperatividad de las normas es producto del Orden Público Protectorio que impera en la temática, reconocido incluso en la propia LDC, art. 65. Es incuestionable que la protección del consumidor se ha constituido en una de las primeras prioridades de nuestro sistema jurídico.

La propia naturaleza de la relación de consumo la coloca como algo evidentemente distinto, aunque afín, a las restantes relaciones patrimoniales entre las personas, lo cual también es confirmada por la férrea enunciación de principios y derechos en el art. 42 de la C.N. La elevada nómina de derechos obrante en este artículo da cuenta del amplio espectro que comprende el mandato constitucional: el consumidor, en cuanto tal, está tutelado por la Carta Magna en todos los aspectos de la relación de consumo.

Prácticamente no queda situación sin contemplar, en particular frente al precepto de protección de los “intereses económicos” del consumidor, fórmula suficientemente amplia y comprensiva. El Estatuto, ahora de rango Constitucional, tiene vocación de plenitud y totalidad, alcanzando cada uno de los derechos y deberes de las partes en la relación de consumo.

El sistema, para ser tal, debe guardar coherencia interna. La necesidad de la inexistencia de antinomias en el ordenamiento, posiciona al Estatuto del Consumidor como una norma superior en relación a los restantes ordenamientos particulares <sup>416</sup>

De lo hasta aquí expuesto surge con notoria nitidez que las normas del Reglamento del servicio telefónico deben ser interpretadas en sintonía con las normas constitucionales y legales de rango superior, vale decir, la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, de manera de evitar todo perjuicio y/o restricción ilegítima de los derechos de los consumidores y usuarios.

En función del art. 42 de la Constitución Nacional, corresponde al Poder Judicial -como autoridad del Estado- amparar los derechos reconocidos de usuarios y consumidores efectuando el control de razonabilidad de las leyes de protección del consumidor, así como ejercer el control de legalidad y razonabilidad de las medidas o sanciones que pudieran adoptarse en su perjuicio <sup>417</sup>

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 24.240 dispone que en caso de duda se esté siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.

Todos estos principios fundantes del Derecho del Consumo deben ser aplicados para evidenciar la aplicación del derecho vivo y la comprensión por parte de los magistrados del giro copernicano que ha experimentado nuestro ordenamiento legal a partir de la Ley 24.240 y de la incorporación del art. 42 a la Constitución Nacional.

Frente al derecho subjetivo del usuario de exigir la prestación del servicio público, existe la obligación jurídica del Estado o del particular autorizado que lo tiene a su cargo de prestarlo de conformidad con las necesidades del primero y con la propia naturaleza de todo servicio público.

<sup>416</sup> (conf. OSSOLA, F.A., “La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo”, L.L., 2006-F, 1184).

<sup>417</sup> (conf. GELLI, M.A., “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”. 3ra edic., La Ley, pág. 466).

Por Heraldo Enrique FIORELISI

Todos estas especiales características de la contratación se ven más realizadas porque en la relación entre el usuario del servicio telefónico y el concesionario se configura un *contrato de adhesión*, por cuanto uno de los contratantes, en virtud de una cualidad específica como la derivada de la prerrogativa de prestar el servicio en forma única y monopólica en la respectiva zona de influencia, posee un poder de imposición exorbitante sobre el usuario, de modo tal que este último sólo asiente a la propuesta de la empresa.

No puede tolerarse ante la notable disparidad de fuerzas que se traduce en un incuestionable poder de negociación por parte de la empresa de telefonía -y del que se halla sustraído el usuario- que ésta, no obstante poseer todo el poder técnico e informativo a su alcance, suponga hallarse habilitada para hacer abuso de su posición dominante y no acredite en tiempo y forma los derechos que le asisten para justificar su conducta esgrimida para con la cliente-actora.

En ese marco, no puede perderse de vista que la Ley 24.240 ha establecido como regla obligatoria de interpretación que en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor, y si aún existiesen dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa (arts. 3, y 37, ley cit.). El legislador ha recurrido, en pos de tutelar a los consumidores y usuarios en sus relaciones contractuales, a una moderna aplicación de la llamada regla “favor debitoris”.

Vale decir que, para interpretar las obligaciones sólo puede echarse mano al principio mencionado, si se lo entiende como “favor al débil”.

No cabe duda que dicho principio debe ser tenido en cuenta como principio orientador al interpretar la ley, atento el carácter de orden público que ostenta la normativa en análisis (art. 65, Ley 24.240), advirtiendo que el fundamento de esta regla tiende siempre a una finalidad de justicia que propone restablecer el equilibrio entre las partes <sup>418</sup>

La idea de protección al usuario analizada deriva de una concreta “ratio legis”, la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales, quienes tienen una superioridad considerable en las relaciones contractuales y en especial en las que se enlazan entre los prestadores de servicios públicos por una parte, y los usuarios por la otra <sup>419</sup>

Del análisis realizado surge con evidencia la postura dominante que asume la prestadora del servicio público de telefonía frente al usuario del mismo quedando a la luz la notable desproporción entre uno y otro (el fuerte y el débil).

## 8.- El consentimiento en la relación contractual usuario-compañía telefónica.

Un punto relevante y a tener en cuenta es el relativo al *consentimiento*. *El consentimiento por adhesión se presta especialmente a la violación de principios morales y de orden público, a los cuales están sometidas las relaciones contractuales, razón por la cual debe hacerse una interpretación restrictiva de las cláusulas limitativas o excluyentes de la responsabilidad del predisponente* <sup>420</sup>

<sup>418</sup> (conf. MOISSET de ESPANES, L. y TINTI, G., “Consideraciones sobre el consumo y el derecho del consumidor”, Anuario de D.Civil de la Univ. Católica de Córdoba, 1994, T.II, doctrina, págs. 97/99).

<sup>419</sup> (conf. ALTERINI, A., “Los contratos de consumo y las cláusulas abusivas”, en “Temas de Responsabilidad Civil”, ALTERINI A. y LOPEZ CABANA, R., pág. 265, Ed. Ciudad Argentina, Fac. de Derecho y C.Sociales de la UBA, 1995).

<sup>420</sup> (*cláusulas vejatorias o leoninas*) (conf. CNCiv, Sala D, 4/5/79, JA, 1980-I-611; íd., CNCom, Sala B, 25/8/78, LL 1978-D-713; íd., Sala D, 24/12/79, LL, 1980-B-110; BELLUSCIO – ZANNONI, ob. cit., pág. 916).

<sup>421</sup> (conf. CNCom, Sala A, 27/3/79, LL 1979-B-357).

<sup>422</sup> (conf. CNCom, Sala A, 27/3/79, LL 1979-B-357).

Por Heraldo Enrique FIOREDELISI

Por esa razón, se ha declarado que *la interpretación de los sistemas contractuales de gran complejidad debe efectuarse a favor de la parte que suscribe el contrato formulario, de adhesión, que le es presentado con la promesa de entregarle un bien apreciado*<sup>421</sup>

Es por todo lo hasta aquí dicho que hay que tomar en consideración la especial situación en que se encuentra *el adherente* (usuario del servicio), que en la mayoría de las contrataciones no tiene tiempo de evaluar adecuadamente las cláusulas del contrato, y por ello pierde la adecuada percepción de sus consecuencias<sup>422</sup> En lo que hace a la normativa de la L.D.C. es obvio que este principio rige y debe presidir como rector la celebración, la ejecución y la interpretación de los contratos comprendidos por ella. Basta con remitirnos a las normas de los artículos 6, 8 bis, 10, 25, 28, 30 bis, 31, 36, 37, 38, 39 y 40 para comprobar esta afirmación.

## 9.- El principio de la buena fe y su inmiscuición en el contrato de telefonías

No es posible dejar de considerar en esta problemática el “*principio de la buena fe*”. El estándar de la buena fe constituye una cláusula abierta que debe regir la actividad del intérprete para toda clase de contratos y es la regla primordial para la interpretación de los *contratos de adhesión*.

Es entendida la buena fe como criterio objetivo para la valoración de conductas e intereses en el contrato, apuntando a evitar un perjuicio desproporcionado y no equitativo al consumidor o bien, que comporten una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, o como señala Roppo, aceptada como corrección, razonabilidad, sensibilidad frente a las razones de la contraparte<sup>423</sup> Los contratos deben interpretarse según las exigencias de la buena fe -art. 1198, Cód. Civil- prefiriendo la solución que más convenga a su naturaleza, a fin de evitar que aspectos marginales o secundarios sirvan de pretexto para desligarse de la palabra comprometida y frustrar la finalidad acordada.<sup>424</sup>

El artículo menciona la buena fe tanto en la celebración, como en la interpretación y la ejecución de los contratos, vale decir, en todo momento.

La buena fe, que en general se concibe como la convicción de obrar conforme al derecho, se define en este caso como *buena fe-probidad*, o sea la recíproca lealtad que las partes se deben en todos los aspectos de la contratación, y esa lealtad debe apreciarse objetivamente, o sea aplicando a cada situación el criterio de lo que hubieran hecho dos personas honorables y razonables<sup>425</sup>

Lo que interesa aquí es *la conducta esperada* de cada una de las partes por la otra. En tal sentido, se dijo que “*la buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra empeñada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas. La buena fe no es norma: es el principio supremo de las relaciones obligatorias, de forma que todas deben medirse por él*”<sup>426</sup>.

La buena fe-probidad exige que los contratantes se conduzcan escrupulosamente<sup>427</sup>. Dice Danz al respecto que el juez coloca, en lugar de las dos partes, dos personas razonables, y se pregunta cómo habrían éstas concebido y entendido la conducta que constituye la declaración de voluntad,

<sup>423</sup> (ROPPO, V., “El contrato del dos mil”, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 46).

<sup>424</sup> (CNFed.Civ.Com., Sala II, 06/02/03, LL, 2003-E, 652; cit. por VIVAS, M.L., “El contrato de adhesión.Pautas iterpretativas”, L.L. 03/03/2011, pág.1).

<sup>425</sup> (conf. MESSINEO, Doctrina General, T.II, pág. 110).

<sup>426</sup> (CFed.Cba.,Civ.Com., 29/7/78, LL, 1979-A-201)

<sup>427</sup> (conf. CNCiv., Sala D, 17/12/69, JA, 6-1970-354)

<sup>428</sup> (DANZ, “La interpretación de los negocios jurídicos”, pág.96)

<sup>429</sup> (CNCiv., Sala F, 25/9/80, ED 99-764, sum. 16)

y cómo habrían cumplido en tal caso<sup>428</sup>.

Este principio se ha aplicado en muchos casos. Los más importantes son los siguientes:

a) *La buena fe impide dar por no querido, sin una clara salvedad, lo que es usual o general querer*. Dicho con otras palabras, es de mala fe en materia contractual pretender introducir excepciones que no formaban parte de la declaración común de la voluntad, porque las personas de buena fe confían en que la declaración surtirá en su caso concreto sus efectos usuales<sup>429</sup>.

Se ha dicho, aplicando esta doctrina, que *no es de buena fe la interpretación que constriñe a una de las partes a abonar todas las cuotas convenidas y faculta a la otra a proceder a voluntad*; en tal caso, *“el fallo debe establecer la prestación de lo normal y ordinario, la prestación usual”*<sup>430</sup>

La misma regla de buena fe impide ceñirse a la literalidad de las expresiones utilizadas en el contrato, cuando esa interpretación contraría el sentido verdadero, el “espíritu” de lo convenido<sup>431</sup>.

b) Una interesante aplicación del principio de la buena fe lo constituye *la doctrina de los propios actos*, enunciada por el español Luis Díez Picazo y que en nuestro medio fue divulgada por César C. Minoprio.

Según Minoprio, del requisito de obrar con rectitud y honradez, o sea con buena fe-probidad, resulta que *“es inadmisibles que un litigante pretenda fundamentar su accionar, aportando hechos y razones de derecho que contravengan sus propios actos; es decir, que asuma una actitud que lo venga a colocar en contradicción con su conducta anterior”*<sup>432</sup>.

c) *El hecho de que exista un plazo tácito en la convención, no autoriza a una de las partes a retardar indefinidamente la ejecución de sus obligaciones, porque el principio de la buena fe impone que éstas se cumplan en el tiempo y la forma que las partes razonablemente pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*<sup>433</sup>

d) Danz fundamenta en la buena fe la regla hermenéutica según la cual *las expresiones dudosas deben ser interpretadas en contra de quien las formuló, porque es contrario al proceder de un hombre honrado el lucrar a costa de una redacción imprecisa*<sup>434</sup>.

Al respecto, Borda recuerda la carga de claridad en la declaración, que pesa sobre todo contratante<sup>435</sup>, y que obliga a respetar el sentido que verosímelmente puede habersele dado a la declaración que recibe y acepta.

Debe destacarse que la jurisprudencia de nuestros tribunales han declarado reiteradas veces que *ante cláusulas imprecisas, las dudas pueden resolverse legítimamente en contra de quien las redactó*<sup>436</sup>.

<sup>428</sup> (SCBA, 29/5/73, LL, 151-377).

<sup>429</sup> (CNCiv, Sala C, 25/7/79, LL 1979-C-536)

<sup>430</sup> (MINOPRIO, C.C., “El boleto de compraventa, ejercicio abusivo del derecho y la prohibición de ir en contra de los propios actos”, Rev. del Notariado, N° 742, pág. 1258)

<sup>431</sup> (conf. CNCiv, Sala D, 27/4/73, LL 151-609).

<sup>432</sup> (DANZ, ob. cit., pág. 203)

<sup>433</sup> (BORDA, G.A., “La reforma del Código Civil. Los contratos en particular”, ED, 31-1000; CNCiv, Sala G, 28/10/81, ED, 99-726, sum.29)

<sup>434</sup> (conf. CNCiv, Sala D, 30/10/72, ED, 47-658; íd., íd., 18/2/74, LL, 155-198; y demás jurisprudencia citada en BELLUSCIO-ZANNONI, “Código Civil Comentado Anotado y Concordado”, T. 5, pág. 909)

<sup>435</sup> (conf. CNCiv, Sala C, 21/11/78, ED, 82-181; íd., íd., 2/4/81, ED 93-495; íd., Sala D, 18/8/78, LL 1979-A-252; LOPEZ DE ZAVALIA, “Teoría de los Contratos. Parte Gral.”, pág.76).

Por Heraldo Enrique FIORDELISI

En cuanto a la cuestión específica relacionada con los *contratos de adhesión*, es un principio aceptado que, *frente a las cláusulas impresas, la interpretación en caso de duda debe ser favorable a quien no intervino en la redacción* (en este caso la usuaria del servicio) <sup>437</sup>

Por lo tanto el aprovechamiento de la empresa de su situación de poderío, privilegio y monopolio, frente a la situación de debilidad en que se puede encontrar el usuario da lugar a una trasgresión al principio de la buena fe. Esto hace que corresponda aplicar todos los principios del consumo, a fin de equilibrar a las partes y proteger al más débil de la relación, sin que ello implique perjudicar al más fuerte.

Y esto último es necesario que quede en claro: de ninguna manera la protección al usuario-consumidor frente al poderío y superioridad de la empresa prestadora del servicio público implica desconocerle derecho alguno a esta última sino todo lo contrario. La empresa tuvo, tiene y tendrá todos los derechos que le asisten para hacerlos valer ante quien corresponda y en el momento oportuno.

Lo que no puede hacer la justicia es suplir la inacción de la empresa si ésta no asume el rol que tiene que asumir ejerciendo en tiempo y forma los derechos y defensas que la ley le concede.

## **10.- La solicitud del traspaso de la línea telefónica a otra área, el mantenimiento de la línea y el deber de probidad y celeridad de la empresa de telefonía**

Ante un pedido de cambio de domicilio, la empresa suele poner al usuario ante la disyuntiva de perder o no su número. Por supuesto que todo usuario prefiere y necesita mantener el número que tenía por obvias razones que no hacen falta remarcarlas aquí, por lo tanto, se le obliga a optar por la solicitud de cambio de domicilio “sin corte del servicio” para así poder mantener el número que ya tenía. Esto tendría un viso de razonabilidad si el trámite del traslado del servicio se concretara dentro de un plazo prudencial pero.

Ante la situación de desequilibrio contractual que se da entre la prestadora y el usuario y la posición dominante de la empresa, ésta muchas veces le impone como condición -para no perder el número- que solicite el “cambio de domicilio sin corte del servicio”. De esta manera el usuario continúa abonando *por un servicio que no recibe ni utiliza* dado que, como ya explicara aquí, la empresa brinda el servicio en el inmueble donde ya el cliente no vive. ¿Puede catalogarse este proceder de la prestadora del servicio hacia su cliente como “razonable” o “de buena fe”...?.

En el propio Reglamento General de Clientes está previsto el trámite de cambio de domicilio de una línea telefónica. Se trata de una diligencia sencilla, que hasta puede realizarse telefónicamente (utilizando el servicio “112” de atención al cliente). BERSTEN ha dedicado todo un capítulo de su obra a explicar la aplicación del RGCSTB y su articulación con la Ley 24.240. Entre otras cosas se refiere a este tipo de trámites y reclamos que habitualmente los usuarios deben realizar ante las compañías.

*“El cliente tiene derecho a ser tratado por los prestadores con cortesía, corrección y diligencia, y a obtener respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento” (Art. 5° del RGCSTB). Este derecho no se circunscribe a la atención que pueda recibir el cliente en su relación comercial con la empresa, sino a la rapidez y eficiencia con que se le brinde el servicio y se le atiendan sus necesidades. Una respuesta o solución brindada por la empresa en forma tardía, cuando ya se ha producido un perjuicio, o una respuesta que no satisfaga plenamente la necesidad o la solicitud del cliente contraviene dicha*

<sup>438</sup> (BERSTEN, H.L., ob. cit., pág.198).

<sup>439</sup> (BERSTEN, ob. cit., nota 92, pág. 197)



*disposición”*<sup>438</sup>

El cambio de domicilio de la línea telefónica se encuentra entre esos derechos que los usuarios tienen; y deben ser atendidos rápida y eficazmente por el prestador del servicio. El autor, en nota a pie de página explica cuán fácil es el procedimiento. *“Las páginas Web de Telefónica S.A. y Telecom S.A., prevén la posibilidad de hacer el trámite “on line” mediante formulario contenido en la misma página, por remisión vía e-correo”*<sup>439</sup>.

En síntesis: el cambio de domicilio de la línea telefónica es un trámite absolutamente rutinario que ni siquiera requiere que el usuario lo haga personalmente.

Debemos considerar que si en el propio Reglamento General de Clientes está previsto el trámite en cuestión y que se trata de una diligencia sencilla, que hasta puede realizarse telefónicamente, no hay nada que justifique que la compañía Telefónica no materialice un pedido del usuario en tal sentido. El mero hecho de que no encuadre técnicamente, por ejemplo, no sería un reparo válido que pueda oponerse al verdadero amparo que requieren las garantías constitucionales, sobre todo cuando el trámite es oportunamente aceptado por la empresa para su realización y no se advierta inicialmente al peticionante en los casos en que existiera algún inconveniente razonable y justificado que impida realmente su efectivización (cumplimiento del deber de “información”). Por supuesto que, de existir el referido impedimento, la empresa no debe dar entrada y/o aceptar la realización del trámite que solicita el usuario.

Se trata de un requerimiento que debería ser solucionado sin ninguna intervención burocrática, en pocos días. La alta tecnología desarrollada en nuestros tiempos hace que sea intolerable que una cuestión tan sencilla, como cambiar de domicilio una línea telefónica, requiera de un tiempo tan largo como el que demanda la tramitación de un proceso Administrativo o Judicial promovido para conseguir que la solicitud se concrete. Es simple observar que aun el más veloz de los procesos, sean éstos judiciales o administrativos, siempre serán lerdos si se los compara con las urgencias que la necesidad les suele imponer a las partes que deben recurrir a ellos. Y mucho menos tolerable es, de acuerdo a los preceptos de la ley 24.240, que sea el usuario quien cargue con los efectos adversos del paso del tiempo.

Los derechos del consumidor tienen jerarquía constitucional y, por tanto, el mayor de los amparos que un ordenamiento puede concederle, en este orden cuando una pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva.

La empresa no puede oponerle al pedido del usuario, por ejemplo, la existencia de un Área de Tarifas Básicas dentro del cual no estaría comprendido su nuevo domicilio, porque si ella mismo le aceptó la solicitud de traslado de la línea no puede luego constituir ninguna restricción a los plenos derechos del usuario.

Aun admitiendo la posibilidad que el domicilio del usuario se encontrara fuera del “A.T.B.” la empresa de telefonía debería probar que, ante esa circunstancia, realizó la gestión de acordar con la usuaria un precio de instalación en forma directa en función de la obra que le resulta necesaria al cliente.

El Derecho del Consumidor confronta a partes débiles con partes fuertes y será la primera de ellas la que sufrirá las consecuencias perniciosas del paso del tiempo, mientras que la más robusta se beneficiará con ellas. No se favorece el mandato proteccionista de la L.D.C. si se permite que, a pesar de la existencia de un reclamo y de la inexistencia de un perjuicio real para el proveedor, este último se beneficie con los largos plazos de la tramitación legal, mientras que la otra parte -la más débil- los padezca.

<sup>440</sup> (conf. PIZARRO, R.D., “Daños Punitivos”, pág. 291)



## 11.- La aplicación de los daños punitivos

La reforma del año 2008 a la L.D.C. por la Ley 26.361 ha hecho realidad en nuestro derecho positivo los llamados “*daños punitivos*”, al incorporarlo en el art. 52 bis de la ley. “*Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad de las circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan...*”. Tal el texto de la primera parte del mencionado artículo.

Hemos visto que la doctrina ha objetado el nombre (“daño punitivo”) pues lo que se sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño mismo<sup>440</sup>. Es por ello que en general la doctrina considera que la denominación correcta para designar a la figura jurídica en cuestión es “*multa civil*” por actos desaprensivos, lo que permite determinar con exactitud su especie y naturaleza dentro del género sanción al cual pertenece<sup>441</sup>.

Teniendo en cuenta los presupuestos para su aplicación, bien señala Sebastián Picasso, que de acuerdo al texto sancionado, bastaría el mero incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no culpa del proveedor, haya o no un daño causado al consumidor, se haya enriquecido o no el proveedor como consecuencia del hecho, para que sea aplicable la multa<sup>442</sup>.

Ahora bien, como presupuesto objetivo, parece apropiado individualizar a ese acto como *desaprensivo*, en el sentido del obrar llevado a cabo sin miramiento hacia los demás, esto es, sin importar las consecuencias no obstante su cabal conciencia, o con “*grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva*”<sup>443</sup>.

En lo que hace a la graduación de la multa y su límite cuantitativo la reforma deja librada a la discrecionalidad judicial la graduación, con una fórmula abierta que requiere tener en cuenta “*la gravedad de la falta y demás circunstancias del caso*”. Ello facilita la tarea del juez a la hora de hacer efectivas las funciones represiva y preventiva propias de la sanción pecuniaria.

Ramón Daniel Pizarro afirma que el derecho de daños no sólo se integra con la prevención y la reparación del daño injustamente causado o sufrido, sino que también con algunas cuestiones de naturaleza sancionadora, orientadas al desmantelamiento pleno de los efectos del acto ilícito, mediante implementación de penalidades económicas civiles que sancionen tales inconductas calificadas.

Lo contrario importaría aceptar que alguien se pueda enriquecer merced al agravio intencionado o fruto de una grosera negligencia<sup>444</sup>. Con similar criterio, Matilde Zavala de González manifiesta que “*dado el principio de unidad del orden jurídico, nada impide que el Derecho civil y, en particular el de daños, en determinadas circunstancias prevean penas pecuniarias para el autor de un hecho lesivo*”<sup>445</sup>.

La crítica a la aplicación del daño punitivo fue puesta en jaque por la pluma siempre lúcida de la Profesora KEMELMAJER de CARLUCCI, quien afirma que jerarquizados autores italianos (entre los

<sup>441</sup> (conf. MOISA, B., “Los llamados “daños punitivos” en la reforma de la ley 24.240”, LL, RCyS, pág.271)

<sup>442</sup> (conf. PICASSO, S., Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), pág. 123)

<sup>443</sup> (conf. art. 1587 del Proyecto de Reforma C.Civil de 1998)

<sup>444</sup> (conf. PIZARRO, R.D., “Daños Punitivos”, en Derecho de Daños, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, Bs.As., Ed. La Rocca, 2ª parte, 1993, pág. 290)

<sup>445</sup> (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., “Resarcimiento de daños, 2 d, Daños a las personas”, Edit. HmMurabi, pág.454)

<sup>446</sup> (conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, A., “¿Conviene la introducción de los llamados “Daños Punitivos” en el Derecho Argentino?”, Anales de la Acad. Nac. de Der. y C. Soc. de Bs.As., 2da Epoca, Año XXXVIII, N° 31, Bs.As., 1993, pág. 71 y sigs.)

que cita a Paolo Cendon), sostienen que la responsabilidad civil cumple funciones múltiples: reintegradora, preventiva, sancionadora y distributiva. Afirman que debe renunciarse a una visión fragmentaria; no hay que elegir sino sumar una serie de compartimentos que no son estancos: daño, imputabilidad, causalidad, injusticia. La responsabilidad civil al decir de Huguene, cumple también una función política de prevención, de disuasión de los comportamientos antisociales. La falta de esta visión global trae como consecuencia negativa que deba consentirse la insoportable impunidad que viola la lealtad, las expectativas, el decoro, la verdad procesal, la concurrencia, las tratativas, las relaciones crediticias, la paz de los espíritus, etc., pues muchas veces el lucro obtenido por el autor de la conducta antijurídica es sensiblemente mayor al daño padecido por el titular del derecho violado. De tal manera, no se busca eliminar el principio de la reparación integral, sino, sin tocar éste, encontrar una previsión legislativa que disponga además de ese resarcimiento, una medida de carácter prioritariamente aflictivo<sup>446</sup>.

Es que como ha ocurrido con el Derecho Societario, el Derecho del Consumo ha decidido apartarse de los pilares de la responsabilidad civil establecidos por el Derecho Civil, y en consecuencia, generar un régimen sancionatorio propio que reconoce las penas privadas.

En su momento Sebastián PICASSO planteaba desde un brillante trabajo que “...es indudable que determinadas situaciones exigen del ordenamiento jurídico una respuesta más enérgica que la simple reparación del daño causado. Sin embargo, la primera pregunta que habría que formularse al respecto es si es necesario que esa respuesta provenga del derecho civil”<sup>447</sup>. Y nuestra respuesta -dice ALVAREZ LARRONDO- es que la misma proviene no del régimen general, sino de este ordenamiento especial. No es el Derecho Civil, sino el Derecho del Consumo el que viene a instalar este instituto, pero limitando su campo de aplicación a las relaciones de consumo estrictamente. Aquí se crea un sistema reparador propio de una rama del Derecho específica, que se aparta del régimen civil y que crea sus propios institutos acorde a la realidad negocial, social y económica de ese sector. De allí que se podrá sostener que las penas privadas no pueden resultar aplicadas con criterio general (extremo que no compartimos), pero lo que no se puede cuestionar es que cada rama del Derecho puede imprimir las modificaciones que estime pertinentes y acordes con su campo de actuación. Así lo ha hecho el Derecho del Consumo atento su compleja y particular problemática. De allí que su validez legal y por sobre todo constitucional, resulte innegable<sup>448</sup>.

Ante una clara demostración de una total falta de interés y/o preocupación por el problema planteado por la usuaria y una manifiesta desidia en cumplir obligaciones la aplicación de los daños punitivos cobra plena virtualidad.

El consumidor merece resguardo legal y constitucional porque se lo considera el contratante débil. Esta caracterización, sin lugar a dudas ha venido a incidir sobre la extensión del deber de informar impuesto por la buena fe, ya que por un lado se encuentra un profesional y del otro un profano a quien la ley protege. Esta situación de desigualdad real es la que la ley especial intenta solucionar a través de figuras típicas del Derecho del Consumo.

El art. 52 bis de la LDC dispone que: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan... La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47 inciso b) de esta ley”.

Analizando esta norma se advierte que tiene un propósito netamente sancionatorio pero su finalidad no es sólo la de castigar a la demandada por una conducta grave sino también desalentarla

<sup>447</sup> (PICASSO, S., “Sobre los denominados “daños punitivos”, Doctrina, LA LEY, 2007-F, 1154)

<sup>448</sup> (conf. ALVAREZ LARRONDO, “La consistencia de los daños punitivos”, La Ley 2009-B, 1156; “Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales”, T.II, 361; LOPEZ HERRERA, E., “Los Daños Punitivos”, Abeledo Perrot, 2008, p. 348)

Por Heraldo Enrique FIORELISI

en el futuro, vale decir que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares en el futuro.

Por lo tanto, si la empresa incurre en incumplimiento, no cumple eficientemente las prestaciones que tiene a su cargo, no adecua su obrar al standard de profesionalidad que le es requerido, quebrando con tal proceder las legítimas expectativas del usuario de sus servicios (conf. arg. Art. 902 C.Civ.), debe responder y ser sancionada.

Es importante dejar sentado que no se puede merituar la conducta de la accionada con los mismos parámetros aplicables a un neófito, pues su actividad profesional debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada. En tal sentido cabe precisar, que el art. 954 del C.Civ. admite una nueva lectura, en clave de consumidor; la inexperiencia es la ineptitud negocial, la falta de habitualidad en el intercambio y, la ligereza -antes contemplada como misteriosa o inadecuada- surge nítida en la sociedad actual<sup>449</sup>. No es ocioso destacar que el proveedor de bienes o servicios en estos tiempos no puede alegar el desconocimiento de errores o defectos, ni escudarse en su falta de intención maliciosa. El derecho del consumidor guarda relación íntima con el mercado y con sus “fallas”, cuanto mayor e importantes sean estos, mayor será el rol que debe desempeñar como ordenamiento tuitivo<sup>450</sup>.

Proveedores probos, honestos, de buena fe, acostumbrados a transacciones en equilibrio, ven en este derecho la consagración de una ética empresarial, de una “moral negocial” que es buena, deseable y conveniente para toda la sociedad. El derecho del consumidor apunta a “limpiar el mercado”, a purificarlo, a superar sus vicios, sea en orden a la conducta de los que intervienen, sea en punto a usos y costumbres negociales<sup>451</sup>. Tal como sostiene este autor, derechos y economía confluyen en esta temática y aportan lo suyo para concluir en una “utilidad y justicia”, en un lucro con equilibrio, en el cual prive la solidaridad negocial<sup>452</sup>.

Y es de toda evidencia que la aplicación de la normativa que protege los derechos de los consumidores y usuarios no puede soslayarse en atención a lo que dispone el art. 65 de la Ley 24.240.

Particularmente debe atenderse a la regla de interpretación de los principios de la ley en la forma más favorable para el consumidor que determina el artículo 3.

En los casos de incumplimiento de las compañías de telefonía cobran virtualidad los artículos 2, 4, 8 bis, 19, 25, 26, 27, 30 de la L.D.C. Además, el reclamo de la multa civil en los casos en que sea demostrada la desidia de la empresa prestadora ante su cliente-usuario, encuentra cauce adecuado en la previsión del art. 52 bis. referido anteriormente

No puede quedar impune la violación de la ley, debe darse al lesionado (usuario) la satisfacción que merece y servir la penalidad como medida ejemplarizadora para lograr revertir las reiteradas conductas desaprensivas y de desinterés por el usuario que demuestran en la mayoría de las tramitaciones las prestadoras del servicio telefónico.

Esta afirmación no es caprichosa ni antojadiza ya que toda la comunidad sabe el trato que reciben por parte de la empresa cuando efectúan un reclamo por incumplimiento, errónea facturación, falta de servicio, etc. y/o solicitan la instalación del servicio telefónico o el traslado de una línea.

La aspiración no debe ser la de sancionar constantemente las inconductas de las prestadoras sino, por el contrario, lograr que mediante la aplicación de sanciones las mismas vayan disminuyendo y se logre concientizar a los prestadores en el sentido de que los servicios deben prestarse

conforme a lo convenido y reglamentado y que los usuarios y consumidores deben ser tratados y considerados como realmente se merecen ya que son los “clientes” que mantienen a las empresas y a quienes ellas brindan sus servicios. De lograr este cometido, la normativa del art. 52 bis se podría llegar a convertir en letra muerta.

<sup>449</sup> (conf. CNCCom., Sala F. 23/03/2010, “Vasquez c/ CTI PCS S.A.”, RCyS 2010-VIII, 213)

<sup>450</sup> (conf. MOSET ITURRASPE, J., “Introducción al derecho del consumidor”, Rev. del Der. Privado y Comunitario, ed. Rubinzal Culzoni, 1996, Sta. Fe, págs. 14 y 55; Doctrina Societaria, ed. Errepar, I.XI, pág. 905)

<sup>451</sup> (Conf. MOSET ITURRASPE, J., ob. cit., pág. 15)

<sup>452</sup> (conf. CNCCom., Sala A. 10/10/06 “Rodríguez c/ Citibank NA”-id. Sala B. 12/09/02 “Derderian c/ Citibank NA”- CNCCom., Sala F. 23/03/2010, “Vasquez c/ CTI PCS S.A.”, RCyS 2020-VIII, 213)

# CAPÍTULO XI: TELEFONÍAS MÓVILES EN EL MARCO DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

---

Por Julián Emil JALIL

cionalidad o el grado en el que refleja su indiferencia frente a los usuarios es el punto central a tener en cuenta para la fijación de la sanción prevista en el art. 52 bis de la LDC.

## 1. GRADO DE INSTRUCCIÓN DE USUARIO DE TELEFONOS CELULARES Y MAGNITUD DEL INCUMPLIMIENTO

El sistema legal de defensa al consumidor es de *orden público*, aplicándose a toda relación contractual de consumo *sin atender al nivel de instrucción que pudiera tener el consumidor*. Desde esta perspectiva, una empresa de telefonía no puede ampararse en la circunstancia que el usuario era instruido en derecho, pues el supuesto de hecho que torna operativa la norma es la especial situación de vulnerabilidad negocial frente al proveedor o empresario.<sup>453</sup>

Atendiendo la regla de interpretación de los principios de la ley de defensa del consumidor, que en su art. 3° establece su aplicación en la forma más favorable al consumidor, *la circunstancia de que el lapso de interrupción del servicio de telefonía celular sea breve y que el daño sea considerado pequeño no exime de responsabilidad a la empresa prestadora del servicio de telecomunicaciones*, pues esa condición no está establecida expresa o implícitamente por la ley, ni resultan de los principios, los cuales declaran que todo daño es resarcible.<sup>454</sup>

<sup>453</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Marceillac, Juan I. c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. 10/04/2006, LLBA 2006, 1218, AR/JUR/3884/2006. Igual Sentido: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, “Martinelli, José A. c. Banco del Buen Ayre”, 20/11/1997, LLBA 1998, 511.

<sup>454</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Vasquez, Gabriel Fernando c. CTI PCS S.A. 23/03/2010, RCyS 2010-VIII , 213, AR/JUR/14409/2010. En este sentido se resolvió que debía responsabilizarse a una empresa de telefonía móvil por los daños y perjuicios causados a un cliente como consecuencia del cumplimiento tardío de un acuerdo conciliatorio homologado por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor y en el cual se había comprometido a cancelar una línea telefónica y los cargos de cobranza mal facturados, toda vez que el usuario se vio perjudicado por su accionar, máxime si cumplió en tiempo oportuno con su parte del convenio. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, Díaz Cisneros, Adriano Patricio c. CTI PCS S.A., 09/12/2009, DJ 02/06/2010, 1494, JA 2010-III, 37, AR/JUR/61927/2009. Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que corresponde ordenar a la empresa prestataria del servicio de telefonía móvil demandada a restituir, dentro del plazo de 60 días, lo indebidamente cobrado a cada usuario en concepto de “tasa de control, fiscalización y verificación” y de “aporte al Fondo Fiduciario del Servicio Universal”, con más los intereses que aplica para el caso de mora en el pago de las facturas, y a indemnizar al usuario con un crédito equivalente al 25% del importe cobrado ilegítimamente desde que la obligación de pagar dichos conceptos se encuentra en el ámbito patrimonial del prestador del servicio, sin que nada autorice a trasladar su costo al cliente. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV, Unión de Usuarios y Consumidores c. Movicom Bell South y otro, 22/11/2007, LA LEY 14/12/2007, 5, LA LEY 2008-A , 132 , LA LEY 04/04/2008 , 4 con nota de Dante D. Rusconi, LA LEY 2008-B , 572 con nota de Dante D. Rusconi, DJ 09/04/2008 , 940, DJ 2008-I , 940 LA LEY 2008-C , 151, Sup. Adm. 2008 (abril) , 50, AR/JUR/7607/2007. Ver También: CNContenciosoadministrativoFed, sala II, “Movistar S.A. c. S.C. e I.”, 29/06/2000, LA LEY 2001-B, 313 - DJ 2001-2, 318

<sup>455</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contenciosoadministrativo Nro. 6, Unión de Usuarios y Consumidores c. Secretaría Comunicaciones Dto. 764/00, 18/03/2009, Sup. Adm. 2009 (agosto) , 68 , LA LEY 2009-D , 716, AR/JUR/1966/2009.

<sup>456</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, Consumidores Libres Coop. Ltda. de Pr. de Serv. de Acc. Com. c. AMX Argentina S.A. 30/10/2009, LA LEY 22/03/2010 , 6 con nota de Gabriel Martínez Medrano, LA LEY 2010-B , 416 con nota de Gabriel Martínez Medrano, AR/JUR/60115/2009. en “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”, 24/02/2009, LA LEY 02/03/2009, 8, con nota de Juan Vicente Sola; LA LEY 2009-B, 157, con nota de Juan Vicente Sola; LA LEY 04/03/2009, 8, con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli; Roberto J. Boico; LA LEY 2009-B, 189, con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli. Nuestro Máximo Tribunal dispuso al respecto que frente a la falta de una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase —en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos—, el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular, pues donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, principio éste del que ha nacido la acción de amparo, ya que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para su vigencia efectiva.



## 2. LOS DERECHOS DEL CONSUMO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LA LEGITIMACIÓN COLECTIVA PARA LA DEFENSA DE LOS MISMOS

El art. 42 de la Constitución Nacional pone en cabeza de los consumidores y usuarios de derechos plenos, un poder de exigir atribuido a la voluntad de cada uno, por lo que tales derechos son operativos, sin necesidad de que se dicte una ley que los instrumente para poder hacerlos valer.<sup>455</sup> Por su parte, conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Halabi”, la legitimación aludida en el art. 43 de la Constitución Nacional resulta operativa respecto de reclamos que involucran derechos de incidencia colectiva comprensivos de intereses individuales homogéneos, como ser los derechos patrimoniales de los usuarios y consumidores.<sup>456</sup>

Con relación a las *acciones colectivas* contra las empresas de telefonías móviles, constituye un recaudo indispensable para su procedencia, *la acreditación de un interés colectivo*. Al respecto se consideró que debía rechazarse la acción de amparo colectiva incoada por una asociación de usuarios contra una empresa de telefonía móvil, por las fallas detectadas en un equipo celular que aquella comercializa, pues no se acreditó la existencia del interés colectivo expuesto en la demanda, ya que solo se han incorporado a la causa los nombres de los adquirentes del equipo, sin acreditarse el carácter de usuarios perjudicados o lesionados en sus derechos.<sup>457</sup>

## 3.- CARÁCTER DE LA OBLIGACION ASUMIDA POR LAS EMPRESAS PRESTADORAS DEL SERVICIO DE TELEFONÍA

Las obligaciones que asumen las empresas prestadoras de servicios telefónicos frente a los usuarios son *de resultado*, pues éstos contratan con el único fin de poder comunicarse y aquéllas se comprometen a que esa posibilidad realmente exista, al margen de la diligencia con que se actúa para lograrlo, por ende, el factor atributivo de responsabilidad por las deficiencias del servicio prestado - en el caso, se adjudicó un número con un prefijo distinto al correspondiente al domicilio del actor- es objetivo, al cliente le basta con demostrar la incomunicación y la empresa sólo puede liberarse de ella acreditando caso fortuito o fuerza mayor, culpa de un tercero por quien no deba responder o culpa exclusiva o concurrente de la víctima.

En el caso de obligaciones de resultado, *la acreditación de la circunstancia objetiva de la no obtención de lo perseguido desplaza a la culpa en razón de que la prestación tenía por meta un objetivo concreto*; de allí que no resulte apta para morigerar el monto de la condena originada en la deficiente prestación del servicio de telefonía celular por parte de la empresa de telefonía móvil, la argumentación vertida por ésta en el sentido de que se trató de un error atribuible a título de culpa pero nunca de dolo o malicia.<sup>458</sup>

<sup>457</sup> Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sosa, Beatriz c. A.M.X. Argentina S.A. DEN., Comercial Claro p/ac. Amparo, 01/07/2011, LLGran Cuyo 2011 (diciembre), 1142 con nota de José Luis Correa, AR/JUR/43573/2011

<sup>458</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, Villegas, Jorge R. c. CTI Cía. de Teléfonos del Interior S.A., 29/04/2003, LLLitoral 2004 (mayo), 462, RCyS 2004, 845, AR/JUR/4920/2003. En este caso la empresa adjudicó un número con prefijo distinto al correspondiente a la ciudad donde se domicilia el usuario.

<sup>459</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV, Vazquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/daños y perjuicios, 07/08/2012, LA LEY 17/10/2012, 10, LLLitoral 2012 (octubre), 950 con nota de Marcelo G. Gelcich, RCyS 2012-XI, 66 con nota de Guillermo C. Ríos, AR/JUR/40764/2012. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, 10/05/2012, LA LEY 10/08/2012, 3, AR/JUR/15752/2012.

<sup>460</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III, Macian, Elsa Susana c. AMX Argentina S.A. (Claro) s/ especiales (residual) (cumplimiento de acuerdo y daños y perjuicios), 14/11/2011, LLNOA 2012 (marzo), 222, DJ 06/06/2012, 83, AR/JUR/85142/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala I, P., D. H. c. Telecom Personal S.A. 13/04/2011 LA LEY 06/05/2011 con nota de José Ignacio Ondarcuhu 06/05/2011 LA LEY 06/05/2011, 5 06/05/2011 LA LEY 2011-C con nota de José Ignacio Ondarcuhu 06/05/2011 LA LEY 2011-C, 123 RCyS 2011-VI RCyS 2011-VI, 272 LLNOA 2011 (junio) LLNOA 2011 (junio), 555 DCCyE 2011 (junio) con nota de Federico M. Alvarez Larrondo DCCyE 2011 (junio), 115, AR/JUR/12708/2011. La prueba de los daños punitivos, Nallar, Florencia, LLNOA 2011 (abril), 252; Un primer paso auspicioso (comentario a la ley prov. n° 8.365 de implementación de un procedimiento para la defensa de los derechos y garantías de los consumidores y usuarios). Díaz Critelli, Adrián, LLNOA 2010 (diciembre), 1032ADLA LXXI-A, 1.



## 4.- LA APLICACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS ANTE INCUMPLIMIENTO DE LAS EMPRESAS DE TELEFONIAS MOVILES

Preliminarmente corresponde señalar que el daño punitivo reclamado a una empresa de telefonía resulta improcedente, si no se vislumbra un obrar grave y malicioso de aquélla,<sup>459</sup> pues los elementos probatorios deben surgir *un daño derivado de una imputación subjetiva agravada*. Por su parte, a los fines de la procedencia de la indemnización por daño punitivo contemplada en el art.52 bis de la ley 24.240 de defensa del consumidor –texto agregado por la ley 26.361- no tiene relevancia jurídica alguna que haya habido condena por daños compensatorios, pues la condena es independiente de otras indemnizaciones.<sup>460</sup>

La aplicación de los daños punitivos ha reconocido en el marco jurisprudencial nacional un sinnúmero de situaciones que involucran a compañías de telefonías móviles. A modo de ejemplo mencionamos los siguientes:

**1- Falta de rampa para discapacitados en ámbitos destinados a formular las denuncias pertinentes:** se dijo que resulta procedente imponer una multa civil, en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, a una empresa de telefonía celular cuyo local carece de una rampa de acceso para discapacitados, impidiendo el acceso al mismo de un cliente que había concurrido para formular un reclamo y se desplazaba en silla de ruedas, desde que se da en el caso un abuso de posición de poder que evidencia un menosprecio grave por el derecho del consumidor a un trato digno.<sup>461</sup>

**2- Accionar dilatorio y negligente ante la solicitud de baja del servicio:** se señaló al respecto, que el daño punitivo es procedente, pues resulta claro que la empresa de telefonía móvil demandada adoptó un accionar dilatorio y negligente ante las sucesivas presentaciones y reclamos de un cliente a efectos de dar de baja un servicio, imponiéndole trabas para concretar la rescisión del contrato.<sup>462</sup> Con similar tesitura, se resolvió que la empresa de telefonía celular accionada debe abonar a un usuario un resarcimiento en concepto de daño punitivo, en tanto se acreditó que actuó con una actitud groseramente negligente e indiferente al no dar respuesta alguna al pedido de éste de dar de baja el servicio y transferir determinadas líneas, lo cual implicó, a su vez, un incumplimiento del deber de información a su cargo (art. 4, ley 24.240).<sup>463</sup>

**3- La falta de entrega del celular ya abonado:** en una acción incoada a efectos de que se condene a una empresa de telefonía celular a entregar al actor el equipo telefónico cuyo precio abonó, la Sala

<sup>461</sup> Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, Machinandarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina, 27/05/2009, LA LEY 08/06/2009, 11, LA LEY 2009-C, 647, LA LEY 19/06/2009, 7 con nota de Florencia Nallar, LA LEY 2009-D, 96 con nota de Florencia Nallar, LLBA 2009 (junio), 557, RCyS 2009-VII, 62 con nota de Federico M. Alvarez Larrondo, LA LEY 29/12/2009, 4 con nota de Humberto Quiroga Lavié, LA LEY 2010-A, 220 con nota de Humberto Quiroga Lavié, AR/JUR/10675/2009

<sup>462</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Zárate-Campana, Ayestarán, Juan Carlos c. AMX Argentina S.A. s/daños y perjuicios, 29/05/2012, La Ley Online, AR/JUR/32281/2012. NALLAR, Florencia, Domínguez, Alicia, Coco, Gustavo, Maucouvert, Rodolfo, “Nuevas tendencias de la responsabilidad civil: la prevención del daño. Efecto disuasorio de los daños punitivos y medidas autosatisfactivas”, DJ on line Exclusivo.

<sup>463</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala I, P., D. H. c. Telecom Personal S.A. 13/04/2011, LA LEY 06/05/2011, 5 con nota de José Ignacio Ondarcuhu, LA LEY 2011-C, 123 con nota de José Ignacio Ondarcuhu, RCyS 2011-VI, 272, LLNOA 2011 (junio), 555, AR/JUR/12708/2011. Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de Salta de 11a Nominación, Gramajo Salomón, Juan Pablo c. Telefónica Móviles Argentina S.A. (Movistar), 05/04/2010, LA LEY 29/06/2010, 7, LA LEY 2010-D, 222, RCyS 2011-I, 76 con nota de Enrique J. Perrioux, LLNOA 2011 (abril), 252 con nota de Florencia Nallar, AR/JUR/26629/2010

<sup>464</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA”, 18/11/2009, LA LEY 23/12/2009, 10, con nota de Sebastián M. Serra; LA LEY 2010-A, 203, con nota de Sebastián M. Serra; RCyS 2010-I, 112 - RCyS 2010-II, 133, con nota de Carlos V. Castrillo; AR/JUR/45423/2009.

<sup>465</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III, Macian, Elsa Susana c. AMX Argentina S.A. (Claro) s/ especiales (residual) (cumplimiento de acuerdo y daños y perjuicios), 14/11/2011, LLNOA 2012 (marzo), 222, DJ 06/06/2012, 83, AR/JUR/85142/2011

<sup>466</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Marceillac, Juan I. c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A., 10/04/2006, LLBA 2006, 1218, AR/JUR/3884/2006. Igual Sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, “González de Bruno, Mónica c. Banco de Galicia y Buenos Aires”, 05/09/2005, LA LEY 2006-B, 542, con nota de Norma O. Silvestre; Raquel A. Lubiniecki - RCyS 2005-XII, 132 - LA LEY 2005-F, 684.

F de la CNCiv. entendió que resulta procedente imponer a la demandada una suma por daño punitivo pues, su contumacia y su reticencia en cumplir con las obligaciones contraídas, torna aplicable lo establecido en los arts. 10 y 52 bis de la ley 24.240, texto según ley 26.361.<sup>464</sup>

**4- Con relación a las costas de la acción de daños y perjuicios** en la cual se reclamó una indemnización por daño punitivo que fue acogida en menor medida, deben imponerse al demandado vencido en tanto se trata de daños que son de carácter estimativo o de difícil estimación.<sup>465</sup>

**5.- Responsabilidad por publicidad engañosa por los llamados “créditos de regalo”** la publicidad obliga al oferente, por lo tanto, la empresa de telefonía celular destaca en sus publicidades el no cobro de llamadas recibidas desde teléfonos públicos, debe considerarse como *integrante del marco de ejecución del contrato con el consumidor* —art. 8° de la ley de Defensa del consumidor—, por aplicación del principio de la buena fe contenido en el art. 1198 del Cód. Civ.<sup>466</sup>

En este orden, la Justicia Municipal de Faltas de la Ciudad de La Plata, a través de un juzgado con competencia en la materia de defensa del consumidor, sancionó a una empresa de telefonía celular por haber incurrido en publicidad engañosa, condenándola al pago de multa y a la publicación a su costa de la parte resolutive del fallo condenatorio. Dicho Tribunal sostuvo que resulta engañosa la publicidad realizada por una empresa de telefonía móvil promocionando una cantidad de créditos “de regalo” con la adquisición de una unidad y, en “letra chica”, supeditando una parte de dichos créditos gratuitos al desembolso posterior de dinero por parte del cliente para efectuar la primer recarga de créditos, toda vez que las aclaraciones efectuadas en la mencionada “letra chica” en ningún caso pueden contradecir las condiciones promocionadas en la “parte captativa” del mensaje publicitario.

La circunstancia de que la entrega de los créditos “de regalo” promocionados por una empresa de telefonía móvil en la publicidad tendiente a la venta de sus unidades esté supeditada a la previa entrega de una suma dineraria como contraprestación -en el caso, el cliente debía efectuar una primer recarga de créditos para obtener dicho beneficio- le quita la condición de liberalidad a la operación llevada a cabo entre la empresa y el consumidor, configurándose un supuesto de publicidad engañosa contraria a la ley de defensa del consumidor 24.240. Por su parte, se dijo que es irrelevante, a los fines de eximir de responsabilidad a empresa de telefonía celular por la promoción engañosa publicitada en medio de comunicación, la circunstancia de que la información sea correctamente otorgada cuando el cliente se dirige al local de venta de la empresa, toda vez que lo que se intenta evitar es que el potencial adquirente del bien promocionado concurra a dichos locales interesado de manera ilegítima.<sup>467</sup>

## 6.- LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN

La omisión de una empresa de telefonía celular de informar respecto de las condiciones de adquisición de un equipo telefónico, constituye una infracción al art. 4 de la ley de defensa del consumidor, ya que se trata de datos esenciales para comprender las características del servicio. Para la configuración de una infracción administrativa no se exige dolo como voluntad de realizar el hecho típico, bastando la conducta que derive en la afectación del bien jurídico protegido por la ley, bastando para su configuración, la imprudencia, el descuido o la ligereza en el comportamiento.<sup>468</sup> Con similar

tesitura se consideró que incumple el deber de buena fe la empresa de telefonía que no informó al con-<sup>467</sup> Juzgado de Faltas Nro. 2 Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata, Telefónica Unifón (TCP S.A.), 07/07/2005, DJ 2005-3, 567 con nota de Fulvio Germán Santarelli, LLBA 2005 (setiembre), 929 con nota de Fulvio Germán Santarelli, AR/JUR/1614/2005

<sup>468</sup> Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, Telecom Personal S.A. c. Ciudad de Buenos Aires, 25/02/2005, LA LEY 13/07/2005, 13, LA LEY 2005-D, 374, AR/JUR/404/2005. En este caso, la empresa entregó “gratuitamente” un teléfono, sin informar que lo suministraba en comodato.

<sup>469</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Marceillac, Juan I. c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A., 10/04/2006, LLBA 2006, 1218, AR/JUR/3884/2006. (Del voto de Dr. Ferro). Igual Sentido: Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, “Asociación Civil Hospital Alemán c. Ciudad de Buenos Aires” 03/03/2004, DJ 18/08/2004, 1228 — LA LEY 19/08/2004, 7.

<sup>470</sup> Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 2 de Mendoza, Areco (Asociación de Asesoramiento y Def. del Consum. U.S.) c. Unifon (Telefónica de Comunicaciones Personales S.A.), 18/02/2009, La Ley Online, AR/JUR/75749/2009. Ver También: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I “Asociación Civil de Usuarios c. Bancarios C./amx Argentina”, 2009-12-22, LA LEY 15/06/2010, 3, con nota de Matías Irigoyen Testa; LA LEY 2010-C, 624, con nota de Matías Irigoyen Testa; LLBA 2010 (julio), 645. IRIGOYEN TESTA, Matías “Revisión judicial de la doctrina del caso “Halabi” (telefonía móvil y acciones de clase)”, LA LEY 15/06/2010, 3.

sumidor, conforme al art. 4° de la ley 24.240, de manera cierta, veraz y suficiente que, por encima de la convenido, cobraría las llamadas entrantes que fueran efectuadas desde teléfonos públicos, pues de este modo se altera el art. 42 de la Constitución Nacional.<sup>469</sup>

En sentido adverso, se dijo que debe desestimarse la acción intentada por una asociación de consumidores a fin de que la empresa de telefonía demandada restituya a los usuarios del servicio lo cobrado en

virtud de las llamadas recibidas a sus celulares provenientes de teléfonos públicos, semipúblicos y locutorios, con fundamento en que no se les habría informado respecto de estos cargos, pues, de la folletería que recibían aquellos conjuntamente con la facturación surge que se les notificaba que debían abonar ese tipo de llamadas, resultando esta información cierta, veraz y oportuna.<sup>470</sup>

## 7.- EL RESARCIMIENTO DEL Daño Moral

Una empresa de telefonía debe indemnizar el Daño Moral sufrido por un cliente si le vendió a este un celular defectuoso, en los casos en donde el cliente perdió valioso tiempo en defensa de su derecho del consumidor, quedó incomunicado de su grupo familiar y tuvo que seguir pagando la línea aun cuando no la pudo utilizar, pues el sufrimiento de disgustos y el quebrantamiento de su bienestar deben ser resarcidos bajo este rubro.<sup>471</sup>

*Es decir, las dilaciones indebidas, la burocracia innecesaria, la falta de delicadeza y respuesta a los inconvenientes que en diversas oportunidades se le presentan al usuario de las telefonías móviles, que tengan relación causal directa con el sufrimiento, angustia, amargura, congoja, ansiedad, aflicción, o padecimiento inmerecido, debe ser resarcido como rubro independiente de los demás daños analizados, siempre que el mismo sea probado en cuanto a su existencia y alcance.*

---

<sup>471</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV, Vazquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/daños y perjuicios, 07/08/2012, LA LEY 17/10/2012, 10. LLLitoral 2012 (octubre) , 950 con nota de Marcelo G. Gelcich, RCyS 2012-XI , 66 con nota de Guillermo C. Ríos, AR/JUR/40764/2012.

CAPÍTULO XII: APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA  
DEL CONSUMIDOR AL CONTRATO DE SEGUROS.  
“CONSUMIDORES DE SEGUROS”

---

Por Eliana PESARESI

## 1.- Introducción

La idea que parte de considerar al hombre como consumidor se enlaza con el avance del hombre “individuo”, al hombre “social”, las relaciones que se establecen a partir de vivir en sociedad, donde aparecen nuevas instituciones y la necesidad de encontrar soluciones específicas a problemas y situaciones hasta el momento desconocidas. La mutación de hábitos y costumbres generan conflictos que necesitan respuestas que se adecuen a la realidad actual de la sociedad.

Hoy el hombre individuo, es a través de su vida en sociedad, un CONSUMIDOR. Relaciones basadas entre quien compra y quien vende, es un fenómeno social dentro de las que se inscriben las ahora llamadas *relaciones de consumo* (art. 1 Ley de Defensa del Consumidor – Reforma 23.651).

Las relaciones de consumo son, entonces, una categoría innovadora que reclama una sincronización con el resto del ordenamiento, dado que no se adapta a nuestro tradicional derecho de las obligaciones y contratos. Se ha presentado así, una nueva disciplina, que con el correr del tiempo, se ha ido transformando en una nueva rama del derecho, la cual intentara conseguir igualdades justas en situaciones que una parte es ampliamente más poderosa y se encuentra en mejor posición que la otra.

Al ser un derecho nuevo, sus reglas son un tanto difusas, buscando escapar de las comparaciones para tener un eje propio y lograr la tan ansiada justicia social, que en la teoría todo el sistema normativo busca. SEGURIDAD JURIDICA, y JUSTICIA SOCIAL, sería el estado ideal al que se desea llegar.

El carácter de consumidor de la persona, es una de sus facetas, dentro del desarrollo en la sociedad.

Este nuevo género de relaciones jurídicas, las “*relaciones de consumo*” o “*contrato de consumo*” fue conceptualizada por Stiglitz como aquellas “*celebradas a título oneroso, entre un consumidor final, persona física o jurídica, con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para uso privado, familiar o social*”<sup>472</sup>

Así comenzó en argentina, con la promulgación de la ley 24.240, y la posterior reforma constitucional del año 1994, un proceso de generación de normas que fue configurando un sistema para traer respuestas satisfactorias y eficientes a esa realidad socio-jurídica, en la que el consumidor está ante los múltiples factores de agresión que presenta el moderno mercado del consumo.

La ley 24.240, sancionada luego de una trabajosa elaboración el 13/10/1993 y publicada el 15/10/1993 que tuvo sucesivas reformas<sup>473</sup>, de las cuales la más relevante es la ley 26.361 promulgada en abril de 2008, se autodeclarada de orden público, con vigencia en todo el territorio nacional (art. 65 ley 24.240). Proclama como objeto “la defensa del consumidor y usuario” (art. 1), y sus principios han adquirido rango constitucional con la reforma del año 1994. Al respecto el art. 42 de la CN dispone que “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. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad

---

<sup>472</sup> STIGLITZ, Rubén, *Contrato de Consumo y cláusulas abusivas* en Derecho del Consumidor N° 8, Gabriel Stiglitz – Director, Editorial Juris, Rosario, diciembre de 1997, p. 3).

<sup>473</sup> La Ley 24.240 titulada “ley de defensa del consumidor” fue sancionada el 22/9/1993 (B.O. 15/10/93), se la vetó parcialmente mediante Decreto 2089/93 del 13/10/93 (B.O. 15/10/93) (Adla, LIII-D, 4125) y fue reglamentada mediante Decreto 1798/94 del 13/10/94 (B.O. 18/10/94) (Adla, LIV-D, 4525). Fue modificada mediante las leyes 24.568 del 27/09/95 (B.O. 31/10/95) (Adla, LV-E, 5890); 24.797 del 5/03/97 (B.O. 3/04/97) (Adla, LVII-B, 1355); 24.999 del 1/07/98 (B.O. 30/07/98) y finalmente mediante la que lleva el número 26.361 del 3/04/08 (B.O. 7/04/08) que fue objeto de veto parcial mediante Decreto 565/08 del 3/04/08 (B.O. 7/04/08).

Por Eliana PESARESI

y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”. Para garantizar la precedente disposición tutelar, el art. 43 de la CN confiere la acción de amparo “cuando no exista otro medio judicial más idóneo”.... “contra todo acto de autoridad pública o de particulares” que la vulnere. Entre la enunciación de supuestos se incluyen los derechos de consumidores y usuarios y quienes resulten afectados por violación de normas de defensa de la competencia.

El derecho de consumo ha crecido vigorosamente en las últimas décadas impregnando de sus características a diversos contratos, comprendiendo en su marco regulatorio a un amplio espectro de relaciones fácticas y jurídicas.

Por su parte el seguro se aventaja en el tiempo a la normativa sobre defensa del consumidor y tiene características distintivas de otras relaciones contractuales, que han llevado a afirmar que constituye un sistema autónomo.

La regulación del seguro y los entes aseguradores resulta de las leyes 17.418 conocida como Ley de Seguro y 20.091 referente a las aseguradoras y su control<sup>474</sup>.

Nuestro primer entresijo consiste en incluir o excluir al seguro en la relación de consumo,<sup>475</sup> lo cual adelantamos que nos enrolamos en la postura que corresponde aplicar a todos los ‘consumidores de seguros’ la Ley de Defensa del Consumidor, y concordamos con lo dicho por el excelentísimo Dr. Sobrino, en cuanto a que los “*consumidores de seguros*”, son las personas más desprotegidas de la sociedad de consumo actual. Conforme esta postura recordamos que el maestro Juan Carlos Félix Morandi, aceptaba expresamente la aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor para resolver las cuestiones relacionadas con los seguros, en igual sentido, se expresa nuestro querido Dr. Carlos Ghersi<sup>476</sup>.

Otro desafío que nos queda por delante es el proceso de integración de las normas relativas a los derechos de los consumidores y a los seguros y como se los amalgama con el vértice valorativo de la Constitución Nacional para una convivencia transformadora de las realidades interpretativas de ambos regímenes que se nutren mutuamente de sus principios.

Y, en lo atinente a lo que aquí nos concierne, adelantamos, que el ‘consumidor de seguros’, no es solamente el ‘asegurado’ o ‘tomador’, sino también los ‘beneficiarios’ y/o ‘víctimas’ de los siniestros. Es que como bien expresa el distinguido profesor Caballero Sánchez, “...la moderna expresión genérica de ‘consumidores de seguros’...” incluye a los “...asegurados, beneficiarios y perjudicados...”

## 2.- Integración. Normativa y pautas de interpretación

### 2. a.-Constitución Nacional.

El derecho local, en el año 1994, tuvo un cambio muy importante en la filosofía de la carta magna, habida cuenta que se introdujeron institutos y mandas, que tienden a brindarle una mayor protección al ciudadano común en general, y al consumidor en particular.

En la posmodernidad jurídica, la Constitución Nacional ya no solo tiene como fin defender al ciudadano común frente al poder imperioso del estado sino también de las grandes empresas.

<sup>474</sup> La “Ley de Seguros” 17.418 fue sancionada y promulgada el 30/8/1967 (BO 6/9/1967). La Ley 17.661 suspendió su entrada en vigencia hasta el 1/7/1968. La “Ley de entidades de seguros” fue sancionada el 11/1/1973, (BO 7/2/1973), bajo el título “De las aseguradoras y su control”.

<sup>475</sup> El seguro y la relación de consumo. Gregorini Clusellas, Eduardo L. LA LEY 04/02/2009, 04/02/2009, 1 - LA LEY2009-A, 1130

<sup>476</sup> GHERSI, Carlos Alberto, “¿Es necesario que el conductor del vehículo posea registro para que el seguro pague la indemnización?, JA, 2006-II-25.



El derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran alrededor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social.

El concepto de “relación de consumo” fue incorporado en nuestra legislación nacional con el dictado del art. 42 de la Constitución Nacional, reformado en el año 1994. En dicha oportunidad, tal terminología vino a ampliar el ámbito de protección al consumidor dado por la anterior ley 24.240, excediendo a la mera vinculación contractual que podía fundamentar hasta entonces la protección del régimen tuitivo. En análoga línea, la ley 26.361 –última modificatoria de la ley 24.240- incorporó en el art. 3 la mentada definición constitucional a fines de adaptar la regulación legal de conformidad al texto de mayor jerarquía a nivel nacional, nuestra Constitución Nacional.

El art. 42 CN, es así una norma operativa, amplia y omnicomprensiva de todos los consumidores, no excluye a ningún consumidor, tiene aplicabilidad inmediata en la sociedad, es decir, a favor de los consumidores<sup>477</sup>, aquellos que tienen como factor conglomerante la situación de debilidad en la relación de consumo; una de las categorías jurídicas más amplias y desprotegida de nuestra sociedad.

De esta forma, ultimamos que la normativa constitucional protectoria del consumidor, se aplica en todo el ámbito del seguro (aunque existen prestigiosos doctrinarios que opinan en contrario).

En el año 2003, un fallo de primera instancia remarcaba que con la reforma de 1994 tanto en la Nación como en la Provincia, se comenzó a recorrer un nuevo camino: el tránsito del “Estado de derecho hacia el Estado de Justicia”, en el cual la justicia debe acompañar la dimensión social de los nuevos derechos incorporados a la Carta Magna, ya que

*“el conjunto de derechos reconocidos en los textos constitucionales de nada valen, si no se garantizara la tutela judicial efectiva, adecuada y continúa”.*<sup>478</sup>

*“Desde la reforma constitucional de 1994, los derechos de los consumidores y usuarios gozan de rango constitucional -arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional; y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- que, al igual que la ley 24.240, otorgan un amplio significado a las expresiones “consumidores” y “usuarios”.*”<sup>479</sup>

El derecho del consumidor, es un derecho nuevo que ha evolucionado increíblemente provocando la metamorfosis de todo el sistema.

La interpretación judicial muestra que el Derecho del Consumidor nativo se acoge para dar un tratamiento tutelar, es decir, para aceptar que si se es consumidor hay una debilidad implícita a reconocer.

## 2. b.- Ley de Defensa del Consumidor. Ley de Seguros.

Conforme la diversidad normativa aplicable, el problema surge ante el caso concreto al momento de saber cuál es la que se debe aplicar. En este ámbito, cada parte busca y defiende –obviamente- la aplicación de la normativa que le es más beneficiosa.

<sup>477</sup> Esta es la posición de la jurisprudencia, que ha sostenido con relación de los consumidores, que es un “... derecho que tiene explícita base constitucional (v. art. 42 CN) con alcance operativo e inmediato principio de cumplimiento...”, Cam. Nac. De Apel, en lo Com., Sala “A”, “AVAN S.A. vs. Banco Torquinst S.A. s/ ordinario” voto de la Dra. Ana Piaggi, 17/02/2004.-

<sup>478</sup> “Molina, Osvaldo Hugo Gabriel c. Red Megatone CARSA, SA s. Acción de Amparo” Expte. 19612/02. Juzgado Civ. Y Com. De la 6° Nominación de Resistencia, chaco, 24 de marzo de 2003. Publicado en [www.Legalmania.com/derecho/sentencia\\_intereses.htm](http://www.Legalmania.com/derecho/sentencia_intereses.htm)

<sup>479</sup> Expte. N° 147854 - “Caporaletti Maria Cecilia c/ Liberty Seguros Argentina S.A. s/cumplimiento de contratos civiles/comerciales” – CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA (Buenos Aires) – SALA III - 06/06/2011. RCyS 2011 - XII , 79, con nota de Waldo A. Sobrino;

Concebimos al igual que la doctrina mayoritaria y los precedentes jurisprudenciales que el contrato de seguros es un contrato de consumo regulado por la ley 24.240.

El seguro, ha evolucionado inmensamente en los últimos años con la sanción de la ley de tránsito, y la ley de daño ambiental<sup>480</sup>, además el carácter de obligatoriedad que le implantaron a este, y la preponderancia que ha ido logrando en diferentes sistemas del mundo, valorando primordialmente la función social del mismo.<sup>481</sup>

Así, la normativa constitucional protectoria del consumidor, también llegó para modificar algunos aspectos de este importante instituto, cuestión esta para nada pacífica en la doctrina nacional<sup>482</sup><sup>483</sup>, pero que ha tomado en los últimos años un gran protagonismo.

Así es que se aplica también en todo el ámbito del seguro<sup>484</sup>, el cual claramente se encuentra dentro de la conceptualización de “servicios” del art. 1º de la Ley 24.240, y así lo expresa el art. 3 LDC, en cuanto menciona que las relaciones de consumo se regirán por la presente ley, sin perjuicio de que el proveedor por la actividad que se desarrolle este alcanzado por otra normativa específica.

El Art. 42 CN también modificó todas las normas anteriores vigentes que no están de acuerdo con sus pautas, lógicamente que no queda fuera de esto la Ley de Seguros, la cual recibirá modificaciones directas lógicamente en todos aquellos puntos en los que se contraponga a la manda constitucional.

Sabemos que el epicentro tanto del plexo normativo que protege a los consumidores, como de la ley de seguros es la *persona humana*, la *Función Social* de ambos institutos a estas alturas es indiscutible. Es por ello, que frente a una relación de consumo, vinculada con los Seguros, la normativa específica a aplicar es la que protege al consumidor.

<sup>480</sup> El 11.09.12 se publicó en el B.O. el decreto N° 1638/12 que reglamenta el seguro ambiental obligatorio establecido en el art. 22 de la ley 25675. Con fecha 24.10.12 la Superintendencia de Seguros de la Nación, mediante la Resolución n° 37160/12 aprobó las condiciones generales del mismo. *La ley 25675, dispuso en el art. 22 que* “...toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente...”

<sup>481</sup> Para muestra de la trascendencia de la “función social” que Isaac Halperín le brindaba al seguro de responsabilidad civil, bástenos recordar lo que había establecido en el art. 121, párrafo tercero, de la “Ley General de Seguros”, al determinar que: “...el asegurador no puede oponer al damnificado ninguna defensa nacida del contrato o de la ley anterior o posterior al hecho del que nace la responsabilidad, aun cuando se refiera a retención o falsas declaraciones del asegurado, o a la falta de pago de la prima, o a la quiebra o concurso del asegurado, sin perjuicio de su derecho contra el asegurado...”. El Proyecto de “Ley General de Seguros” de Halperín, se basaba en la premisa, que se tiene que cumplir con la “...función social del seguro...”. HALPERIN, Isaac, “Seguros (Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)”, Prólogo a la Primera Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 19

<sup>482</sup> “Buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional se ha inclinado por sostener -acertadamente a mi criterio- que ni la Ley de Seguros ni la Ley 20.091 que rige la actividad aseguradora fueron derogadas ni modificadas por las Leyes 24.240 y 26.361, leyes éstas generales que, aunque posteriores, ni tácita ni expresamente así lo hicieron respecto a leyes que, como las antes mencionadas, son leyes especiales. Creo que quien planteó clara y fundadamente el tema en cuestión fue la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, cuando en los autos “Petorella, Liliana Irene contra Siembra Seguros de Retiro S.A. sobre ordinario”, en fallo del 03/07/2009, señaló que tanto la Ley de Seguros como la Ley 20.091 tienen preeminencia sobre la Ley de Defensa del Consumidor -pese a la reforma de la ley 26.361- y que sus disposiciones no le son aplicables a aquéllas por existir una incompatibilidad entre ambos regímenes, no sólo de índole jurídica, sino también práctica; por otra parte, y como lo agrega además el fallo en cuestión, la legislación tuitiva de los consumidores tienen por objeto actuar como efectivo control de las cláusulas contractuales predispuestas cuando el Estado Nacional no interviene, cosa que no se da en el seguro en donde la Superintendencia de la Nación, entre otras cosas, aprueba las cláusulas de las pólizas y las primas y controla la actividad aseguradora y reaseguradora, resultando ser así la auténtica, genuina y profesional autoridad de control en esta materia “con exclusión de toda otra autoridad administrativa, nacional o provincial” -conforme artículo 8 de la Ley 20.091-. Lo cierto es que si se admitiese la posición contraria, se podría llegar a sostener que ahora el contrato de seguro se hallaría regido por la Ley de Defensa del Consumidor y entonces las normas de la Ley de Seguros serían aplicables en forma supletoria al tiempo que se pondrían en tela de juicio las facultades y la capacidad técnica y profesional de la Superintendencia de Seguros de la Nación -prevista expresamente en el artículo 66 de la Ley 20.091- para controlar el sistema asegurador y reasegurador.” López Saavedra, Domingo. “El seguro y la ley de defensa del consumidor” RCyS 2011-VIII, Tapa.-

<sup>483</sup> “El contrato de seguro es el acuerdo por el cual una empresa reglamentada por ley y supervisada por el Estado asume un riesgo obligándose a abonar una indemnización en caso de siniestro a cambio de un precio. Con lo antes expuesto, resulta más que evidente que las empresas de seguros no prestan servicios, ya que no hacen trabajos para quienes las contratan. Si no se aceptan las limitaciones de la ley, terminaríamos diciendo que quienes explotan —aun lícitamente— el juego, prestan servicios a los apostadores, o dislates semejantes. Si el seguro no es un servicio —y como obviamente tampoco es una compraventa ni una locación de cosas— es claro que no se trata de una actividad comprendida en la ley de defensa del consumidor.” Los seguros y la defensa del consumidor Schwarzberg, Carlos. Publicado en: Sup. Act. 14/02/2006, 14/02/2006, 1

<sup>484</sup> Así se expresó al poco tiempo de la entrada en vigencia de la ley 24240, Juan Carlos Morandi, y en igual sentido se encaminaron Ricardo Lorenzetti, Rubén Stiglitz; Eduardo Toribio, Miguel Piedecasas, entre otros.

Por Eliana PESARESI

Conforme el criterio del Dr. Waldo Sobrino, y al cual adherimos “*en la relación de consumo de seguros, se aplica en forma preeminente, primaria y privilegiada la ley de defensa del consumidor*”. Y, luego, en todo aquello donde la Ley 24.240 no ha normado y/o no existe contradicción, recién entonces se aplica la ley de seguros<sup>485</sup>.

Así es que toda relación de consumo se debe analizar y resolver, a través del art. 42 CN, y la ley de defensa del consumidor, y toda normativa concordante dictada a favor de los consumidores, que se aplicarán en forma privilegiada por sobre la ley de seguros, el código civil y el código de comercio, siempre y cuando estos últimos no entren colisión con ellas. Cuestión esta que la reforma del año 2008, de la ley 26.361 dejó claramente establecida en el último párrafo del art. 3 “*Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, este alcanzado por otra normativa específica*”.

El fin sin dudas de esta nueva rama del derecho, es la protección al consumidor, en su concepción actual, que es la parte más débil en toda relación de consumo.

Como nos enseña Lorencita, “la vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional”.<sup>486</sup>

En esa dirección se destaca la función social, tanto de las normas que protegen al consumidor, como las normas que regulan al seguro, institutos adecuados a la idea solidarista y que necesita de máxima protección para que la tan ansiada justicia social quede próxima. La protección a la parte más débil fomenta a cubrir las desventajas de quien no está informado suficientemente sobre lo que adquiere.

Es dable destacar lo dicho por Piedecosas, sobre este tópico: “...obedeciendo a esta concepción de consumidor, no parece existir razón válida alguna que impida la consideración como tales a todos los elementos personales que se amparan bajo la denominación de asegurado siempre que se actúe al margen de cualquier actividad profesional y, en definitiva, como contraparte del asegurador en relación a la aseguradora. En principio, y como punto de partida, podemos señalar que el consumidor de seguros encuadra sin ningún problema dentro del concepto que trae la ley 24.240, máxime cuando esta normativa utiliza un doble concepto finalista que es el consumo o el beneficio propio, grupal o social que permite comprender tanto al tomador como al asegurado, al beneficio y al damnificado, sin restringir la protección debida al asegurado”<sup>487</sup>.

Ante una situación de conflicto, la igualdad de posibilidades de hacer valer los derechos de cada una de las partes de la relación se fundamenta en la función social que debe tener el litigio, y en el rol activo de la función jurisdiccional.

Y es claro que hay que preservar al consumidor que en los contratos de seguro tienen un limitado margen de autonomía de la voluntad, tal como lo puso de relieve la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala C, en autos: “Barral de Keller Sarmiento, Graciela vs. Guevara, Juan Antonio y Otros s/Daños y Perjuicios”<sup>488</sup>

La defensa del consumidor no solo está consagrada en nuestra Carta Magna (art. 42), sino también en la ley 24.240, encontrándose el asegurado alcanzado por tal protección.

---

<sup>485</sup> SOBRINO, Waldo; *Consumidores de seguros*, Ed. La Ley, 2009, p.137.

<sup>486</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, “Consumidores”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 24.

<sup>487</sup> Conf. Miguel A. Piedecosas “El Consumidor de Seguros”, en: “Defensa del Consumidor”, Coordin. Lorenzetti-Schotz, ps. 343/344

<sup>488</sup> CSJN, Barral de Keller Sarmiento, Graciela Higinia c. Guevara, Juan Antonio y Otros. Cita Fallos Corte: 327:3925 Cita online: AR/JUR/11456/2004 .

Por Eliana PESARESI

## 2. c.- Función Social del seguro. La desprotección del consumidor de seguros: Cláusula "claims made".

En ambos casos, tanto en el seguro, como en lo atinente a la protección del consumidor, los hechos manifiestan que la protección que a nivel normativo se dispensa es más aparente que real. Las soluciones, como regla, son reparadoras del daño, aunque no aseguran ni fomentan la extensión del modelo a comportamientos generales del mercado. Ambos derechos no logran concretarse, y se desvirtúa el fin social, quedando la consagración de este principio como una utopía.

Esto fue uno de los temas que el mayor doctrinario argentino de seguros, Isaac Halperin, hace años ya hablaba, hacía hincapié sobre la necesidad que el seguro cumpla con su "función social"<sup>489</sup>.

Y, con el transcurrir de los años, cada vez con mayor fuerza la Jurisprudencia ha resaltado la función social del seguro. Así es que se sentenció:

*"El seguro tiene una función social, pero los jueces deben fallar a través de la interpretación de los textos legales aplicables y la ley 17.418 exime de responsabilidad a la aseguradora cuando el tomador actúa con culpa grave"*<sup>490</sup>;

*"El seguro de responsabilidad civil no tiene como solo propósito defender al asegurado evitándole una grave pérdida económica, sino resguardar a la víctima mediante un resarcimiento rápido e integral."*<sup>491</sup>;

*"... es necesario tener presente la función social que le corresponde a la aseguradora de cara a la reparación del daño injustamente padecido por la víctima (...) 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..."*<sup>492</sup>.

La idea proteccionista del consumidor de seguro ya se engendra desde antaño, por eso la afirmativa de aplicarse la ley de defensa del consumidor a los consumidores de seguros.

Toda esta teoría de proteccionismo hacia las partes más débiles<sup>493</sup> de la relación de consumo, se ha visto quebrantada con la conocida cláusula "claims made", teñida de irrazonabilidad y dureza, es un caso típico donde se conculca el derecho del consumidor, por un lado, desabriga en forma absoluta a los "consumidores de seguros" y por otro lado el seguro de responsabilidad civil, no cumple con la "función social"<sup>494</sup> que les es propia y esencial.<sup>495</sup> A favor de esta postura también se encuentra el prestigioso Dr. Rubén Stiglitz<sup>496</sup>.

<sup>489</sup> En contra de esta postura, se encuentra actualmente el prestigioso autor, Marcelo, López mesa; "La ideología de la reparación y la concepción de reparaciones porque sí", donde afirma que en nuestra jurisprudencia tiende a una "ideología de la reparación" que conscientemente o sin hacerse cargo de ello, han concedido resarcimientos que solo una ideología reparatoria justificaba, y que lo llamativo era que esas soluciones se solían apreciar casi siempre en supuestos en que las demandadas son compañías de seguros. La pretensión de algunos jueces y doctrinarios – bien intencionados posiblemente – de que todo perjuicio debe ser indemnizado, reúna o no el caso los presupuestos de la responsabilidad civil (LL, 2008-B, 270).

<sup>490</sup> CNEspCivCom, Sala V, "Politsky, Raúl A. c/ Nazar Anchorena, Ezequiel J. s/ daños y perjuicios" 8/10/85;

<sup>491</sup> 12.255- CNCiv., sala M, mayo10-995– "Berlari, Norma E. c. Omega Coop. De seguros Ltda." ;

<sup>492</sup> "Rumi, Ángel A. vs. Liotto, Ricardo y otros"; Cámara Nacional de Apelaciones Civ, sala K, 29/12/2005;

<sup>493</sup> Recordemos que la expresión genérica de 'consumidores de seguros'... incluye a los "...asegurados, beneficiarios y perjudicados..."

<sup>494</sup> Caballero Sánchez (con cita del Supremo Tribunal de España), donde se resalta que "...el seguro de responsabilidad civil se configura hoy, más que como instrumento de protección del asegurado (a lo que respondía originariamente), como institución destinada a tutelar los intereses del perjudicado (S.T.S., 3 de Julio de 1981..."; agregando el autor citado que "...las relaciones entre el perjudicado y el asegurador han pasado a ocupar el primer plano (S.T.S., 26 de Diciembre de 1986)..."; y ello es así dado que "...la finalidad principal del contrato de seguro de responsabilidad civil consiste en dejar definitivamente indemne al tercero (S. 1 de Diciembre de 1989)...". Ver: CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto, "El Consumidor de Seguros: protección y defensa", Capítulo 3, "Protección Informativa y Publicitaria"; Punto 4). "El Seguro como instrumento de protección de terceros", p. 91, Ed. Mapfre, Madrid, España, 1997.

<sup>495</sup> Ver: HALPERIN, Isaac (actualizado por Juan Carlos Felix Morandi); "Seguros (Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091)", quien desde el mismísimo "Prólogo de la Primera Edición" de su obra, resalta la importancia de la "función social del seguro", al afirmar que "...las nuevas normas se toman como punto de partida de una nueva evolución, fundada en un acentuado criterio de función social del seguro...", p. IX, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983.

<sup>496</sup> Stiglitz, Rubén S. La cláusula "claims made" y sus últimos estertores. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F ~ 2011-03-03 ~ F. R., C. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros



Por Eliana PESARESI

La cláusula “*claims made*” restringe en el tiempo la cobertura asegurativa por lo que incide sobre los efectos obligacionales “acordados”, limitando abusiva e inequitativamente los de una de las partes.

Como dice SOBRINO, si bien desde la perspectiva teórica, el asegurado tendría la posibilidad de optar entre distintas alternativas, la realidad de los hechos de la vida diaria, nos demuestra que el consumidor no tiene ni la menor idea de lo que significa ni implica la Cláusula “Claims Made”. Y, como consecuencia de ello, al desconocer sus peligros, tampoco se encuentra habilitado para poder decidir y optar (con pleno conocimiento de las circunstancias), sobre las distintas alternativas teóricas que se le ofrecerían<sup>497</sup>

*“La realización de un contrato de seguro debe regirse por el principio de la “autonomía de la voluntad”; pero existen límites que deben respetarse y mantenerse a efectos de que el seguro cumpla su cometido. Por acuerdo de partes no es viable la alteración de la obligación del asegurador de modo de desnaturalizar la función económico-jurídica del contrato. Y en el caso, tales límites provienen de la propia ley de Seguros, pero también de la Ley de Defensa del Consumidor. ¿Resulta acaso razonable que si el profesional médico no está satisfecho con la compañía aseguradora deba mantener tantos seguros vigentes como tiempo deba transcurrir hasta que opere la prescripción de eventuales reclamos? Desde ya que no. De lo contrario, implícitamente estaríamos aceptando la existencia de “clientela cautiva” de la compañía aseguradora, pues ningún profesional médico puede asegurar que no va a poder ser demandado por alguno de sus pacientes durante los últimos 10 años. Es decir que si el médico cambiara de compañía aseguradora cada año, debería mantener —al menos— diez seguros simultáneos a los diez años de ejercer su profesión, lo cual resulta claramente abusivo.”<sup>498</sup>*

Sigue indicando este extraordinario fallo:

*“La esencia del contrato de seguro es justamente la protección del asegurado contra el hecho generador de una deuda ocurrida dentro del plazo de vigencia de la póliza, independientemente del momento en que se efectúe el reclamo. La aparición del daño es lo que interesa a los fines de situarlo en el período de garantía. Por ello, una interpretación distinta implicaría una desnaturalización del contrato de seguro. La cláusula “claims made”, limita temporalmente la garantía asegurativa en un modo no previsto por la ley ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado. Ello, además de implicar una violación a lo dispuesto por los arts. 109 y 158 de la ley de seguros, permite tener por configurados los presupuestos previstos en el art. 37, incisos a) y b) de la ley 24.240 de defensa del consumidor (voto de la Dra. Lozano - CNCivil, Sala L, - Expte. N°: L.059871, 29/08/03, “Rodríguez, María Alejandra c/Obra Social del Personal de la Sanidad y otros s/Ordinario”, Sumario N° 15675 - Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 23/2003; Stiglitz, Rubén “Un antecedente sobre la ilicitud de la cláusula “claims made”, LA LEY, 2003-F-372 y sigtes).”*

Sostiene así el Dr. Waldo Sobrino que a su criterio, resulta plenamente aplicable el art. 37 de la ley de defensa del consumidor, dado que la Póliza de Seguros, es un típico contrato de consumo con cláusulas predispuestas, que deben interpretarse en favor del consumidor.

Por tanto, entendemos que la cláusula “claims made” desnaturaliza las obligaciones propias del contrato de seguro, dado que deviene una irrazonable limitación a la protección del asegurado, a quien se le restringen sus derechos. Incluso, tampoco debemos perder de vista que más allá que se

<sup>497</sup> Cláusula “Claims Made”: protección de los “Consumidores de Seguros”. Sobrino, Waldo A. R. LA LEY 13/09/2006, 13/09/2006, 5 - LA LEY 2006-E, 400 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2007, 931 Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C (CNCiv)(SalaC) ~ 2006/05/02 ~ Barral de Keller Sarmiento, Graciela c. G., J. A. y otros

<sup>498</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C(CNCiv)(SalaC). Barral de Keller Sarmiento, Graciela c. G., J. A. y otros. RCyS2006, 1014 - LA LEY 16/08/2006 , 8, con nota de Domingo M. López Saavedra; Roberto A. Vázquez Ferreyra; LA LEY 2006-E , 2, con nota de Domingo M. López Saavedra; Roberto A. Vázquez Ferreyra; LA LEY 13/09/2006 , 4, con nota de Waldo A. R. Sobrino; LA LEY 2006-E , 399, con nota de Waldo A. R. Sobrino;

Por Eliana PESARESI

trata de un contrato de adhesión, aunque la Cláusula “Claims Made” figure en la Póliza, la misma no podrá ser alegada por las Compañías de Seguros (en base al art. 1197), dado que el art. 65 de la ley 24.240, establece —en forma expresa— que la ley de defensa del consumidor es una norma de “orden público”, de carácter inmodificable.

Sostiene Stiglitz que toda cláusula de póliza (condición general, especial o particular, pre-dispuesta) por la que se infrinja el contenido básico de la noción, es ilícita. Por lo que deberá tenérsela por no convenida, o lo que es lo mismo, deberá decretarse de pleno derecho la nulidad (manifiesta) parcial del contrato de seguro que la incluya, por la sola circunstancia que se verifique su existencia, y sustituida por la norma legal o principio general aplicable, en el caso, el artículo 109 de la Ley de Seguros en Argentina.

*“...las cláusulas Claims Made resultan abusivas, aun cuando hubieran sido autorizadas por la Superintendencia de Seguros de Salud, puesto que desnaturalizan las obligaciones relativas al objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil y amplían inequitativamente los derechos del asegurado...”*<sup>499</sup>

Como menciona el Dr. Julián Jalil la ilicitud de las cláusulas abusivas es formal cuando contrarían prohibiciones expresas de la ley, existe también la ilicitud o antijuridicidad material, que se halla constituida por pautas jurígenas dogmáticas, como ser el ejercicio regular de los derechos, el orden público, la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres, cuya violación a través de la incorporación de dichas cláusulas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual, aspecto que se exterioriza claramente en este tipo de dispositivo contractual.<sup>500</sup>

De lo hasta aquí expuesto, surge evidente que, la cláusula “claims made”, no se adecua a la noción universal del seguro contra la responsabilidad civil. Ello significa que la cláusula no ha alcanzado superar un análisis sobre su legitimidad y legalidad, contrariando el orden jurídico. Frente a semejante abuso del poder dominante, no hay modo ni forma de armonizar, de pactar ni de transigir soluciones pues, cualquiera sea el intento, terminaríamos por componer lo que se está rechazando.

## **2. d.- Res. N° 35.840, creación del “Departamento de orientación y asistencia al Asegurado”.**

Mediante la resolución 35614/11, la cual modifica el Reglamento General de la Actividad Aseguradora, y crea el departamento de orientación y asistencia al Asegurado (DOAA), el cual desde el Desde el 12 de julio está funcionando en el ámbito de la Subgerencia de Relaciones con la Comunidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN). Esta flamante unidad, creada por resolución 35.840 atiende consultas y denuncias de los asegurados y, llegado el caso, arbitra entre las partes con el propósito de poner fin a los reclamos de los consumidores del sector.

El fin de la misma es de ser un ámbito específico, dentro de la Superintendencia de Seguros de la Nación y sin perjuicio de competencias de las distintas áreas de la misma, conforme los arts. 1 y 2 de la Resolución N° 35.614.

En este sentido, Sobrino<sup>501</sup> afirma que la resolución declara que la Ley de Defensa del Consumidor es aplicable a todo el ámbito del seguro, y lo que es más, dispone que para aprobar las denominadas “pólizas” se analizará que éstas se ajusten a las normas constitucionales, legales y

<sup>499</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F ~ 2011-03-03 ~ F. R., C. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros. Comentario Dr. Jalil, Julián Emil. Omisión culposa y abusividad de las cláusulas claims made en el contrato de seguro médico

<sup>500</sup> JALIL, Julián, “Cláusulas abusivas”, en RCyS 2009-X, 202. CNCom, sala A, 18/10/2007, Slatapolsky, Jorge Alberto c. Banco do Brasil S.A., La Ley Online.

<sup>501</sup> SOBRINO, Waldo A.R., *Seguro de Responsabilidad Civil de Automotores. Una interpretación funcional de la póliza y del art. 56 de la Ley de Seguros*, ob. cit.



reglamentarias vigentes, y especialmente se considerará la adecuación de tales elementos técnicos con las disposiciones de las leyes 17.418, 20.091 y 24.240 y demás legislación especial aplicable.

En posición opuesta, López Saavedra<sup>502</sup> opina que con la resolución se pone fin al debate y se descarta la posibilidad de aplicar la LDC en el ámbito del seguro, ya que con la creación del Departamento de Asistencia al Asegurado, refuerza aún la vocación de defensa de los intereses de los asegurados que las leyes especiales en materia de seguros ostentan.

Lamentablemente esta resolución no aporta claridad alguna, sobre la aplicación de la ley 24240, sino por el contrario sumo una norma nueva que aviva más el más fuego.

Una vez más, en definitiva siempre habrá que estar a la interpretación de conformidad al principio que emana del art. 3 de la LDC, es decir, aquella norma que sea más favorable para el consumidor.

### 3.- Responsabilidad Civil de los consumidores de seguros

#### 3. a.- La irrupción del derecho del consumidor.

Sin perjuicio de ello, en nuestro parecer se produjo una "evolución asincrónica" entre el "Derecho" (de Daños) y el "Seguro" (de Responsabilidad Civil), habida cuenta que éste había tenido una especie de congelamiento de casi medio siglo, al quedarse estancado en lo establecido en la Ley de Seguros

Debemos tener presente que la responsabilidad civil, no solamente produce una distribución de los daños una vez ocurridos, sino que además tiene un importante efecto disuasorio sobre la conducta futura de los potenciales dañadores. La explicación de este fenómeno es simple: no será igual la conducta de un sujeto que sabe que deberá pagar por los daños que cause, a la conducta de ese mismo sujeto si tiene buenas razones para creer que no deberá pagar por esos daños. En el primer caso, es esperable que el sujeto tome ciertas medidas de prevención, mientras que en el segundo caso el sujeto siquiera tendrá un mínimo de cuidado, ya que los daños que cause serán gratis e irrelevantes para él.

De esta manera, los proveedores tendrán incentivos para mejorar la calidad y seguridad de sus productos y servicios. Pero además, si igualmente se produjera el daño, se forzaría al proveedor a internalizar esos perjuicios a terceros derivados de su actividad.

Como sostiene LORENZETTI, el derecho del consumidor es una manifestación del principio constitucional de la parte débil<sup>503</sup>. Se crean así una serie de normas tendientes a que la desigualdad que existe entre ambos sectores se aminore.

SOBRINO sostiene al respecto que esta protección de la parte débil, no es otra cosa que la aplicación del principio constitucional de "afianzar justicia", y como consecuencia de ello, con la finalidad de tratar de darle vigencia al art. 16 de la Carta Magna, se dejan de lado las ideas meramente teóricas decimonónicas, en las que se presumía que todos eran iguales (y que -por ello- tenían la misma posibilidad de negociación). Y, basándose en la realidad de los hechos, se estableció normativamente que existe una desigualdad entre las empresas y los consumidores<sup>504</sup>.

La Ley de Defensa del Consumidor estableció como principio general, que existe una desigualdad *iure et de iure* entre las empresas proveedoras de bienes y servicios, y los consumidores.

<sup>502</sup> LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M., *La adecuada protección de los asegurados. La resolución 35.860 S.S.N.*, LA LEY 23/08/2011, 1.

<sup>503</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis.; *Consumidores*, p. 9, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

<sup>504</sup> SOBRINO, Waldo; *Consumidores de Seguros*; P. 77, ed. La Ley, 2009.-

Por Eliana PESARESI

Concretamente el piso que había sido establecido en la Ley de Seguros, ha sido elevado e incrementado sustancialmente, por la Ley de Defensa de Consumidores.

Así, al reconocerse legalmente la desigualdad entre las partes, es que se ha limitado y restringido la capacidad negociadora de los seguros, en pos de proteger a los consumidores.

De la misma forma que es jurisprudencia inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostener que no hay peor desigualdad, que tratar como iguales a los desiguales, es que la Ley 24.240, ha establecido que sus normas son de orden público, de forma tal que ese piso protector, no puede ser disminuido, ni siquiera por convenio entre las partes.

Ello es así, porque el Consumidor pasa a tener una entidad jurídica y jerarquía legal, sustentado —nada más y nada menos— que en la propia Ley de Leyes.

Así entonces, en nuestra opinión, la Ley de Seguros ha sido modificada en muchísimos aspectos, como consecuencia de la aplicación del Art. 42 de la Constitución Nacional y los cambios introducidos por las Leyes 24.240 y 26.361

En cuanto a los daños se ha ampliado la concepción meramente resarcitoria del Código Civil, pasándose a un enfoque sancionatorio, a través de los “Daños Punitivos” (Art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor), abriéndose paso a la alternativa que los daños también sean reclamados por Asociaciones de Consumidores (Art. 55 de la Ley 24.240).

También se ha cambiado el criterio que establecía que únicamente dichos perjuicios podían ser establecidos por un Juez; pasándose —actualmente— a la posibilidad legal, que ciertos daños sean determinados por el Poder Ejecutivo, a través de los “daños directos” (Art. 40 bis de la Ley 24.240).

### **3. b.- Los Reparación de los Daños sufridos por Consumidores.**

Con el transcurrir de los años nuestro código civil ha comenzado a ser obsoleto, como consecuencia de los grandes cambios producidos en la sociedad y la cantidad de leyes dictadas.

En el aspecto puntual y específico de la responsabilidad civil, es muy clara la evolución de la primera etapa de la Responsabilidad Civil del Código de Vélez Sársfield, de carácter subjetiva y sancionatoria, a una segunda etapa de la Teoría de la Reparación, con fundamento en la responsabilidad objetiva y resarcitoria.

La ley 17.711, fue un refresco que introdujo la denomina “Teoría de la Reparación” lo que llevo a un cambio filosófico fundamental, un sentido más solidarista, haciéndonos conocer la responsabilidad objetiva, que ya nos iba a poner a la víctima como núcleo de los daños.

Hoy su avance ha acaparado las miradas de la óptica doctrinaria, jurisprudencial y legislativa, haciendo que se vaya un poco más adelante y se diga que estamos ante el “Derecho de Daños” lo que resulta más efectivo para aplicarlo a la práctica y defender los intereses del común de las personas.

La finalidad es que el derecho llegue a la gente, que cada ciudadano se vea protegido por el enorme caudal de leyes que rigen su vida en sociedad. Esto sucede con el Seguro, que ha sido y es actualmente uno de los institutos con más trascendencia en todos los sistemas jurídicos del mundo. Dejó de ser un simple complemento del derecho de daños, para comenzar a independizarse, y su carácter de obligatorio en muchos países, está produciendo una importante metamorfosis, se ha pasado del seguro privado y facultativo al seguro social y obligatorio.

Por Eliana PESARESI

Todo seguro obligatorio presupone la celebración de un contrato necesario, forzoso u obligatorio. Se trata de una derogación a la libertad contractual en punto a la libre y voluntaria decisión de vincularse negocialmente<sup>505</sup>.

Comporta un supuesto en que razones de interés público fundamentan y justifican que se restrinja la libertad de conclusión. Que por lo demás es un derecho relativo, sujeto a reglamentaciones que lo compatibilicen con el bien común.

La obligatoriedad, garantiza la efectividad de la reparación. Todas las víctimas serán resarcidas.<sup>506</sup> Ahora bien, el seguro de responsabilidad civil por daños- sufre de un defecto prenatal, porque aunque ideado para la protección de la víctima, ha servido desde el principio para proteger al causante del daño.

Y aquí es donde debemos detenernos y ver en qué papel ha quedado el consumidor de seguros, con la finalidad que el seguro cumpla con la tan ansiada función social que pregonaba Isaac Halperin.

En un excelente fallo del Tribunal Superior de la Provincia de Río Negro, así lo expreso en un voto de su autoría el Dr. Lutz:

*"...En este derrotero, hay que señalar que dentro de la actividad aseguradora nacional la defensa del consumidor se encuentra garantizada por la vigencia de los regímenes que establecen las leyes 17.418 de contrato de seguro, 20.091 de los aseguradores y su control y 22.400 de productores y asesores de seguros; constituyendo este complejo normativo la trama que protege al consumidor, como consecuencia de la evolución propia de la actividad. No obstante ese plexo normativo específico de protección, particularmente en materia de contrato de seguro, considero que la ley de defensa del consumidor ha venido a ampliar el sistema de protección a todas luces insuficiente que instauran las normas específicas y ha permitido que los tribunales puedan pronunciarse con fundamento en ella y a favor del consumidor, en situaciones que no siempre resultaban claras y contundentes con el régimen de seguros. Asimismo, no hay dudas de que el seguro como servicio queda involucrado en el régimen de la ley 24.240, sin que ello implique desplazamiento de los demás cuerpos normativos, los que deben aplicarse coordinadamente."<sup>507</sup>*

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, se entiende que se ha producido una evolución asincrónica entre la responsabilidad civil o derecho de daños, y el seguro que también se ha visto pulido con la consagración de los derechos del consumidor a partir de su consagración legal de la ley 24240 (y leyes modificatorias) y especialmente, por el art. 42 de la Constitución Nacional.

La constitucionalización de ciertos derechos privados, implica que la sociedad ha querido dejar constancia que existen ciertas pautas y valores que serán defendidos y protegidos a ultranza, es uno de los derechos fundamentales de nuestra pirámide jurídica;

Así este nuevo sistema para consumidores, se rige por ciertos principios y pautas específicas, que no son de su uso exclusivo, pero que su uso consuetudinario, o por analogía, y los cuales en su mayoría pasaron a formar parte de la ley de defensa del consumidor, permitió salvar las lagunas que existían al respecto y dar soluciones eficientes, aplicándolos en forma conjunta y sistemática.

Entre los más reconocidos e importantes tenemos el principio "*in dubio pro consumidor*", derivado del antiguo principio de derecho conocido como "*favor debilis*" plasmado en los arts. 3° y

<sup>505</sup> MORELLO, A. M. – TRONCCOLI, A. A., "*En torno al contrato impuesto*", en Derecho Privado Económico, Platense, La Plata 1970, pag. 228 donde aluden, para supuestos de elevado interés social, al predominio de los designios legales sobre la voluntad de los interesados; MASNATTA, H., *Las nuevas fronteras del contrato*, Abeledo –Perrot, Bs. As., 1965, pag. 64.

<sup>506</sup> Seguro Automotor Obligatorio, Rubén Stiglitz- Gabriela Stiglitz, Abeledo Perrot, 1993.

<sup>507</sup> Baffoni, Laura C. c. La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales. 29/03/2006. LLPatagonia 2006, 579.-

Por Eliana PESARESI

37 LDC; Normas de Orden Público (art. 65); deber de información (art. 4); Responsabilidad objetiva (art. 40); daño directo (art. 40 bis); Interpretación del contrato a favor del consumidor; restricción a la autonomía de la voluntad, entre otros; no todos están expresamente plasmado en el cuerpo de la ley sino que algunos se han ido aplicando gracias al avance de la doctrina y jurisprudencia respecto del tema.

El Art. 42 de la Constitución Nacional, es una norma amplia y omnicomprensiva de todos los consumidores, no excluye a ningún consumidor, y parte de la premisa básica de la desigualdad económica, técnica, jurídica, de conocimiento y de negociación que existe entre las empresas y los consumidores.

Con la reforma introducida por la ley 26.361, en su art. 40 bis (reforma muy crítica por su redacción un tanto difusa), el daño directo puede constituir una modesta herramienta útil para generar incentivos para que los consumidores realicen reclamos. El daño directo podría dar solución a algunos de los problemas causados por el bajo nivel de demandas promovidas vía judicial por los consumidores.

### **3.- Beneficiarios y/o Víctimas de siniestros.-**

Como venimos mencionando, y enrolados en la postura de que al hablar de consumidores de seguros no solo estamos incluyendo al asegurado, sino también al terceros, beneficiario o víctima. Más allá que esta última parte no se encuentre formando parte del contrato propiamente dicho, será el destinatario de la relación de consumo.

En efecto, está ordenado por la Carta Magna en el Art. 42 de la Constitución Nacional, en forma expresa, puntual y específica, fundamenta la protección de los Consumidores, en la estructura jurídica de la: “relación de consumo”.

Justamente, una de las consecuencias de la relación de consumo, es la superación del estrecho y limitado concepto de relaciones “contractuales” y “extracontractuales”.

El art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor (con la reforma de la Ley 26.361), no sólo hace referencia a la relación de consumo, sino que también —directamente— sostiene que esta normativa tuitiva se aplica a aquellos que “... sin ser parte de una relación de consumo...”, utilizan los servicios en su beneficio propio o social, agregando —asimismo— a “... quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo...”.

Ello va a implicar, que según la normativa vigente, que la víctima no es parte de un contrato de consumo, pero que “... de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo...” (Art. 1º, segundo párrafo, “in fine”, de la Ley 24.240).

De forma tal, que teniendo en cuenta lo ordenado por el Art. 42 de la Constitución Nacional y la norma infraconstitucional derivada de dicha pauta (v.gr. Ley de Defensa del Consumidor): la víctima de un siniestro, también es considerado un consumidor (de seguros) (Art. 1º de la Ley 26.361).

Ricardo Lorenzetti (incluso, antes de la reforma de la Ley 26.361), enseñaba que el “tercero beneficiario” de un “contrato de seguro” también debe ser considerado como “consumidor”.

Y, todo ello, se ve sustancialmente potenciado, en el caso de “Víctima de Siniestros de Accidentes de Tránsito”, dado que el Art. 68 de la Ley 24.449, que estableció el seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores, tiene como objetivo exclusivo, excluyente y único: la protección de la Víctima de un Siniestro de Accidente de Tránsito.

De esta forma, la víctima de un accidente de tránsito, debe ser considerado como un consumidor de seguros, no solamente por lo establecido por el Art. 42 de la Carta Magna y el Art. 1º de la

Ley 26.361, sino —también— por el Art. 68 de la Ley 24.449, dado que resulta harto evidente que el fin de la norma es beneficiar y proteger de este tipo de víctimas.

### 3. c. - Responsabilidad Objetiva. Daño directo.

La autoridad de aplicación podrá condenar a las empresas al pago del daño directo, es decir todos los perjuicios o menoscabos a los derechos de los consumidores, susceptibles de apreciación pecuniaria, que se ocasionen en forma inmediata sobre la persona o sus bienes (art. 40 LDC).

La incorporación del instituto del daño directo en el art.40 bis LDC implica una nueva vía de reclamo alternativa a la acción judicial tendiente a dar solución al conflicto entre las partes cuando está en juego un importe pequeño. Es una especie de sistema de compensación administrativo de daños, con una interesante particularidad: no excluye a la vía judicial sino que la complementa. Y tal es así que permite a la autoridad de aplicación determinar la existencia de daños directos al usuario o consumidor, y en su último párrafo dice *“Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a este por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”*. Esto es acompañado por el Art. 10 bis, que prevé ante un incumplimiento obligacional, diferentes posibilidades del consumidor para exigir su cumplimiento, y en su último párrafo, también dice: *“Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”*.

Sin dudas que se deja abierta la posibilidad de reclamar otras indemnizaciones, además del daño directo, sean estas patrimoniales o extrapatrimoniales.

### 3. d.- Daño Moral.

Ahora bien, conforme lo dicho anteriormente, se plantea un nuevo interrogante, se plasma mediante el art. 40 una responsabilidad objetiva y por el art. 40 bis se incorpora el daño Directo aplicable en vía administrativa, pero que sucede cuando se acciona vía judicial por daños y perjuicios respecto al detrimento moral que sufre el Consumidor de Seguros? Puede este incumplimiento obligacional generar derecho al resarcimiento por el Daño Moral ocasionado?

Primero recordemos que conforme surge del art. 1º del código de Comercio, las normas del código civil se aplican en los casos no previstos por aquel. Al no contar el Código de Comercio con normativa respecto al Daño Moral, este tema quedará enmarcado dentro de los términos del art. 522 del Código Civil.

El Daño Moral contractual es un perjuicio espiritual derivado del incumplimiento o mal cumplimiento de un convenio; así como también y en general, de la inejecución de obligaciones previamente contraídas entre la empresa y el consumidor.

Los perjuicios injustos deben indemnizarse, cualquiera haya sido el deber violado por el responsable.

*“A los presupuestos generales que requiere un daño para ser resarcible, en la indemnización del daño contractual se agregan los siguientes recaudos: debe existir obligación válida y anterior al momento del daño, la no ejecución de la obligación, y que dicha inejecución sea imputable al deudor”<sup>508</sup>*

La circunstancia de que las prestaciones objeto de los contratos deban ser susceptibles de apreciación pecuniaria (art. 1169, Cód. Civil) no obsta la producción de una Daño Moral, en efecto, la índole económica de la prestación de ningún modo excluye que concurra un interés extrapatrimonial en su cumplimiento.



Acorde con una postura restrictiva, la indemnización del Daño Moral contractual no se apoya en un derecho del perjudicado, sino que constituye una decisión facultativa del magistrado, según lo revelaría el Art. 522 del Cód. Civil, cuando establece que el juez “*podrá*” condenar a su reparación.<sup>509</sup>

No compartimos esta tesis, según la cual la indemnización por Daño Moral contractual es facultativa del magistrado. Operan los resarcimientos genéricos para otorgar cualquier indemnización: el juez puede o no condenar según ellos se integren o no; pero en la primera alternativa, debe hacerlo:

*“Si bien el art. 522 del cod. Civil, dice el “juez podrá...”, la doctrina mayoritaria interpreta correctamente que no implica facultad arbitraria. Se podrá no fijar indemnización si no hay menoscabo moral, pero no se puede dejar de condenar siempre que se demuestre el daño extrapatrimonial”*<sup>510</sup>

*“Si bien la procedencia del Daño Moral en materia contractual debe analizarse con criterio estricto, para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de trascendencia jurídica, no es menos cierto que, probada su existencia, la reparación deviene procedente cuando el hecho generador del daño sea de entidad suficiente para producirlo”*<sup>511</sup>.

*“Para la otra corriente, a la que personalmente adhiero, la función del Juez es la misma en ambos casos y, tanto en la órbita extracontractual, como en supuestos de incumplimiento contractual, el Juez deberá ordenar el resarcimiento del agravio moral acreditado por el incumplimiento (...) Es que sea cual fuere la óptica desde la cual se miren las normas, el detrimento moral sólo se presume para quien ha sufrido una lesión u ofensa. No siendo así, corresponde a la víctima probar que el resarcimiento por daño patrimonial no logra la reparación integral que se busca. En el ámbito contractual, la posibilidad de resarcimiento debe encararse con un criterio restrictivo, para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica.*

*Queda a cargo de quien lo invoca comprobar fehacientemente el perjuicio que dice haber sufrido, debiendo aportar elementos de formen convicción acerca de una lesión de sentimientos, de afecciones o de la tranquilidad anímica, que no puede ni debe confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios o de los pleitos.”*<sup>512 513</sup>

<sup>508</sup> CApel RGrande, Sala CivCom y Trab, 27/9/05, LLPAtagonia, 2006-113.-

<sup>509</sup> “El Daño Moral por incumplimiento de un contrato no aparece como un derecho estricto del agraviado, sino como una posibilidad de que el juez haga funcionar una atribución que la ley ha remitido a su prudencia y discreción. No todo incumplimiento contractual trae aparejado Daño Moral, dependiendo la reparación respectiva de la libre apreciación del juez acerca del hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, dado que no puede sustentarse en cualquier molestia que no se origine en la insatisfacción de las prestaciones contractuales” (CNCic, Sala A, 19/5/99, ED, 186-284).-

<sup>510</sup> CCivCom Rosario, Sala I, 14/02/93, JA, 1994-IV-319.

<sup>511</sup> C5ª Civ Com Cordoba, 29/5/06, LLC, 2006-825.

<sup>512</sup> Bellagamba, Mariano Sergio c. Volkswagen Argentina S.A. y otro. 17/08/2010. RCyS 2011-III , 207, con nota de Graciela B. Ritto (voto de la doctora *Cabrera de Carranza*).

<sup>513</sup> El mérito del Tribunal reside en considerar consumidor al adquirente de un automotor para uso personal, reafirmar la solidaridad del fabricante en los términos de la LDC por las imperfecciones y adherir a la postura amplia de resarcimiento del Daño Moral contractual, aunque niegue paradójicamente su indemnización que había sido reconocida por el magistrado de grado. (...)La Cámara adhiere a la postura amplia y siguiendo a Pizarro manifiesta que la función del Juez es la misma en ambos casos y, tanto en la órbita extracontractual como en supuestos de incumplimiento contractual, el Juez deberá ordenar el resarcimiento del agravio moral acreditado por el incumplimiento. Pero, luego se sostiene que en el ámbito contractual, la posibilidad de resarcimiento debe encararse con criterio restrictivo para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica y que en el caso concreto no se ha probado una mortificación de tal entidad que haga viable la condena en examen. En este sentido entendió la CNCom. que resulta procedente el reclamo por Daño Moral incoado por el comprador de un automóvil en virtud de la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor en la entrega del mismo, puesto que es razonable inferir que el primero padeció alguna tribulación anímica con significación jurídica a raíz de la frustración de su legítima expectativa de adquirir el vehículo para laborar. Consideramos que el Daño Moral contractual en el sub lite resulta en términos de Bueres, notorio, dado que el adquirente de un vehículo o Km espera recibirlo en óptimas condiciones, a lo que se suma la declaración del testigo que manifestó que el actor estuvo bastante movlizado con el tema y fundamentalmente la privación del uso del rodado que utilizaba para trabajar, por lo que coincidimos con el a quo que había reconocido dicho rubro indemnizatorio. En esta línea de ideas, surge de los actuales pronunciamientos de nuestros tribunales, la convicción jurisprudencial de que en las relaciones de consumo prima la tesis amplia de resarcimiento del Daño Moral contractual dado que dicha indemnización es de carácter constitucional, por lo que nos parece como mínimo contradictorio reconocer dicha tendencia para luego negar la reparación. “*Reflexiones relativas a la calidad de consumidor del adquirente de un automotor y a la discutida procedencia del Daño Moral contractual*” Ritto, Graciela B. RCyS2011-III, 208. Fallo comentado: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II (C1aCivComSanIsidro)(Salall) ~ 2010-08-17 ~ Bellagamba, Mariano Sergio c. Volkswagen Argentina S.A. y otro.-



Por Eliana PESARESI

No se puede hacer diferencia a partir de la índole del deber violado, sea contractual o extracontractual la responsabilidad, si hay un menoscabo existencial corresponde una indemnización.

No es dudosa la injusticia y falta de coherencia de resarcir el Daño Moral de una víctima, cuando lo sufre por hecho de un tercero y no por el de su contratante.

Al respecto dice Pizarro, prestando particular atención a los daños morales: "un hecho ilícito no deja de ser tal, ni modifica su naturaleza, por la mera circunstancia de producirse *dentro* de una obligación preexistente que resulta incumplida, o *fuera* de ella. En uno y otro supuesto, el menoscabo espiritual derivado de la lesión a un interés no patrimonial puede ocasionarse y merece la misma reacción del ordenamiento jurídico, orientada a restablecer el equilibrio alterado mediante el pertinente resarcimiento"<sup>514</sup>.

Actualmente, la refutación de un derecho indemnizatorio por incumplimiento de obligaciones previas operaria, entre otros supuestos, cuando el Daño Moral es consecuencia "mediata" de un incumplimiento "no malicioso" (arts. 520 y 521, Cód. Civil), recaudos que en cambio no rigen en la órbita extracontractual.

Ello pone de manifiesto una versión restrictiva opuesta al reconocimiento de perjuicios espirituales con motivo, exclusivamente, de que la responsabilidad del obligado es de naturaleza contractual. Una visión bastante incongruente con la realidad que nos acoge.

Desde la perspectiva económica no somos todos iguales, y mucho menos los consumidores, esta realidad ha sido perfectamente plasmada por la legislación; esto se ve perfectamente entre corporaciones y/o empresas de seguros que vienen con toda su ventaja técnica, económica, jurídica y de experiencia en el rubro, frente a los consumidores de seguro, quienes solo tienen la libertad de elegir que puerta de cuál de las empresa del rubro abrirán, dado que una vez que la cruzan, no tienen libertad de negociación.

Tomando en cuenta esto, y siendo que la ley de defensa del consumidor es posterior a la ley de seguros y a nuestro Código Civil, se deben tomar en cuenta los principios que se vuelcan en dicha ley, "*favor debilis*" que parte de la premisa que se debe defender a la parte más débil de la relación de consumo; Inexistencia de igualdad entre las partes; y "*favor debitoris*", cuando existan dudas sobre el alcance de la obligación, se estará a la que sea menos gravosa para el consumidor.

La ley 24.240 realizó varias modificaciones en el Código Civil, como consecuencia de la normativa protectoria de los consumidores.

En verdad, todo incumplimiento contractual no siempre causa un Daño Moral; pero obviamente si este se configura, como sucede con cualquier otro rubro indemnizatorio, debe ser resarcido, pues de lo contrario no procede ningún resarcimiento por dicho título.

Enseña Lorenzetti que no procede a resarcir Daño Moral por la sola frustración del contrato, aunque sea verosímil que "haya provocado contrariedades, ni la simple molestia de tener que recurrir a un juicio, ya que las molestias deben exceder el riesgo propio del acto jurídico"<sup>515</sup>.

Esto sería justo si ese convenio fuera celebrado entre partes con iguales posibilidades, ahora bien cuando tenemos un contrato de adhesión como es el caso de los seguros, contratos que en determinados supuestos, como en el caso de los automotores, es obligatorio a partir de la sanción de la Ley de Tránsito o el Seguro ambiental, y con una de las partes "expertas" en el tema, y otra de las partes con los conocimientos mínimos e indispensables, esto se tornaría absolutamente injusto, y desventajoso para el asegurado.

---

<sup>514</sup> Pizarro, Daño Moral, p.165 y 166. editorial Hammurabi, 2ª edición.

<sup>515</sup> Lorenzetti, *Daño Moral contractual derivado de la privación de bienes, LL, 1988-E-389 y ss.*

Por Eliana PESARESI

De esta manera y utilizando los principios plasmados en la ley, "*favor debilis*" y "*favor debitoris*", tendríamos el fundamento ideal para que el Daño Moral del consumidor de seguros se presuma, y se invirtiera la carga probatoria, quedando así a cargo de la parte más "*fuerte*" de la relación probar lo contrario;

Por eso compartimos el criterio, que indemniza el Daño Moral a partir de la frustración de lo acordado en la contratación de un seguro, dado que si el consumidor no puede establecer ninguna regla dentro de ese contrato, al menos su "*NO cumplimiento*", que lo dejaría sin protección, lo cual sin dudas tiene un importante impacto económico y social en su estructura de vida, lo que obviamente lo arrastraría a un fuerte impacto interno, el derecho a reclamar una indemnización por el desmedro emocional que ello significaría, lógicamente sería presumible, de la misma forma que lo es en la responsabilidad Aquiliana, "*in re ipsa*".

Así, cuando participa un *consumidor de seguros*, ya no se tomará como premisa fundamental la autonomía de la voluntad; ni que los contratos son la expresión de lo acordado por las partes; ni que los contratantes tienen plena libertad para contratar; ni que las cláusulas que se encuentran insertas en los contratos son como la ley misma para las partes, así mismo se asume implícitamente, que el consumidor se encuentra en inferioridad de condiciones, ya que muchas veces no entiende cabalmente la extensión de los contratos, la fuerza vinculante de la publicidad, la necesidad de más información, etc.

Dicha postura convierte al Daño Moral en derivación automática e ineludible de todo incumplimiento contractual en estas relaciones de consumo. La ley de defensa del consumidor, junto con el art. 42 CN, ampliaría la solución normada por el art. 522 del código civil, del cual emerge que dicho perjuicio es eventual, y una condena por este título requiere meritar las circunstancias del caso. Así la perspectiva seguida por Vélez Sarsfield en cuanto que son más limitados los daños morales contractuales en comparación con los extracontractuales, es desplazada por esta nueva rama del derecho que se adapta a una sociedad moderna en constante evolución.

Si se ocasiona un daño injusto, aunque sea de menor importancia, debe ser resarcido cuando aparece como cierto, ha sido causado adecuadamente y media un factor de atribución contra el demandado. Siempre que se afecte un interés respetable del consumidor debe existir indemnización del Daño Moral.

*"Es que el Daño Moral -en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales- es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales* <sup>516</sup>

- *Ahora bien, el Daño Moral recae en el lado íntimo de la personalidad; y al respecto es verdad que nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia, y en su caso la intensidad, del padecimiento y angustia que se invoca. Es que se trata de un sentimiento que, como decía Kant, representa un estado que "no contiene más que lo subjetivo puro"* <sup>517</sup>- *No obstante lo expuesto, la circunstancia de que nos hallemos ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables no ha de impedir la evaluación del juez, la que -necesariamente- tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se encontró la víctima del acto lesivo* <sup>518</sup>

<sup>516</sup> (ver Cammarota, Antonio, "Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos", ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños, T. 2b, pág. 593 y ss.; Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, p. 287; CNCiv, Sala C, 22-12-2005, "Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras SRL", LL, online; íd., Sala E, 26-5-2006, "Montalbeti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur SAC y otros").

<sup>517</sup> (ver "Principios metafísicos del Derecho", p. 13, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1873).

<sup>518</sup> (ver Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad civil", p. 247, 9º edición, Abeledo Perrot, 1997).

*En este sentido, no parecería un requisito necesario la demostración por el accionante de la existencia en sí del Daño Moral; a tal punto que se ha sostenido que dicha prueba –de producirse-- sería irrelevante para el Derecho, pues lo que hay que tener en cuenta es el dolor o sufrimiento moral que el hecho en cuestión produce normalmente en los sujetos, dado que se estaría ante un efecto “previsto de antemano por la norma”<sup>519</sup>. De todas maneras, y en lo que hace a la magnitud y el alcance del Daño Moral, es verdad que podrá ser presumido por el juez por vía indirecta, tras la prueba por la víctima de determinadas situaciones por las que ella transita a raíz del injusto<sup>520</sup>.- Por supuesto que, a los fines indemnizatorios, no sólo se debe tener en cuenta las condiciones personales de la víctima al momento del evento, sino también evaluar los padecimientos de esta índole que razonablemente pudo haber sufrido a consecuencia del hecho dañoso. Al respecto, diré que en el caso la deflación de la prótesis produjo -tal cual surge de las fotografías de fs. 317/318- una asimetría evidente de las mamas de la pretensora;; extremo suficiente como para provocarle un estado de angustia y malestar. En virtud de lo precisado, es que considero que la suma establecida por el magistrado que me precedió (\$20.000) resulta ajustada para enjugar el daño sufrido”<sup>521</sup>.-*

### **3.e.- Dolo Obligacional y Daño Moral.**

Para algunos, para que proceda el resarcimiento del Daño Moral contractual requiere dolo del incumplidor; Dado que según reza el art. 521 Cód. Civil, si la inexecución es maliciosa se comprenderán los daños también ocasionados por las consecuencias mediatas.

Desde este aspecto, se podría equiparar la decisión de no cumplir o hacerlo de manera deficiente por parte de la “empresa” al dolo obligacional, un incumplimiento a designio, con mala voluntad, es el no querer cumplir pudiéndolo hacer, sin que interese que la inexecución persiga el perjuicio del acreedor, dado que siendo profesional en la actividad que se desarrolla el campo de previsibilidad es más amplio, y no es injusto considerar que el deudor ha podido o debido tener en cuenta que su conducta causaría agravios patrimoniales y extrapatrimoniales. Exigir la intención de perjudicar, implica un recaudo no pedido por la ley y de casi imposible prueba, basta con el incumplimiento deliberado.

Conforme esto, el incumplimiento por parte de la empresa, entiéndase por ello, la deficiencia o mal prestación de un servicio, o el defecto de la cosa dada o vendida, a partir del momento que se tiene conocimiento de la “*mala prestación del servicio*” o del “*defecto de la cosa*”, se lo podría equiparar con el dolo obligacional, utilizando para ello los principios que son más favorables para el consumidor, y comprendiendo a los arts. 521 y 522 del código civil.

Por ejemplo, cuando las aseguradoras no cumplen con las obligaciones legales, en el sentido de comercializar algunas cláusulas o condiciones que pueden no haber sido aprobadas, se sostiene que si la aseguradora no cumple con la obligación de “*información*”, se debe decretar la nulidad de aquellas cláusulas que puedan llegar a perjudicar los intereses de los consumidores de seguros, este es un caso para aplicar el daño directo, dado que no se trata de un simple yerro, sino que a sabiendas, están utilizando cláusulas o condiciones que no han tenido la previa aprobación de la Superintendencia de Seguros de la Nación, en abierta violación de la Ley 20.091, esto es una conducta que refleja que su proceder era con intención, que hay *mala fe*, lo que se puede tranquilamente equiparar al dolo del art. 521 del Código Civil .

También es de destacar el deber de información que implementa la ley en su art. 4, el cual en este caso queda a cargo de las aseguradoras, cuyo objetivo es que el consumidor de seguros pueda comprender la trascendencia de lo que se le está explicando, para ello, la información debe ser cierta,

<sup>519</sup> (ver Brebbia, Roberto H., “El Daño Moral”, p. 86, Ed. Orbir, 2º edición, Rosario, 1967)

<sup>520</sup> (ver Zabala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, T. 2b, p. 593 y ss.)

<sup>521</sup> “F., F.A. c/ M.S.A. s/ daños y perjuicios” – CNCIV – SALA B – 12/11/2009. elDial.com - AA5AC0

Por Eliana PESARESI

clara, detallada, comprensible, adecuada y veraz. No cumplir con esto, es inducir al consumidor a un error, en conocimiento de ello. Si a esto le adunamos el art. 37, que determina que el contrato debe interpretarse siempre a favor del consumidor, entonces las consecuencias legales son aún más graves.

De una u otra manera, a nuestro juicio, no se debe hacer diferencia entre sí en el Daño Moral contractual existió dolo o culpa grave para que proceda su indemnización, si existe un perjuicio este debe resarcirse, de lo contrario sería inconstitucional por violar la igualdad jurídica respecto de análogos menoscabos de origen extracontractual.

Como regla, si se ha producido un daño y concurre un factor de atribución contra el demandado, su deber resarcitorio se define en función de la causalidad y no de la gravedad de la culpa que eventualmente exista.

Por lo tanto, insistimos, en que la alusión del art. 522 a la *"índole del hecho generador de la responsabilidad"* no tiene virtualidad para restringir el resarcimiento a los incumplimientos dolosos.

*"Corresponde otorgar indemnización por Daño Moral reclamada en virtud del incumplimiento de un contrato de seguro de automotor, desde que la actitud de la aseguradora demandada de eludir su obligación contractual de indemnizar el siniestro alcanzado por la cobertura, importo una burla a la confianza dispensada al actor, la que constituye en sí una agravio moral susceptible de ser indemnizado"*<sup>522</sup>.

Téngase presente que el Daño Moral no reside propiamente en un desmedro resarcible a título patrimonial, sino en la vulneración de la confianza del consumidor por un fraude, tanto más reprochable dado que en la especie las empresas son reconocidas y "de prestigio". Esto se enfatiza por maniobras precedentes investidas de plena malicia.

Entonces no se castiga el dolo en cuanto tal sino que se atiende, con exclusivos objetivos indemnizatorios, a su negativa repercusión en la subjetividad de la víctima; la *"índole del hecho generador"* a que alude el art. 522 del Cód. Civil así lo autoriza.

El principio de confianza es una de las bases de una sociedad civilizada, que permite una armónica y justa convivencia entre todos sus miembros, esto se liga con las expectativas razonables que tiene el consumidor, que según el Dr. Lorenzetti se están convirtiendo en una obligación.

Y, la importancia de las *"expectativas razonables"*, ha sido expresamente resaltada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la sentencia *"Ledesma, María Leonor c. Metro vías S.A."* de fecha 22 de abril de 2008, donde se determinó que se *"...exige un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte..."*

Otro punto de importancia es que no solo los asegurados integran esta relación de consumo entre empresa-consumidor; sino también que en cuanto a los seguros de responsabilidad civil hagamos referencia, estos se caracterizan por tener un profundo contenido social, dado que tienden a indemnizar a las víctimas de un siniestro. Y acá es importante detenerse y recordar que al entrar en vigencia la ley de seguros, estos eran de carácter voluntarios, en cambio, hoy en día, teniendo en cuenta la función social predominante que han adquirido, cada vez tenemos más cantidad de seguros obligatorios. Así podemos incluir según el cuerpo del art. 1, que menciona *"... Y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo..."*, que dentro de la categoría de *"consumidor de seguros"* se debe incluir, ya que se encuentran expuestos a una relación de consumo, al *"tomador"*, al *"asegurado"* y a la *"víctima"*, y contra esta última nadie cuestiona la procedencia del Daño Moral, que por analogía se le debe extender este derecho a los que están su mismo rango.

---

<sup>522</sup> CCivCom Tucuman, Sala III, 28/3/08, LLNOA, 2008-609, 2833-S.

CAPÍTULO XIII: LOS CONTRATOS BANCARIOS  
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY DE DEFENSA DEL  
CONSUMIDOR Y EL PROYECTO DE REFORMA

---

Por Fernando YARROCH

“ No pongas tu interés en el dinero, pero pon tu dinero a interés”

HOLMES, Oliver Wendell

AL TEMPLE DE MARTA, LA BELLEZA DE NATALIA,  
LOS OJOS DE CARMELA Y LA MEMORIA DE ROBERTO.

## I.- INTROITO:

Muy lejos estamos ya de la creación del primer banco moderno, el Banco di San Giorgio, también conocido como *Ufficio di San Giorgio*, oficialmente *Casa delle Compere di San Giorgio*, fundado en Génova, Italia entre los años 1406 y 1407. Los primeros bancos aparecieron en la época del Renacimiento en ciudades como Venecia, Pisa, Florencia y Génova. La denominación “banco” deriva de la palabra italiana *banco*, “escritorio”, y fue utilizada durante el Renacimiento por los banqueros judíos florentinos; quienes realizaban sus transacciones sobre dichos escritorios.

Ya desde la Edad Media (año 476 a 1492) existen numerosos ejemplos de actividad bancaria, mediante asignaciones o libranzas del depositante sobre el depositario y por parte de los propietarios polacos y alemanes sobre el tesoro – *exchequers* – del Rey de Inglaterra. Los orfebres londinenses hacían sus depósitos en oro; y comenzaron de a recibir depósitos de terceros, mediante la entrega de recibos especiales, denominados *Goldsmith's notes*.<sup>523</sup>

Algo lejos estamos también (aunque en términos históricos signifique una nimiedad de tiempo) de la creación en Inglaterra del primer cajero automático en el año 1967, en el *Barclays Bank de Enfield Town*, Londres.

Han transcurrido desde entonces siglos de transacciones económicas, financieras y bancarias, y nos encontramos con que la actividad bancaria se ha expandido de manera inimaginable, dando lugar a nuevos institutos, que traen aparejadas lógicas consecuencias en el orbe jurídico. La tecnología ha sido, sin duda, importante partícipe de ese desarrollo.

En el presente, nos encontramos frente a una amplia variedad de canales de comunicación, los que han modificado la relación entre el banco y sus clientes al punto de posibilitar realizar operaciones desde el hogar o la empresa, en días y horas no hábiles y sin necesidad de tratar con otro ser humano. Así, el servicio bancario se ha modificado sustancialmente desde el punto de vista operativo, creándose una cultura de comunicación y acceso esencialmente distinta a la que se generó por siglos. La prestación del servicio bancario en forma personal ha ido dejando lugar a la nueva realidad, alterando el paradigma clásico que contemplaba al banco como edificio, como sitio esencialmente seguro, lugar al que los clientes acuden a los fines de realizar sus operaciones. La tendencia apunta a lograr menores costos para las entidades, mayor rapidez y comodidad para los clientes y menos contacto personal. Pero ello no debe obstar el otorgamiento al cliente de un trato adecuado a las prescripciones legales y respetuoso del amplio compendio de derechos y facultades existentes en la materia, y vigentes desde hace años, como así también establecidos en forma amplia en el Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, aunque parte de la doctrina más especializada refiera al mismo como “Proyecto de Absorción del Código Comercial por parte del Código Civil”.<sup>524</sup>

<sup>523</sup> RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, Derecho Bancario, Ed. Porrúa . México. 1956.82.

<sup>524</sup> BARREIRA DELFINO, Eduardo, Jornada Nacional de Derecho Bancario y Financiero preparatoria del II Congreso Nacional de Derecho Bancario, Buenos Aires, 4 y 5 de Octubre de 2012.



## II.- CONTRATOS BANCARIOS – CONCEPTUALIZACIÓN:

En una primera aproximación conceptual, según la doctrina española, el contrato bancario es “el esquema jurídico de la operación bancaria, el acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria”<sup>525</sup>

Carlos Villegas los define, diciendo que: “son los contratos que realizan los bancos y que tienen por objeto el crédito”.<sup>526</sup>

Nos encontramos entonces, con dos elementos integrantes del vínculo contractual bancario: el subjetivo y el objetivo: las partes serán el banco y su cliente (abogamos por considerar tanto a la persona física como jurídica dentro del concepto de consumidor.); y el elemento objetivo estará constituido por el crédito.

El contrato bancario por su propia naturaleza se vincula estrechamente con la estructura técnico contable de la operación bancaria y se ajusta a usos mercantiles en gran parte internacionales. Los contratos son realizados dentro de la masa, y, por consiguiente, deben ser considerados dentro del género de los contratos otorgados en serie, de contenido uniforme y predeterminado, celebrado por adhesión.<sup>527</sup>

Barreira Delfino señala que el factor tipificante de la actividad bancaria lo constituye su carácter sistémico, que se define como el conjunto de operaciones y relaciones jurídicas que se constituyen, transforman o extinguen en el seno del mercado monetario y que se encuentran sujetas a los términos y condiciones pactadas entre las partes, pero también a las regulaciones dictadas por la autoridad de aplicación.<sup>528</sup>

La actividad de los banqueros adquiere un tamiz muy vasto, amén de las clásicas operaciones bancarias típicas, fundamentales o principales de intermediación y lucro crediticio. Como afirma Pedro Mario Giraldi, la operación de banco “es la actividad intermediadora y lucrativa en el crédito pecuniario; pero si se observa el funcionamiento de una entidad financiera profesional se ve de qué manera ejecuta también otras en que éste no aparece, como por ejemplo cuando recibe valores en depósito, cuando administra bienes de sus clientes, cuando hace cambios manuales de moneda, etc. Es decir, que al lado de las operaciones típicamente bancarias existen otras en las cuales el banco no da ni recibe crédito, pero que como las realiza habitualmente están comprendidas dentro de la misma expresión genérica.”<sup>529</sup>

Tal como lo califica Stiglitz, lo que caracteriza a los contratos bancarios es que tienen por objeto la realización de operaciones de crédito y la calidad de una de las partes que integra esa operación, en este caso la entidad financiera, que en su rol de empresario prestador de servicios se dedica profesionalmente a la celebración de contratos de crédito. Por tanto, si bien la ley 24.240 de defensa del consumidor no menciona expresamente a los bancos (sólo en lo que hace al crédito para el consumo) las entidades financieras se encuentran abarcadas por el art. 2º. Esta afirmación se ve reforzada por el art. 36- de la ley 24.240 cuando establece que el Banco Central de la República Argentina “adoptará las medidas conducentes para que las entidades financieras sometidas a su jurisdicción cumplan en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley, debiendo entenderse como tales las celebradas para adquisición de cosas o servicios”. En efecto, mientras que el cliente, persona física o jurídica, sea consumidor final de una operación de crédito, activa o pasiva, ésta constituye un contrato de consumo, excluyéndose a las activas destinadas a ser integradas a procesos de producción al igual que las neutras.<sup>530</sup>

<sup>525</sup> GARRIGUES, Joaquín *Contratos Bancarios*. Ed. Del Autor. Madrid. 1958. 10.

<sup>526</sup> VILLEGAS, Carlos. *La Cuenta Corriente Bancaria y el Cheque*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1988.7.

<sup>527</sup> LANGLE Y RUBIO, Emilio *Manual de Derecho Mercantil Español*. T III. Ed. Bosch. Barcelona. 1959. 426.

<sup>528</sup> BARREIRA DELFINO, “Reestructuración bancaria y fondo de comercio”. *El Derecho*. 4/2/2000. 35.

<sup>529</sup> GIRALDI, Pedro *Cuenta Corriente Bancaria y cheque*. Ed. Astrea Buenos Aires. 1973. 5.

<sup>530</sup> STIGLITZ, Rubén. “Defensa del consumidor, los servicios bancarios y financieros”. *La Ley* T.1998-C.

Referíamos *ut supra* a los elementos subjetivos de estos contratos, y nos encontramos sin dudas, ante situaciones desequilibradas constitucionalmente, en su base misma. Por un lado el banco empresario, y por el otro su cliente, centrándonos en el concepto de consumidor.

En palabras del distinguido maestro Lorenzetti, el banco es una institución profesional con un elevado grado de sofisticación en sus productos, y con un ofrecimiento masivo de los mismos, lo que permite calificar a las relaciones que establece con sus clientes dentro del campo de los vínculos profesionales, caracterizado por un desnivel cognoscitivo relevante.<sup>531</sup>

Sin dudas, el marco teórico de las partes contratantes nos otorga una “absoluta asimetría en la exposición a los riesgos”, conforme palabras del Dr. Diego Bunge.<sup>532</sup>

El banco es un comerciante -que razonablemente y racionalmente supone poseer un alto grado de especialidad- y también es un colector multinacional de fondos públicos; con obvia superioridad técnica sobre el actor. Ello lo obliga a obrar con prudencia y conocimiento de su actividad profesional. No puede meritarse la conducta del banco con parámetros similares a los de su cliente, pues la actividad profesional de aquél lo coloca en situación diferenciada en tanto debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada. El art. 954 del C.C. admite una lectura, en clave de consumidor; la inexperiencia es la ineptitud negocial y la falta de habitualidad en el intercambio. Cabe destacar que el proveedor de los servicios de tarjeta de crédito en estos tiempos no puede alegar el desconocimiento de errores o defectos, o escudarse en su falta de intención maliciosa<sup>533</sup>.

No obstante las diferencias inmanentes a este tipo de vínculo contractual, nos encontramos con que ambas partes han sido, y seguirán siendo a futuro, víctimas del propio sistema, ya que por un lado observamos las crisis financieras bancarias mundiales, y por el otro sector aparece el vilipendiado consumidor, a quien la legislación vigente - y su proyecto unificadorio - vienen a otorgar un manto de piedad en la relación contractual, generando de este modo, la necesaria protección y amparo ante su situación de debilidad o inferioridad, rotulada bajo el principio in *dubio pro consumidor*.

Dicho principio, y la tutela general del derecho del consumidor, se sustentan en el reconocimiento de su situación de debilidad y desigualdad frente a los proveedores de bienes y servicios, situación que se acrecienta aún más con los fenómenos de globalización económica, y la irrupción de las técnicas de marketing junto a la evolución de la publicidad, al calor de la llamada revolución de las comunicaciones, con ofertas de bienes y servicios en constante mutación. Este tipo de abusos y la inequidad en el marco de relaciones jurídicas que se generen, actúa como vehículo que destruye la armonía social, que debe ser resguardada por el Estado y por la Ciencia Jurídica, en su carácter de disciplina que debe velar por la equidad y la justicia, y es por ello que el “In Dubio Pro Consumidor” ha sido contemplado en el ordenamiento positivo, como uno de los principios fundamentales de protección al consumidor.<sup>534</sup>

Decíamos entonces que nos encontramos también con que – quizás - por imperio del denominado por Vico<sup>535</sup>, *corsi e ricorsi* de la historia, el sistema financiero y bancario ha sido víctima (¿victimario?) de insospechadas crisis que pusieron en jaque a la economía, sea la misma nacional, sea regional, sea ya mundial – como corolario y silogismo inevitable de la globalización - y tornaron también en potencialmente damnificable el sistema en conjunto.

Dato anecdótico es que muchas de dichas crisis se dieran en llamar dentro del contexto internacional con nombres vinculados a bebidas alcohólicas; producto de *annus horribilis* en sus eco-

<sup>531</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos*. T III. Ed. Rubinzal Culzoni.. Buenos Aires. 2000. 348

<sup>532</sup> BUNGE, Diego. Jornadas citadas.

<sup>533</sup> CN.Com. sala B. 2004/11/09. “Vila Echague c/ Banco privado de Inv. S.a. s / Sumario”IJ – XIII-478.

<sup>534</sup> SALICRU, Andrea. “El principio in dubio pro consumidor”. LA LEY On Line.

<sup>535</sup> VICO, Giambattista, *Principios de Ciencia Nueva*. Ed. Folio. Barcelona, vol. II, Libro Cuarto. 2002. traducción de J.M. Bernardo y Assumpta Camps. 161.

nomías, verbigracia: el efecto “Tequila” de México 1994, el efecto “Caipirinha” de Brasil a comienzos de los años ‘90, y el efecto “Vodka” de Rusia, año 1998.

### III.- EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y LA PROTECCIÓN DEL DÉBIL JURÍDICO

El término negocio deriva de las palabras latinas *nec* y *otium*, es decir, lo que no es ocio. Para los romanos *otium* era lo que se hacía en el tiempo libre, sin ninguna recompensa; entonces negocio para ellos era lo que se hacía por dinero.

Los negocios jurídicos onerosos tienen en miras una percepción individualista y egoísta del acuerdo contractual, porque cada parte persigue sus propios intereses; como advertía VON IHERING la benevolencia es extraña al comercio jurídico, todos los contratos procedentes del mismo se hallan basados sobre el egoísmo, por la función social y su destino el contrato está al servicio del *egoísmo* y *no de la benevolencia*<sup>536</sup>, así la parte que se encuentra en una situación de preponderancia económica se aprovecha de ella para lograr un negocio lo más productivo posible, aun cuando ello implique dejar en ruinas al co-contratante débil, porque como dijimos precedentemente: *el contrato oneroso reposa en el egoísmo y la individualidad de sus partícipes*.

La doctrina nacional, en orden a establecer un correcto sinalagma en las prestaciones debidas, manifiesta que lo justo en los contratos entre iguales consistirá en el sometimiento estricto a los términos del pacto (*pacta sunt servanda*), y en los contratos entre desiguales el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio: en el primero, la libertad exige el reconocimiento de la plenitud de efectos para el albedrío; y en el segundo, la reafirmación a favor del débil jurídico<sup>537</sup>. Todos estos tópicos y principios, han sido debidamente receptados en el Proyecto de Reforma.

Nos parece oportuno en este estadio, mencionar que el Proyecto de Unificación nos otorga una definición de contrato en el título II “de los contratos en general”, capítulo 1, disposiciones generales; art. 957, al prescribir que contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

En el derecho moderno la autonomía privada tiene límites máxime frente a normas de orden público como lo son aquellas que protegen los derechos del consumidor, la lealtad comercial o aquellas que distorsionan la libre competencia.

La ley de defensa del consumidor aparece como un marco regulatorio cuya prioridad consiste en dar un justo equilibrio a una situación contractual *económicamente desequilibrada*, con matices vinculados al *orden público económico*, el cual constituye el dogma rector del mencionado balance normativo<sup>538</sup>.

<sup>536</sup> VON IHERING, Rodolf. *El fin del derecho*. Trad. de Leonardo RODRÍGUEZ. Madrid. Pag. 135

<sup>537</sup> ALTERINI, Atilio - LÓPEZ CABANA, Roberto. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1989. 15.

<sup>538</sup> Es decir, el contrato tiene en miras preservar el orden intrínseco del acuerdo contractual, así se ha sostenido que uno de los derechos reconocidos al consumidor es el de ser protegido en los intereses económicos, vale decir, a contratar en condiciones equitativas, el cortejo de resguardos deriva del denominado orden público económico, que por oposición al tradicional orden público moral fundado en las buenas costumbres, toma en cuenta el cambio de los bienes y servicios considerados en sí mismos, y no el cambio en razón de sus consecuencias frente a las instituciones. Este orden público económico de protección, tiende a tutelar a una de las partes, y particularmente al equilibrio interno del contrato. Expte. N° 37.866 - “Poggi, Raúl Alberto y otra c/ LAPRIDA S.A.C.I. y otro s/ ordinario” - CNCOM - SALA A - 29/12/2008 elDial,AA52AC.- En este orden de ideas explica GARCÍA CANCELIL que aún en situaciones plenamente modernas, el consumo no es algo privado, atomizado o pasivo sino eminentemente social correlativo y activo subordinando a un cierto control político de las élites. Los gustos de los sectores hegemónicos, tienen esta función de embudo desde los cuales se van seleccionándolas ofertas externas y suministrando modelos políticos culturales para administrar tensiones entre lo propio y lo lejano. GARCÍA CANCELIL, Néstor. *Consumidores y Ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*. Ed. Grijalbo. 1995. Mejico. Pag. 48. Lo que se intenta proteger son las erogaciones sociales que emanan de la llamada *causa objetiva* del contrato que debe necesariamente ser tutelada por el Estado, habida cuenta que sus consecuencias escapan a los intereses particulares y se inmiscuyen en aspectos económico-sociales, en este sentido decía BETTI que los contratos tienen una función socialmente trascendente, en forma independiente de lo que los individuos quieran, en razón de ello desarrolló lo que los autores posteriores denominaron noción de causa objetiva o finalidad económico-social del negocio, ello sería la razón económico-jurídica o práctico-social. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Trad. De M. Perez. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1954. Pag. 144. LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Tomo I. Ed. Rubinzal Culzoni. Pag. 97.

Desde esta arista, y como sostiene JOSSEERAND, toda noción de orden público se transforma con las necesidades sociales; por ello es esencialmente movедiza, la evaluación social tiende a multiplicar las disposiciones de orden público y el legislador dicta reglas imperativas cada vez más numerosas, y los tribunales ponen de relieve la existencia de reglas de orden público incluso en ausencia de texto especial.<sup>539</sup>

Ese *orden público económico*, causa eficiente de nuestra actual legislación del consumo y norte teleológico de ésta, requiere para su correcta aplicación el sustento de la responsabilidad excluida de la idea de culpa como factor de imputación.

Este orden público de protección tiende a resguardar a una de las partes contratantes considerada la más débil y a mantener el equilibrio interno del contrato haciendo a la justicia del contrato, o mejor dicho a la justicia conmutativa.

La condición de orden público de los derechos de consumidores y usuarios obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado, desde una perspectiva realista, lo que impone al Juez una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal. Y si bien la L.D.C. no menciona explícitamente a las entidades bancarias -salvo en lo referente a los créditos para el consumo- éstas quedan incluidas dentro de las personas jurídicas mencionadas en su artículo 2°. El proveedor de bienes o servicios no puede escudarse en su falta de intención maliciosa. El derecho del consumidor guarda relación íntima con el mercado y con sus “fallas”, cuanto mayor y más importante sea el operador, mayor debe ser su rol en el ordenamiento tuitivo. El Derecho del consumidor apunta a limpiar el mercado, a superar sus vicios, sea en orden a la conducta de los intervinientes, sea en punto a usos y costumbres negociales, derecho y economía confluyen en esta temática y aportan lo suyo para concluir en la necesidad de utilidad con justicia, en lucro con equilibrio, en el cual prive la lealtad negocial. La complejidad del tráfico hace exigible la protección responsable del consumidor (art. 42 C.N. y Ley N° 24.240) y la confianza como principio de contenido ético impone a los operadores un inexcusable deber de honrar estas expectativas. El quiebre de esta confianza implica la contravención de los fundamentos de toda organización jurídica y torna inseguro el tráfico jurídico; y, los argentinos deberíamos haber aprendido algo de ello. La ley consagra los intereses económicos de los consumidores y usuarios, otorgándoles derecho a una información adecuada y condiciones de trato equitativo y justo. Se trata de un derecho con explícita base constitucional de alcance operativo e inmediato principio de cumplimiento. De conformidad con la tendencia normativa actual el régimen del consumo reposa en la imputación objetiva como factor de atribución, en este sentido se ha dicho que para cumplir adecuadamente con el mandato del art. 42 de la Constitución Nacional, los jueces deben aplicar el principio de la responsabilidad objetiva como uno de los presupuestos jurídicos básicos para la debida protección del consumidor<sup>540</sup>; desde esta perspectiva las transgresiones al régimen de defensa de consumidores y usuarios no requieren la existencia de intencionalidad fraudulenta del infractor, bastando la mera comprobación fáctica de la infracción<sup>541</sup>.

#### IV.- TUTELA CONSTITUCIONAL DEL CONSUMIDOR BANCARIO

Aquel mito jurídico que se fundaba en la creencia de que las relaciones jurídicas se sustentaban en un acuerdo celebrado libremente y en un pie de igualdad se ha destruido de la mano de un nuevo

<sup>539</sup> JOSSEERAND, Louis. *Derecho Civil*. Ed. Bosch. Buenos Aires. 1950. Pag. 278.

<sup>540</sup> CCC 3ª - Córdoba - Negro, María Paola vs. Veterinaria Pet Shop Alem s. Daños y perjuicios - 2006-11-07, *WebRubinzal privdan263.7.r66*. Como expone ACEDO PENCO hoy día, en el mundo del Derecho, lo sabemos bien, casi todo es consumo, es decir, gran parte del tráfico jurídico está regulado, o influenciado abiertamente, por las normas y principios de protección del consumidor, tanto en América como en Europa. Como ejemplos, el artículo 42 de la Constitución Nacional argentina de 1994, y el 51 de la Constitución española de 1978 (tan parecidos), pero, sobre todo, su desarrollo legal y aplicación jurisprudencial. Y sabido es que desde tal óptica tuitiva del consumidor, se tiende, cada vez más, a la progresiva objetivación de la responsabilidad civil (no sólo la extracontractual), por vía de numerosas leyes, sectoriales o generales, de consumo, lo que lleva, necesariamente, a la proliferación de más seguros obligatorios de responsabilidad civil para tantas actividades. ACEDO PENCO, Ángel. “El nuevo rumbo de la responsabilidad civil: consumidores e internautas” En *Revista de Res. C y S*, Año XII - N° 7 - julio de 2010. Pag. 131.

<sup>541</sup> CNAF, Sala IV, Banco Francés S.A. vs. Dirección Nacional de Comercio Interior - Disposición 135/2002, Ciudad Autónoma de Buenos Aires - 2003-11-27. *WebRubinzal privdan 263.7.r70*

sujeto: el consumidor, un hombre que padece limitaciones, y que es sin dudas un descubrimiento moderno impulsado por el fenómeno de la globalización. La crisis del antiguo mito de la igualdad contractual, tiene consecuencias sobre distintos aspectos, en especial las reglas *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser observados) *valenti non fit injuria* (lo que se quiere no causa daño), y la afirmación de lo que quien dice contractualmente dice justo (ver nota al art. 943 Código Civil). Esta evolución nos impone el entender que el derecho no es solo la norma jurídica, éste debe comprender la vida humana y social en consonancia con sus valores y el intérprete debe comprender la mentada interacción<sup>542</sup>.

Trataremos de dilucidar y esclarecer el carácter – o no – del cliente de la entidad financiera como consumidor bancario.

La jurisprudencia argentina ha dicho que “a los fines de la aplicación de la ley 24.240, son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios como destinatarios finales —en el caso, persona jurídica que adquirió un rodado para traslado de sus miembros y empleados—, ya sea a título personal, familiar, social o de su círculo íntimo”<sup>543</sup>; y que, “medie o no contrato de consumo o de servicio es aplicable la tutela del art. 42 CN. pues tal relación de consumo importa una calidad imperativa tanto en relación con los consumidores o usuarios, como con los prestadores de servicios o productores u oferentes de consumo”<sup>544</sup>.

Sabemos que en la relación de consumo, lo que interesa es que en su estructura participe un consumidor y que su contraparte sea un proveedor, así como la circunstancia de que con la operación se cierre el ciclo de circulación económica de un bien, es decir, que el consumidor sea el destinatario final de cosas o servicios<sup>545</sup>.

La doctrina ha definido al contrato de consumo como aquel que es celebrado a título oneroso entre un consumidor final - persona física o jurídica -, con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social.<sup>546</sup>

La ley 24.240 define en su artículo 1° al consumidor o usuario como a “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 terrenos adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”.

El actual Proyecto de Unificación, en el art. 1092, define a la relación de consumo como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. 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

<sup>542</sup> CARREIRA González, Guillermo. “Del pacta sunt servanda a la ley de defensa del consumidor”. LA LEY Buenos Aires. 2009. 284

<sup>543</sup> CN Com., sala A, 2000/11/21, “Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro”, LA LEY, 2001-B, 839; DJ, 2001-2-345.

<sup>544</sup> J. Nac. Civ., nro. 54, 1998/6/2, “Gallegos, Mariano y otro c. Asociación del Fútbol Argentino y otro”, JA, 2000-III-síntesis, Lexis on line N° 1/44015.

<sup>545</sup> C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 2011/11/29, “Suárez, Miguel A. c. General Motors de Argentina y otros”, Lexis on line N° 1/5510466.

<sup>546</sup> STIGLITZ, Rubén. “Defensa del consumidor - Los servicios bancarios y financieros”. LA LEY 1998-C, 1035



como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Y define al contrato de consumo en los siguientes términos, art. 1093: Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Como afirma el maestro Farina, la ley argentina no sólo protege al consumidor sino también al usuario, entendiéndose por tal a quien es “destinatario de un servicio de cualquier naturaleza”<sup>547</sup>.

Nuestros tribunales han expresado que “la ley 24.240 tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios, la protección del consumidor —personas que aprovechan un bien o servicio, a título oneroso, para sí, sus familiares o dependientes— en el mundo de los negocios y fija normas respecto de la información del consumidor y protección de su salud, a las condiciones de la oferta y demanda, a la prestación de servicios, a los usuarios de servicios públicos domiciliarios y a todo lo concerniente con la defensa de los derechos del consumidor”<sup>548</sup>.

El concepto de consumidor es sin dudas laxo, abarcando al consumidor actual como así también al potencial, y al que lo es inclusive a título gratuito. Por consumidor debemos entender – siguiendo tal línea de pensamiento - no sólo a quien compra en forma onerosa un bien, sino también a quien recibe una muestra gratis con los fines de su adquisición y al que lo usa y/o disfruta.

Los tribunales argentinos han dicho que “la posibilidad de que pueda demandarse la responsabilidad del fabricante del producto elaborado por quien no contrató con él, se asienta en lo que puede denominarse los deberes del tráfico que vinculan al fabricante con el consumidor mediante la realización de ventas encadenadas, que darían así lugar a obligaciones contractuales de protección, asumidas frente a terceros”<sup>549</sup>.

El decreto 1798/94 establece que “serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (p.ej. muestras gratis)” (art. 1°).

A los fines del presente trabajo, no obstante, deberemos ceñir el concepto al consumidor bancario.

Tal como afirma el profesor Farina, no cabe duda alguna en el estadio de situación actual que los clientes se han transformado en consumidores o usuarios bancarios. Este derecho tiene rango constitucional por lo que se ha convertido en un principio general fundamental en el derecho del consumidor. Si el sistema no contase con este derecho, el consumidor estaría frente a una tutela relativa<sup>550</sup>.

Continúa el doctrinario, afirmando que el concepto básico de consumidor bancario se infiere del art. 2° de la ley 24.240, al indicar que consumidor es quien adquiere bienes o contrata servicios para un destino ajeno a cualquier actividad de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Vale aclarar que la ley nos habla también de usuario, a quien otorga igual categoría que el consumidor, como beneficiario de cualquier servicio, y no sólo como aquel que tiene derecho al uso o goce de una cosa.

<sup>547</sup> FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*. 2ª ed. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2000. p. 17.

<sup>548</sup> C.N Penal Económico, sala B, 2000/08/25, “Cencosud S. A.”, LA LEY, 2001-C, 121; DJ, 2001-2-507.

<sup>549</sup> CN Com., sala B, 1985/09/25, “Rincón de Avila, Soc. en Com. por Accs. c. Cooper. Argentina, S. A. y otros”, LA LEY, 1986-C, 6.

<sup>550</sup> FARINA, JUAN. - *Defensa del consumidor y del usuario*. Ed. Astrea 2° Edición. Buenos Aires. 2000. 124.



Desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo el contrato bancario constituye un contrato de consumo y, como tal, le resultan aplicables la ley 24.240 (“ley de defensa del consumidor”) y su decreto reglamentario 1798/94. En efecto, en la medida que el cliente sea consumidor final de una operación de crédito, activa o pasiva, ésta constituye un contrato de consumo. Así, tal como este último ha sido definido, la operación de crédito se trata de la prestación de un servicio (art. 1° inc. b), ley 24.240) realizado por el banco en su condición de persona jurídica pública o privada, con carácter profesional, en favor de una persona física o jurídica que contrata a título oneroso (art. 2°, ley 24.240) para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1°, ley 24.240).

La jurisprudencia ha admitido la calidad de consumidor al cliente bancario, decidiendo que las entidades bancarias han de considerarse comprendidas dentro del concepto de ‘proveedores de cosas o servicios’ que menciona el art. 2° de la ley 24.240”. Asimismo, pone de manifiesto que “la protección al consumidor se asienta sobre el principio del ‘favor debilis’, por lo que la categoría de sujetos involucrados supera al de mero adquirente de bienes, extendiéndose a aquellos supuestos en los que la relación jurídica se desenvuelve entre quienes ofrecen una contratación masiva, por un lado, y un individuo débil en el otro extremo”; y que la disposición contenida en el art. 42 de la carta magna, que la reforma de 1994 ha introducido, determina que en caso de duda debe resolverse por la aplicación de las prescripciones que tutelan a los consumidores y usuarios, más aún cuando la tutela del consumidor asume condición de principio rector del ordenamiento (art. 16 C.C.), afirmación que encuentra su fuerte respaldo en el precepto incorporado al texto constitucional<sup>551</sup>.

Es por ello, que la información que el proveedor bancario debe al usuario es obligatoria en todos los supuestos de relación de consumo, puesto que el objeto de este principio es que el consumidor sepa debidamente qué es lo que va adquirir, para qué se utiliza, cómo funciona, para poder tomar una razonable decisión. Esta información debe ser cierta, objetiva, veraz, detallada y suficiente, conforme el art. 4° de la ley 24.240. En el caso de las entidades bancarias, y teniendo en cuenta la complejidad de la actividad, el deber se amplía, pues el cliente deberá contar con todos los datos necesarios para contratar libremente. En la actualidad, los bancos cuentan con múltiples canales para poder cumplir con este deber: publicidad a través de folletos, avisos televisivos, sitio web, etc., razón por la cual, es mayor su responsabilidad de cumplirlo<sup>552</sup>.

Dicho deber de información, es amplio, y debe entenderse de buena fe. La ley de protección al consumidor y la Constitución, tutelan expresamente el derecho a la información como un concepto amplio, comprensivo, no sólo de las operaciones que pueden verse reflejadas en un estado de cuentas, sino de todo aquello que para el usuario del servicio resulte indispensable para conocer y ponderar el desarrollo y la marcha del negocio al tiempo de sus necesidades, aún más allá de los plazos y modos que dispone la autoridad de aplicación siempre que ello no implique un ejercicio abusivo del derecho por parte del cliente.<sup>553</sup>

La mencionada carga informativa a los usuarios no abarca sólo el deber de informar las operaciones concertadas o el estado de cuentas por parte de la entidad bancaria, sino también aquellas necesidades del consumidor que se vinculen con el servicio. Verbigracia, de conformidad con la normativa vigente, el banco se encuentra obligado, al momento de la apertura de una cuenta que implique la entrega de una tarjeta para ser utilizada en los cajeros automáticos, a notificar a los usuarios sobre la mecánica de su funcionamiento y los recaudos a adoptar, según la Comunicación BCRA “A” 2530<sup>554</sup>.

<sup>551</sup> C. Civ. y Com. Rosario, sala III, “Moriconi, Marcelo y otra c. Banco Argencoop Ltda. LA LEY 1999-B. 273. DJ 1999-2,1090.

<sup>552</sup> Toscano, Leandro. Consultado en fecha 17.10.2012 en portal <http://www.derechoybanca.com/normas/JURIS/27-01.HTM>.

<sup>553</sup> ROMERA, Oscar. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. “La ley de defensa del consumidor en los contratos bancarios a la luz de un valioso precedente judicial.”. LA LEY 1996-C. 1004.

<sup>554</sup> C. Contencioso administrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II – 2005/10/18 RED LINK SA C/GCBA S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES – eDial - BG1285.

Sostiene López Cabana que “el deber de información impuesto a quienes produzcan, importen o comercialicen cosas o presten servicios, se justifica en razón que se enfrentan en esta peculiar relación un experto y un profano, y la ley tiene un deber tuitivo con este último”<sup>555</sup>.

Un claro ejemplo del reconocimiento del cliente como consumidor se da en los casos de reclamos por diferencias de montos entre las sumas depositadas en cuentas bancarias y su falta de correlato con las existencias reales. Así se ha dicho que, frente al reclamo por las diferencias en el monto depositado en un cajero automático, el banco se limitó a sostener su postura en cuanto al monto depositado, sin extenderse sobre su negativa, de manera de proveer al cliente de una información objetiva, detallada o eficaz. No pudiendo despejarse con certeza el origen del error, es dable exigir de la entidad un mayor esfuerzo en la información a suministrar al cliente en una operación que éste considera frustrada. La información brindada por el banco, ante el reclamo por las diferencias en el monto depositado en un cajero automático que realizara el denunciante, no escapa al deber del artículo 4° de la Ley de Defensa del Consumidor, en tanto hace puntualmente a la relación entre el prestador y el adquirente del servicio, sólo que circumscripita a los problemas suscitados por una operación concreta.<sup>556</sup>

A fines de despejar dudas, nos encontramos felizmente con que el Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial viene a tomar postura en este aspecto, reglamentando en el párrafo 2° de la sección 1° del capítulo 12, en su artículo 1384, que las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093.

Toda vez que la protección del consumidor asume condición de principio rector del ordenamiento jurídico, afirmación que encuentra fuerte respaldo en el art. 42 de la Carta Magna, ello obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado desde una perspectiva realista y sensible a los hechos del orden económico y social<sup>557</sup>.

Como bien afirma Casiello, las normas “protectorias” del “derecho del consumidor” -en calidad de orden público- no desconocen el contrato celebrado, sólo regula u acotan esa autonomía de la voluntad para que se ejerza sin excesos y sin lesionar intereses comunitarios<sup>558</sup>.

El contrato bancario como expresión humana se encuentra circunstanciado, ubicado en un tiempo-espacio, es lo que en la doctrina alemana configuró la base del negocio jurídico. El contrato en Argentina obtiene su basamento constitucional en los arts. 19 (libertad de contratación), 16 (igualdad), y 17 (propiedad), a lo que sumamos el art. 42 de la Constitución Nacional.

El derecho parte de igualdad ante la ley; y esto exige trato de igualdad en iguales circunstancias (conforme al Art. 16 CN Argentina), pero los hombres no somos iguales, ni siquiera puede considerarnos fungibles y aun en la masificación mantenemos el principio de identidad, por lo que en realidad estamos frente a una ficción de las que se consideran ficciones necesarias. La función de protección de la debilidad jurídica es llevada a cabo muchas veces mediante la coordinación como un mínimo inderogable que condiciona la autonomía privada sobre el que se construirá el contrato estableciéndose ciertas normas cargadas de orden público que no pueden ser vulneradas, como se ve por ejemplo con la dispensa de dolo o de las cláusulas exonerativas de responsabilidad en materia de consumo.<sup>559</sup>

La distinguida doctrinaria Garrido Cordobera ha manifestado, a propósito de la trascendencia del contrato en la vida en sociedad: “en la actualidad el contrato tiene un fin ético y social y no es

<sup>555</sup> LOPEZ CABANA, Roberto, “La información debida en la ley de protección al consumidor”; Jurisprudencia Santafesina N° 22, Ed. Panamericana. 33 .

<sup>556</sup> C. Contencioso administrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II – 2004/04/13 “Banco Río de la Plata SA c/ G.C.B.A. s/ otras Causas con Trámite Directo ante la Cámara de Apelaciones” . eDial - BG942.

<sup>557</sup> MOEREMANS, Daniel. “Contratación bancaria y la ley de defensa de los consumidores”. LA LEY 1997-E, 1267.

<sup>558</sup> CASIELLO, Juan.” El derecho del consumidor y los contratos bancarios”. LA LEY 1999-B, 269.

<sup>559</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia. “Bases constitucionales del derecho de los contratos. Alcances del principio de la autonomía de la voluntad” LA LEY12/09/2011. LA LEY2011-E. 893.

sólo un instrumento de realización de intereses económicos y que tiene una dimensión distinta que debe conllevar a la realización del progreso económico, ético y social de las comunidades”<sup>560</sup>.

Es por ello que la tutela al consumidor bancario goza de protección constitucional, ya que la Carta Magna, en su artículo 42, ha consagrado la protección constitucional del consumidor en los siguientes términos: “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. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, y a la constitución de asociación de consumidores y usuarios”.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que: los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial<sup>561</sup>.

Los jueces argentinos son contestes en manifestar que “La Constitución Nacional en su art. 42 ampara los derechos del consumidor, entendiéndose que éste es aquel al que se considera más débil en el ámbito de un contrato u obligación, por cuanto no se lo considera un profesional en la materia de que se trate. En tal sentido, cabe considerar a los bancos o entidades financieras, como profesionales de alto tecnicismo que llevan a cabo un ofrecimiento masivo de sus sofisticados productos, razón por la cual sus contratos con los consumidores se establecen en el campo profesional. Por el contrario, el tomador de un crédito como consumidor final o quien deposita sus ahorros para luego utilizarlos frente a sus propias necesidades no puede ni se espera que se asesore financieramente para paliar la desigualdad de la relación, razón por la cual, muchas veces resulta colocado en un lugar de sumisión frente a la banca beneficiaria de las políticas económicas de emergencia”<sup>562</sup>.

## V.- PREVISIONES DEL PROYECTO EN TRATAMIENTO:

El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, que se sustenta en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión de Reforma creada por Decreto 191/2011 y que fuera elevado por el Poder Ejecutivo nacional para su tratamiento parlamentario, abarca numerosos aspectos referidos a las cuestiones *sub examine*.

Dicha Comisión fue integrada por el Dr. Ricardo Lorenzetti como Presidente, junto a las Doctoras Elena Highton y Aida Kemelmajer de Carlucci, y la fecha de finalización de la magna obra data del día 31 de Mayo de 2012.

El Proyecto incorpora al consumidor como sujeto de derechos, siguiendo las normas constitucionales vigentes. Por esta razón se define la relación y el contrato de consumo (arts. 1092 y 1093), se regulan las prácticas abusivas (arts. 1096 y ss.), existen modalidades especiales de contratos (arts. 1104, 1105, 1106) y se legislan expresamente las cláusulas abusivas y sus consecuencias (art. 1117 y su remisión a los arts. 985 a 988).

El sistema contractual queda ordenado de la siguiente manera:

a.- Contratos discrecionales: se aplica el principio de autonomía de la voluntad.

b.- Contratos celebrados por adhesión: en los supuestos en que se acredite la existencia de adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela especial en la aplicación de este régimen.

<sup>560</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “La negociación contractual y el análisis económico del Derecho”, en Análisis Económico, Heliasta 2006.

<sup>561</sup> CS. 2008/04/2002. “Ledesma María c / Metrovías S.A.” IJ-XXVII-11

<sup>562</sup> C. Nac. Civ., sala H, 2002/8/16, “Tavella, Marta E.”, JA 2002-III-207, Lexis on line N° 1/57842.

c.- Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante.

Observamos que el tipo general de contratos se divide en dos y existe asimismo un título especial inherente al contrato clásico y otro referido al contrato de consumo, lo que constituye una definición innovadora en el derecho comparado.

Nos parece interesante una somera ubicación coyuntural del Proyecto en cuestión; ya que no podemos soslayar la inquietud económica existente en Argentina en el año 2012, sumergida en un contexto conflictivo, con restricciones en cuanto a operaciones con divisas en moneda extranjera y cierto malestar e inseguridad jurídica y negocial.

Dicha coyuntura consideramos que puede ser la génesis de varios artículos del Proyecto.

Nos permitimos referir en pocas líneas a los siguientes: Obligaciones de dar dinero:

Artículo 765.- Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.

Recordemos que el actual art. 617 del Código Civil posee un texto muy similar, pero finaliza estipulando que la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas. La reforma establece que deberá considerarse como de dar sumas de dinero.

Ergo: se trata de una obligación ultra fungible.

Artículo 766.- Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene. Asimismo, el artículo 619 del Código actual prescribe: Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento.

En síntesis, vemos claras diferencias: de obligación dineraria, a obligación fungible, no dineraria.

¿La reforma acaso está creando los cimientos de un nuevo instituto? ¿El derecho de conversión, unilateral e incausado, ya que encontrándonos con obligaciones contraídas en moneda extranjera, podríamos cancelar válidamente abonando con moneda de curso legal...?

Merece consideración también el texto del art. 772.- Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, su cuantificación en dinero no puede ser realizada empleando exclusivamente índices generales de precios. El monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección.

Se recoge así la distinción entre obligaciones de dar dinero y de valor ampliamente reconocida en la doctrina. Esta norma es importante para evitar distorsiones derivadas de la aplicación de índices... El valor real es el que tiene prioridad.

Mediante dicho artículo entonces se cuantifican en valor las deudas, y se observa una intención de prohibición de la indexación. Pero observamos que la situación puede llegar a generar incertidumbre entre las partes en contratos de larga duración, y potenciales aumentos en los costos de su instrumentación.

El proyecto, implicará de ser sancionado una importante modificación en la regulación de los contratos bancarios. En efecto, el mismo incorpora estos contratos al Código unificado en un capítulo específico dentro del título dedicado a los “contratos en particular” que, siguiendo la metodología empleada por la Comisión Redactora a lo largo de todo su trabajo, comienza por una parte general y prosigue con la regulación de cada figura contractual, varias de ellas no tipificadas hasta ahora.

Si bien las modificaciones introducidas no implican cambios sustanciales con relación a la jurisprudencia vigente y al consenso doctrinario en torno a ella, definen el marco de las contrataciones bancarias y tipifican varias de sus figuras más empleadas, otorgando en algunos supuestos *nomen juris* (véase contrato de “factoraje”, art. 1421 del Proyecto) a ciertos contratos; con lo cual se confiere mayor certeza y claridad al orden jurídico en este campo.

## VI.- EL SISTEMA CONTRACTUAL

Al existir una separación en dos Títulos, el régimen de contratos de consumo es propio y especial. Observamos entonces que en los contratos de consumo existe un contralor de incorporación referido a las cláusulas predispuestas y de contenido de las cláusulas abusivas establecidas en el art. 1096. Así también el articulado recoge pautas constitucionales referidas a no discriminación y trato igual en los artículos 1097 y 1098, estableciendo pautas básicas y generales acerca del trato digno, equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar.

La característica de control referida *ut supra* permite la declaración de abusiva de una cláusula, no obstante el consumidor haya suscripto el contrato mediante su formal aceptación; amén de si el contrato de consumo sea o no de adhesión, ya que esta, es un problema de incorporación de la cláusula.

Conforme surge del Anteproyecto, lo que importa es que el contrato sea de consumo para que se torne viable dicho control, sea o no de adhesión.

Nos encontramos también con los contratos negociados en virtud del principio de libertad de contratación y autonomía de la voluntad privada, donde puede haber -o no- una condición de debilidad que son los contratos de adhesión, donde la negociación no se produce. En estos casos el Proyecto hace una disgregación: si hay negociación, es válido; si no la hay, puede haber declaración de abuso. Ergo:

A) Si hay un contrato discrecional, hay plena autonomía privada. Se aplica el Título II, “de los contratos en general”.

B) Si hay un contrato celebrado por adhesión, no hay consentimiento sino adhesión. Se aplica el Título II, Capítulo 3, Sección 2ª, artículos 984 y siguientes, dedicados a esos vínculos.

C) Si hay un contrato de consumo, se aplica el Título III. En este caso no interesa si hay o no adhesión, ya que el elemento que define la tipicidad son los elementos descriptos en el artículo 1092, referido a la relación de consumo y el concepto de consumidor<sup>563</sup>.

El sistema contractual consagra una obligación general de información, que hace a la transparencia informativa en los contratos de consumo. Preceptúa la norma que los proveedores deben poner en conocimiento del consumidor, en la medida de sus conocimientos, las características esenciales del bien o del servicio y toda otra circunstancia relevante para la celebración del contrato. Esta

<sup>563</sup> Anteproyecto de Código Civil y Comercial Argentino.



disposición no es igual a la existente en los contratos en general, donde la parte que obtiene información a su costo, no tiene, por regla general, que compartirla.

En relación al acceso a la información y la publicidad, existe un adecuado tratamiento tuitivo. Se define la publicidad ilícita, incluyendo las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva, discriminatoria en situaciones especiales, y se especifican las acciones que disponen los consumidores y los legitimados según las leyes especiales y procesales. Al igual que la norma citada, se establece que la publicidad integra el contrato:

Artículo 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. Artículo 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. Artículo 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. Artículo 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.

Asimismo, y en particular referido a los contratos bancarios, nos encontramos con el artículo 1379, que prescribe que la publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial, de acuerdo a la clasificación que realiza el Banco Central de la República Argentina. Esa calificación no prevalece sobre la que surja del contrato, ni de la decisión judicial, conforme a las normas de este Código. Los bancos deben informar en sus anuncios, en forma clara, la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos. El art. 1381 refiere al contenido del mismo: El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina la tasa de interés, es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del desembolso o de la imposición. Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés y de otros precios y condiciones contractuales se tienen por no escritas.

Del mismo modo, el art. 1385, referido a los contratos bancarios con consumidores y usuarios, prescribe que los anuncios del banco deben contener en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo, información sobre las operaciones que se proponen. En particular deben especificar:

- a) los montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas;
- b) la tasa de interés, especificando si es fija o variable; c) las tarifas por gastos y comisiones, indicando los supuestos y la periodicidad de su aplicación;
- d) el costo financiero total en las operaciones de crédito;
- e) la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios;
- f) la duración propuesta del contrato.



## VII.- CONTRATOS DE CONSUMO - COLUMNA VERTEBRAL DE SU REGULACIÓN

El Proyecto incorpora la regulación de los contratos de consumo, atento constituir una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales. El Codificador se encontró en este tópico con la incertidumbre de regular todas y cada una de las reglas del derecho de los consumidores, o de plasmar sólo principios y prescripciones generales sobre la materia. El principal obstáculo que se observa para abogar por la primera de las posturas es el constante cambio que se observa en los vínculos de consumo.

Ese es el motivo por el cual observaremos dentro del Proyecto el continente y contenido de mínima, el marco regulatorio básico en la materia, mediante el establecimiento y enaltecimiento de una serie de principios generales de protección del consumidor. El marco regulatorio permitirá el dictado de leyes especiales que respeten dicho piso legal, y establezcan condiciones más favorables; dichas prescripciones de mínima no podrán ser derogadas fácilmente, ya que afectarían al Código *in totum*. Asimismo, dentro del campo de la hermenéutica, se establece un “diálogo de fuentes” según Lorenzetti, ya que el intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en dicha ley 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. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas<sup>564</sup>.

## VIII.- RELACIÓN Y CONTRATO DE CONSUMO. DEFINICIÓN

El Proyecto nos entrega definiciones legales de estas situaciones jurídicas, tanto de la relación, como del vínculo contractual de consumo. Aborda dichos conceptos en el Título III, denominado “De los contratos de consumo”, y en su Capítulo 1 artículo 1092, define a la relación de consumo y al consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. 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, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Asimismo, el artículo 1093 define al contrato de consumo, prescribiendo que es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Recordamos que la ley vigente en la materia, en su art. 1° define al consumidor como 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.

<sup>564</sup> Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

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.

Estas definiciones vienen a reeceptar las existentes en la legislación actual, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del “consumidor expuesto”, incluido en la ley especial (art. 1, último párrafo) 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. 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, el Proyecto la reproduce al regular las prácticas abusivas toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable<sup>565</sup>.

Asimismo, el articulado nos otorga una arista hermenéutica y teleológica de indispensable existencia en la materia, como lo es el principio de *in dubio pro consumidor*.

Dichas pautas exegéticas están referidas, siguiendo el método codificadorio, tanto a la relación, como al contrato de consumo.

El artículo 1094, que versa sobre interpretación y prelación normativa sobre la relación de consumo, prescribe que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Del mismo modo, el artículo 1095 nos ofrece pautas en la interpretación del contrato de consumo, estableciendo que el mismo se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

Vélez Sarsfield, el codificador del Código Civil Argentino, fruto de un marcado liberalismo propio de su época y atendiendo a un principio de seguridad jurídica, considera que los contratantes se encuentran en un pie de igualdad en las negociaciones y el consentimiento es irrevocable, razón por la cual no ampara institutos como la lesión o el abuso de derecho, que recién aparecen consagrados por la reforma parcial del Código Civil por la Ley 17.711 (año 1968).

El Proyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio de la República Argentina, se hace eco de las diferencias en cuanto a las posibilidades de negociación que puede haber entre las partes contratantes, y trata de proteger en forma más amplia a la parte más débil del contrato, como así también de sancionar a quien abusa de una posición dominante.

## IX.- CONTRATOS POR ADHESIÓN

El contrato bancario, - y muchas veces el contrato de consumo - es celebrado por adhesión a condiciones generales de contratación, estipuladas unilateralmente por la entidad financiera. Como

<sup>565</sup> Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

producto de la masividad y la homogeneización de los productos y servicios bancarios, fue necesario recurrir a un tipo de estipulación, abstracta, rígida, despersonalizada y dirigida a un público indeterminado, genérico. Se trata sin dudas de un convite a la contratación, donde el consumidor no tendrá derecho más que a aceptar o no, *in totum*, las condiciones contractuales ofrecidas. En virtud de ello, existen pautas interpretativas establecidas por la legislación, las que se encuentran sistematizadas mediante ciertas reglas o principios hermenéuticos, como los principios *contra stipulatorem*, e *in dubio pro consumidor*, verbigracia.

Afirma Lorenzetti que los consumidores no pueden negociar los contratos bancarios a una costo razonable. Ello es así por tratarse de productos *standardizados* mediante cláusulas generales de contratación. Una de las características de dichas cláusula es su rigidez. Lo cual justifica la aplicación de reglas a fines de hacer más eficiente el uso de dichas cláusulas, mediante la interpretación *contra stipulatorem*, y el control de contenidos, lo que puede traer como resultado el incentivo a la banca a su perfeccionamiento, previniendo costosos conflictos. La homogeneidad de los productos bancarios ofrecidos priva al consumidor de alternativas paralelas, y provocan la génesis de una aglutinación transversal, en palabras del mencionado doctrinario. No podemos soslayar la existencia de las alianzas comerciales estratégicas, que mediante un plexo o conectividad contractual, producen el fenómeno de la cautividad bancaria del cliente en relación a una entidad financiera<sup>566</sup>.

Como ha dicho la Dra. Kemelmajer de Carlucci con la claridad que la caracteriza, un gran porcentaje de estas personas... (refiriéndose a la población mundial) ...necesita intercambiar bienes y servicios; por caso, la contratación de bienes y servicios es, casi necesariamente, masiva y seriada; los métodos actuales de producción y de distribución fuerzan la redacción previa y rígida de esquemas uniformes de contratación; sería impensable la realización de contratos de seguros, bancarios, tarjetas de crédito, transporte, etcétera, con una negociación particularizada, la realidad pide condiciones negociales generales<sup>567</sup>.

Se trata de una modalidad del consentimiento. Una forma de contratar: existe una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales. Se diferencia de la regla general, pero no se trata necesariamente de contratos de consumo.

El Anteproyecto diferencia situaciones: y refiere a que el contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere.

La predisposición, en cambio, es una técnica de redacción que nada dice sobre los efectos. El contenido predispuesto unilateralmente puede ser utilizado para celebrar un contrato paritario, o uno por adhesión o uno de consumo.

La adhesión es una característica de un acto del aceptante, y no una calidad del contenido, como ocurre en la predisposición. El primer elemento activa el principio protectorio, mientras que el segundo es neutro, ya que puede o no existir abuso. La razón de ello es que hay muchos contratos en los que la predisposición de las cláusulas no es un indicio de la debilidad de una de las partes: esto puede ocurrir porque los contratantes disminuyen los costos de transacción aceptando un modelo de contrato predispuesto por una de ellas o por un tercero.

Vallespinos considera al contrato por adhesión como aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación por uno solo de los contratantes, y al cual deberá adherir el otro co-contratante que desee formalizar una relación jurídica<sup>568</sup>.

<sup>566</sup> LORENZETTI, Ricardo. Ob. citada. 349.

<sup>567</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI Aida, "Breves reflexiones sobre interpretación de los contratos y la interpretación de la ley"; Revista de Derecho Privado y Comunitario, Año 2006:3, 24.

<sup>568</sup> VALLESPINOS, Carlos., *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Ed. Universidad, 1983 1ª ed. 234.

Existe un principio basal en la materia, el principio de interpretación *in ambiguis contra stipulatorem*, el cual se funda en la consideración de que quien formula las condiciones del contrato tiene el deber de expresarse claramente, por lo que las oscuridades que se observan van a su cargo y se interpretan en contra suyo.

El Proyecto establece dicho principio en su art. 987.- Interpretación. Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.

Aplicando dichos principios a las relaciones de consumo bancario, la jurisprudencia tiene decidido que el contrato de tarjeta de crédito es un contrato de consumo, por adhesión, sujeto a condiciones generales y celebradas bajo publicidad inductiva. Es de adhesión por cuanto el banco emisor impone al cliente el contenido del contrato, sin admitir cambios de ninguna cláusula; el adherente sólo tiene la alternativa de aceptarlo o rechazarlo<sup>569</sup>.

Conoce acabadamente el lector que el funcionamiento de la actividad característica de entidades financieras requiere – casi obligadamente - de una dinámica movilización de fondos a través de créditos para consumo, que habitualmente se concreta por contrataciones de típico corte masivo, esto es, instrumentadas mediante cláusulas predisuestas, en donde el consumidor solo puede limitarse a aceptar o rechazar el convite.

Sabemos bien que el Pretor iluminado también es una interesante fuente doctrinaria; veamos: Las cláusulas generales del contrato de tarjeta de crédito adolecen de serios defectos, ya que son fragmentadas, oscuras, innecesariamente complejas, carentes de estipulaciones concretas respecto de las tasas a devengar, y si bien el adherente se obligó a pagar los intereses de financiación, punitivos y/o gastos en la forma, plazo y condiciones convenidas ellos no fueron explicitados de manera asequible. El predisponente no informó el método utilizado para el cálculo de intereses; ni fundamentó la aplicación de tasas variables a pesar de solicitarlo la defensa; incluso el perito contador informó la imposibilidad de reconstruir la forma de su cálculo en los debitados por la actora en los resúmenes de cuenta.

Conforme los principios generales que regulan los contratos, es deber de las partes en la etapa previa a la formación del contrato durante su celebración y ejecución actuar de buena fe (art. 1198 Cód. Civ.) ésta incluye por ministerio de la ley un cúmulo de prestaciones accesorias en la obligación contractual y en sentido inverso, impide que el contratante pueda reclamar algo desleal o incorrecto. Los contratos predisuestos celebrados por adhesión deben redactarse de manera clara, completa, en el lenguaje de la gente común y ser asequibles al adherente. Las condiciones generales irritas, con alto voltaje ético involucran nociones de error y dolo-engaño; la validez del contenido predisuesto depende de que se mantenga la equivalencia en la relación comercial satisfaciendo los recaudos de moralidad, licitud y congruencia (arg. arts. 502 y 953 Cód. Civ.). No puede privarse al adherente de lo que razonablemente tenía derecho a esperar del contrato, tampoco puede consentirse la grosera disparidad entre los valores intercambiados. Estamos ante un contrato celebrado entre un comerciante profesional y un consumidor. La Ley N° 24.240 en su art. 4 garantiza el derecho de éste a obtener información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre el negocio que realiza, y si bien muy pocos países adoptaron normas específicas sobre la emisión y uso de tarjetas de crédito, en su ausencia las medidas generales de protección al consumidor adquieren importancia particular; su objeto es garantizar el reparto equitativo y justo de los riesgos y el respeto de sus derechos. El principio de interpretación de *in ambiguis contra stipulatorem*, se funda en la consideración de que quien formula las condiciones del contrato tiene el deber de expresarse claramente, por lo que las oscuridades que se observan van a su cargo y se interpretan en contra suyo<sup>570</sup>.

La Sección 2ª del Capítulo 3, Título II del Proyecto, conceptualiza el contrato de adhesión, en su art. 984: El contrato por adhesión es aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a

<sup>569</sup> C.N.Com., sala E 2004/11/09 "Vila Echague c / Banco Provado de Inversiones S.A. s/ Sumario, IJ-XIII-478

<sup>570</sup> C.N.Com., sala B, 1998-05-28, "Finvercon S.A. c / Pierro Claudia S.A. S/ Ordinario" IJ-XIII-478.

cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.

La proyectada redacción del Código unificado, en el Título 2, capítulo referido a la “formación del consentimiento” trata estas cuestiones:

Art. 985.- Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible. Se tienen por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica o electrónica, o similares.

Se legisla también sobre cláusulas particulares, negociadas libremente *inter partes*, no obstante se trate de un acuerdo de partes por adhesión, otorgándole supremacía: art. 986.- Las cláusulas particulares son aquéllas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas. Y por último observamos la regla madre de interpretación: art. 987.- Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.

Asimismo, mediante el artículo 1384, las disposiciones referidas al derecho de consumo, se aplican también en forma directa a los contratos bancarios con consumidores y usuarios: Las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093.

## **X.- CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Si en el control judicial de la cláusulas de adhesión nos encontramos con un control de incorporación de cláusulas, en el supuesto de cláusulas abusivas, el control es de contenido: art. 1118.- Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.

El Proyecto dispone reglas generales sobre las cláusulas abusivas. Se define a la misma conforme a un criterio general: es abusiva la cláusula que, aunque se haya negociado individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Así, el art.1119 establece dicha regla general: sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

También se define la situación jurídica abusiva, diciendo que ella se configura cuando el mismo resultado abusivo se alcance a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos: art. 1120: se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

Se establece que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado y las que reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas, lo cual es coherente con normas de derecho comparado ( art. 1121).

Asimismo, se estipula como sanción la nulidad dichas cláusulas: art. 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos con cláusulas predisuestas o que sean concluidos por adhesión, se deben tener por no escritas:



- a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;
- b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;
- c) las que por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles.

Y surge como corolario, la necesidad de implementar el debido control judicial de dichas estipulaciones, a fines de su determinación:

Art. 989.- Control judicial de las cláusulas abusivas. Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial.

La jurisprudencia ha determinado en numerosos fallos la tacha de abusiva de cláusulas contractuales bancarias: Es abusiva la cláusula de irresponsabilidad del banco respecto del contenido de una caja de seguridad, en atención a la obligación esencial de aquél en este tipo de contrato<sup>571</sup>. Resulta abusiva en los términos del art. 37 de la ley de defensa del consumidor la cláusula que otorga al banco emisor de una tarjeta de crédito una autorización irrevocable para debitar de cualquier cuenta del usuario los saldos que estuviesen impagos, pues, el art. 42 de la ley 25.065 veda la posibilidad de recurrir al cobro ejecutivo aún respecto de cuentas corrientes abiertas para saldos de tarjetas de crédito<sup>572</sup>. Resultan abusivas y violatorias de lo establecido en el art. 37 de la ley 24.240 las cláusulas insertas en los contratos celebrados con una entidad bancaria y sus adherentes que establecen la irresponsabilidad del banco por los daños ocasionados por el uso de las tarjetas y la facultad de la entidad de no comunicar al cliente su decisión de no renovar los contratos o tarjetas, pues, esta última disposición resulta violatoria del principio de igualdad por cuanto el usuario debe comunicar con un mes de antelación la decisión referida, en tanto que la primera significa una renuncia anticipada de derechos por parte del consumidor, máxime cuando quien presta un servicio debe responder por el perjuicio que ocasione su mal funcionamiento<sup>573</sup>.

Observamos asimismo una remisión a los artículos aquí tratados, realizada por el Proyecto en el Capítulo 4 del Título III, vinculado a los contratos de consumo.

Cláusulas abusivas. Art. 1117.- Normas aplicables. Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988 existan o no condiciones generales predispuestas o adhesión de una de las partes.

## XI.-LOS CONTRATOS BANCARIOS EN EL PROYECTO

A fines de determinar la calidad de bancario de un acuerdo de partes, el elemento a tener en cuenta por el legislador fue subjetivo: y se encuentra determinado por la presencia de entidades sujetas a la ley de entidades financieras. Asimismo, cuando la contraparte es un consumidor, se disponen normas específicas, además de las que surgen de la aplicación del Título III sobre contratos de consumo.

<sup>571</sup> CNCom., sala A, 2007/12/14, Tommasi Automotores S.A. c. CIADEA S.A. y otro s/ Sumario”, IMP 2008-7 (Abril), 650 - LA LEY 2008/04/17, 5, con nota de Facundo M. Zavala Rodríguez y Carlos Juan Zavala Rodríguez.

<sup>572</sup> CNCom. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 2008/12/19, “Banco Hipotecario S.A. c. Ciudad de Buenos Aires s/ Sumario”, LLCABA 2009, 274, con nota de Federico M. Alvarez Larrondo.

<sup>573</sup> C. N. de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 2008/09/26, “BankBoston National Association c. Ciudad de Buenos Aires s / Ordinario”, LLCABA 2008, 365.



El Proyecto de Código entonces, regula los contratos bancarios como una modalidad de contratos, y posee en la Sección Primera del Capítulo 12, una serie de disposiciones generales, que rotuladas: “Transparencia de las condiciones contractuales”.

Al estipular preceptos generales para los contratos bancarios, además de reconocer el carácter reglado de la intermediación de cambio de dinero, regula la obligación de información y completitud documental de la operatoria a la que referíamos *ut supra*, mediante los arts. 1378 y 1379: ya que la publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma detallada, el costo financiero, los gastos y comisiones, y además, individualizar si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial.

Dichos artículos disponen: artículo 1378: Las disposiciones relativas a los contratos bancarios previstas en este Capítulo se aplican a los celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable.

La jurisprudencia tiene decidido que se impone a quien preste servicios, como en el caso la entidad bancaria, que suministre a los consumidores o usuarios en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente, puesto que este deber importa una explícita manifestación de la buena fe que debe presidir los vínculos contractuales y la confianza que deposita el consumidor en aquel mejor posicionado, del que exige una conducta leal y fidedigna <sup>574</sup>.

En esta línea, el proyectado art. 1379 establece que el contrato debe especificar la tasa de interés, gastos, comisiones y demás operaciones de servicios recibidos, y que debe comunicar específicamente dichos aspectos al cliente, y dispone que si no se determina la tasa de interés, es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente para las operaciones activas y pasivas, promedio del sistema, publicadas por el BCRA a la fecha del desembolso o de la imposición.

En tutela de los intereses de los clientes, el art. 1381 “in fine” manda que las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de la tasa de interés y otros precios y condiciones contractuales se tienen por no escritas.

En igual línea de pensamiento, y a fines de garantizar el adecuado conocimiento de la relación contractual existente entre el cliente y el banco, el art. 1382 dispone que el banco debe comunicar el desenvolvimiento de sus operaciones en contratos de tiempo indeterminado o mayores a 1 año en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año.

La norma aludida establece que transcurrido 60 días a partir de la recepción de la comunicación, la falta de oposición escrita por parte del cliente se entiende como aceptación de las operaciones informadas, sin perjuicio de las acciones previstas en los contratos de consumo, e igual regla se aplica a la finalización de los contratos que prevean plazo de cumplimiento.

Artículo 1379.- La publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial, de acuerdo a la clasificación que realiza el Banco Central de la República Argentina. Esa calificación no prevalece sobre la que surja del contrato, ni de la decisión judicial, conforme a las normas de este Código. Los bancos deben informar en sus anuncios, en forma clara, la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos.

<sup>574</sup> 623 C.N.Com., sala D, 2012/05/06 “ Fleiderman Silvina c / Banco Rio S.A. s/ Ordinario. IJ-LXV1-366

## XII.- LOS CONTRATOS BANCARIOS DE CONSUMO

Dentro de las operaciones establecidas entre el banco y sus clientes podemos establecer una calificación, ya que nos encontramos con operaciones activas, donde el cliente es el destinatario final del producto, y estamos ante un contrato bancario de consumo. No obstante, existen otros supuestos a tener en cuenta: verbigracia si la operación bancaria no está destinada para consumo final, sino para actividades productivas o de comercialización, quedando ergo, excluidas dichas operaciones de la normativa de defensa del consumidor, tanto en la ley vigente actualmente, como en el Proyecto *sub examine*.

Ahora bien, ¿qué ocurre con las actividades bancarias pasivas, donde nos encontramos por ejemplo con un sujeto que procede a una imposición de dinero en la entidad bancaria, mediante un depósito en plazo fijo? Si bien parte de la doctrina considera que no es un contrato de consumo<sup>575</sup>, ya que es el banco el que le da al mismo uso alternativos, nos enrolamos en la tesis del Dr. Lorenzetti, quien afirma que entre el cliente depositante y el banco que utiliza dichos fondos, hay un contrato que se agota con el uso del dinero, convirtiéndose en operación de consumo<sup>576</sup>. La nueva legislación proyectada, nos habla de un depósito fungible: Observamos en este aspecto, dentro de la Sección 2ª, Contratos en particular, Parágrafo 1º, el contrato de Depósito bancario, legislado en el art. 1390: Depósito en dinero: hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto.

Luego existen las operaciones neutras, que pueden ser prestadas por el banco o por terceros. En el primer caso, se trata de un contrato bancario de consumo, si su destino es el consumo final. Si el servicio es prestado por un tercero, consideramos que no se tratará de un contrato bancario de consumo, ya que la entidad no responderá por las consecuencias, al tratarse de un simple intermediario.

En este tópico, nos encontramos actualmente con el art. 1378. del Proyecto, que establece que las disposiciones relativas a los contratos bancarios previstas en este Capítulo se aplican a los celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable.

Corresponde vincular dicha artículo, con el proyectado artículo 2, que refiere a la hermenéutica: la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Entonces surge nuevamente el interrogante acerca de si las empresas prestatarias de servicios forman parte de los contratos bancarios. Porque del juego de la última parte del art. 1378, con las “leyes análogas” del art. 2, podríamos interpretar que sí, efectivamente forman parte de los contratos bancarios. No obstante, mantenemos la postura *ut supra* referida.

Amén de dichas prescripciones, debemos subrayar que no obstante del *nomen iuris* que las partes le otorguen, dicha nomenclatura no le otorgará ni vedará carácter de contrato bancario de consumo por una simple estipulación *inter partes*. El acuerdo de partes podrá ser de consumo, no obstante dicha pauta contractual.

Realizada la aclaración, y en esta línea, corresponde destacar que los contratos bancarios con consumidores y usuarios tienen una regulación especial que remite a lo dispuesto al art. 1093,

<sup>575</sup> GARCIA CRUCES José. “Contratación Bancaria y Consumo”. RDBB. 1998.269.

<sup>576</sup> LORENZETTI Ricardo. Ob. Citada. 350.

como así también, establecen una serie de exigencias para los bancos en orden a la información sobre las operaciones que se proponen, tal como lo establece el art. 1385.

En particular, el artículo citado ordena que los contratos de este tipo deban especificar:

- a. Los montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas.
- b. La tasa de interés y si es fija o variable.
- c. Las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación.
- d. El costo financiero total en las operaciones de créditos.
- e. La existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito y los costos relativos a tales servicios.
- f. La duración propuesta del contrato.

Por su parte, se establece en los arts. 1386 y 1387 que el contrato redactado por escrito debe permitir al consumidor acceder a la información adecuada y a la posibilidad de reproducirla, imponiéndose a los bancos que antes de vincularse contractualmente con el consumidor provean la información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de créditos existentes en el sistema:

Antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina. Si el banco rechaza una solicitud de crédito por la información negativa registrada en una base de datos, debe informar al consumidor en forma inmediata y gratuita el resultado de la consulta y la fuente de donde la obtuvo.

Se trata de un interesante avance, al referir a la obligación de información permanente (en este supuesto pre –contractual, art. 1387 del Proyecto), estableciendo asimismo, un guiño al denominado “derecho al olvido”.

En esta línea, el art. 1388 que regla el contenido de las condiciones estipuladas en los contratos bancarios en general, puntualiza que ninguna suma puede ser exigida al consumidor si no se encuentran expresamente previstas en el contrato, y manda que en ningún caso pueden cargarse comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente. La norma asegura el cumplimiento del precepto estableciendo que las cláusulas relativas a dichos aspectos que no están incluidas o que están incluidas incorrectamente en el costo financiero incorporado al documento contractual, se tienen por no escritas.

Art. 1389.- Información en contratos de crédito. Son nulos los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso. El art. 1389, al reglar la información en los contratos de crédito, sanciona a los contratos que no tienen la información relativa al costo financiero y a las condiciones de desembolso y reembolso con la nulidad y teniendo presente que se trata de una relación de consumo, el art. 65 de la ley especial 24.240, que estipula el carácter de orden público del plexo, conlleva a afirmar que estamos frente a una nulidad absoluta.

Interesante también es el texto del art. 1381, al referir al contenido de los contratos en relación a la tasa de interés, donde no se refiera a “consumidor”, sino a “cliente”, tornado el texto un tanto más abarcativo: el contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina la tasa de interés, es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del

sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del desembolso o de la imposición.

Por último, el art. 1383 regula el derecho del cliente de rescindir el contrato, en cualquier momento, cuando es de tiempo indeterminado, sin penalidad ni gastos, excepto los devengados antes del ejercicio de ese derecho.

La jurisprudencia actual, en un fallo del mes de Agosto del año 2012, ordenó aplicar los intereses legales y no los pactados, tras entenderse que, de los términos de las cláusulas, se advierte que el contrato de tarjeta de crédito no contiene las tasas de interés tanto moratorias como punitivas conforme lo exige la Ley de Tarjetas de Crédito, y el hecho de que se trate de un contrato celebrado con anterioridad a la ley no modifica la situación de que el prestador deba adecuar los intereses de conformidad a normas de orden público, y su omisión deba interpretarse, por tratarse de un contrato de adhesión y de consumo, en contra del predisponente y proveedor<sup>577</sup>.

### XIII.- EPÍTOME

Nos permitimos sugerir la aplicación equitativa de los usos y costumbres bancarios como fuente del derecho, tomando las enseñanzas de la escuela francesa.

Así también, consideramos inapropiado que la legislación sobre la materia, posea permanentes guiños a la ética y a la moral, ya que las mismas, amén de su alto valor axiológico, no pueden aplicarse a operaciones financieras, atento a que dichos valores son aplicables a conductas del ser humano.

Observamos loable el permanente respeto y apego que el Proyecto realiza a la Carta Magna, y a los principios que surgen de los Tratados Internacionales. Como así también el respeto cada vez mayor - y su oportuno afianzamiento - a la autonomía privada.

Sin dudas que en el ámbito del derecho de consumo bancario, las prescripciones proyectadas tenderán a un vasto proteccionismo a favor de la parte más débil, en una coyuntura macroeconómica de indudable vilipendio hacia el consumidor.

Grandes maestros de la escuela de derecho penal alemán referían que el ser humano generalmente se observa como víctima de un delito, más nunca como potencial delincuente. Ilustrando dichas declaraciones, y aplicado a esta materia, debemos tener en cuenta que todos somos consumidores, y la legislación viene a ampararnos, en forma constante casi como en ninguna otra situación de nuestras vidas.

Y como bien se dijera oportunamente: “en una revisión sometida a varias personas, no es dado esperar que, prevalezca siempre la unidad indispensable de pensamiento para formular las reformas. Estas reformas, por otra parte, que deberán su origen a otro espíritu y a ideas distintas que las que han dominado en la redacción del código, no se incrustarían en su conjunto, sino interrumpiendo casi seguramente el plan general de sus disposiciones o desconcertando la uniformidad de sus miras. La reforma cuando ha sido propuesta no consigue, en la mayor parte de los casos, sino suscitar una opinión diversa u opuesta a la que ha adoptado el codificador, apoyándose en autoridades igualmente respetables y poniendo por delante el difícil problema de dar a la una preferencia a la otra. Así, una revisión puede traer en pos de sí la necesidad de otra, y una vez abierto este camino de discusión ilimitada...”<sup>578</sup>.

<sup>577</sup> C.N. Civ. Com. Minas. Paz y Trib. Mendoza. 2012/08/17. “CMR Falabella SA v. D’Andrea Álvarez, L.’S s/Ordinario ’ consultado el día 20.10.2012 en portal www.AbeledoPerrot.com.

<sup>578</sup> Mensaje de elevación del Código Civil Argentino, suscripto por Domingo Sarmiento y Nicolás Avellaneda el día 25 de agosto de 1869.

CAPÍTULO XIV: LA RESPONSABILIDAD DE LOS  
OPERADORES DE SITIOS *WEB* CON FINES DE  
INTERMEDIACIÓN EN OPERACIONES COMERCIALES

---

**Por Walter F. Krieger**

## I.- INTRODUCCIÓN

Hace ya varios años que uno de los servicios esenciales de Internet es la de facilitar el intercambio comercial potenciando la celebración de contratos entre “ausentes”; ello es, contratos que se celebran entre sujetos que no se encuentran juntos al momento de expresar su consentimiento.

El comercio electrónico potenció inmensamente estos negocios en razón de que más allá de las distancias, la expresión del consentimiento en forma electrónica permite a las partes actuar como si tal distancia no existiera.

En este contexto, comenzaron a estudiarse en las Universidades y escuelas de economía de los Estados Unidos nuevas formas de crear negocios con muy poca inversión, explotando la intermediación; la idea consiste en prestar un servicio en la internet a través de un portal donde una persona formule una oferta contractual en manera indeterminada y global para que otra persona interesada en dicha oferta, la acepte y celebren un contrato.

Una vez celebrado el contrato y prestado el consentimiento en la web, el intermediador cobra un porcentaje de la operación como retribución del servicio.

El programa de negocios es casi perfecto; con poca inversión se monta una plataforma en la web, para luego pasar a administrar dinero ajeno. El intermediario no ofrece ni bienes, ni servicios, sólo su intermediación.

Tampoco adquiere los bienes o servicios ofertados en su plataforma, sino que lo hace directamente el adquirente del producto.

El éxito de estas plataformas se han popularizado tanto alrededor del mundo que han devenido en una de las principales fuentes de comercio electrónico global; hecho que permitió además a las sociedades comerciales que operan como intermediadores, obtener réditos por la publicidad de terceros que se coloca en ellos.

Pero en toda esta estructura comercial, debe existir también una discusión respecto del alcance la responsabilidad civil de los operadores de estas plataformas; por cuanto, no resulta justo para usuarios de uno y otro lado del sistema (ofertantes y aceptantes), que quien obtiene el rédito por la operación que ellos celebran, no tenga ninguna responsabilidad por los perjuicios posteriores escudándose en ser un mero “intermediario”.

Es entonces en esta inteligencia, que nos propondremos a continuación abrir el debate.

## II.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE LOS OPERADORES DE LAS PLATAFORMAS Y LOS USUARIOS

El primer paso para empezar a delinear algunos aspectos de la responsabilidad civil que se le pudiere achacar a los operadores de plataformas web, es la de entender la índole del vínculo jurídico que se establece entre ellos y los usuarios del sistema.

Existen respecto de esta situación, dos posiciones que pueden abordarse; la primera es sostener que se genera entre operadores y usuarios una relación de índole contractual, sin perjuicio luego de los contratos que se celebren en uso de la plataforma; o bien puede sostenerse que estamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, donde el operador de la plataforma opera como una suerte de “diario de clasificados” y por lo tanto no tiene relación comercial alguna con el usuario.



Por Walter F. Krieger

Nuestra postura, se inclina por la primera posición; aunque como veremos más adelante, si se adoptara la de la responsabilidad extracontractual se llegaría al mismo resultado de la existencia de una responsabilidad frente al usuario.

Sostenemos entonces la existencia de una relación contractual entre operador y usuario, motivado ello principalmente en que los usuarios deben aceptar para operar en el sistema las cláusulas impuestas en un contrato de adhesión diseñado por el operador<sup>579</sup>.

Pero surge además de los términos de dicho contrato, que el operador de la plataforma se denomina asimismo como un “prestador de servicios”.<sup>580</sup>

Nos encontramos en consecuencia frente a un vínculo jurídico de índole contractual que se va generar entre un “usuario” y un “prestador de servicios” que se materializa a través de un contrato de adhesión estipulado por el operador.

En este sentido, cabe destacar además que la Ley de Defensa del Consumidor en su texto modificado por la Ley 26.361, no sólo contempla la existencia de consumidores que van a nacer de la mano de un “contrato de consumo”, sino que también se contemplan a los “consumidores de facto” dado el reconocimiento del “consumidor expuesto” y del “by-stander” (figura que elimina el texto del Art. 1092 del Anteproyecto, pero que sin dudas se seguirá aplicando en el sistema jurídico Argentino en razón de lo establecido en el fallo “Mosca” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Sin embargo, en lo que a nosotros aquí nos ocupa, corresponde indagar si del contrato que se señala se deriva o no una relación de consumo.

Señala Lorenzetti<sup>581</sup> que una de las formas de determinar la existencia de una relación de consumo es observando su finalidad; ello es, que el consumidor contrate para su propio beneficio o el de su grupo familiar a los fines de poder invocar la Ley 24.240.

Esta postura finalista, nos indica entonces que se deberá observar la finalidad del contrato que el usuario haga de la plataforma explotada por el operario a los fines de establecer la existencia o no de una relación de consumo.

Por lo tanto, podemos concluir que de acuerdo al objeto del contrato que *a posteriori* los usuarios de la plataforma celebren entre sí, será determinante a los fines de determinar la naturaleza jurídica de la relación entre usuario y operador, en atención a que sí el usuario formuló una oferta y otro acepto para celebrar un contrato como consumidor final, nos encontraremos frente a una relación de consumo, mientras que si nos encontramos frente a dos partes que celebran un contrato que no puede cuadrarse como una “relación de consumo”, la responsabilidad del operador frente a ellas será de índole contractual y se regirá por el Código Civil.

### III.- EL CONTRATO EXISTENTE ENTRE EL OPERADOR Y EL USUARIO

Más allá de la existencia de una relación de consumo o no, lo cierto es que al sostener que nos encontramos frente a una relación contractual entre operador y usuario, corresponde indagar respecto de los elementos de este contrato a los fines de encuadrar también su alcance.

<sup>579</sup> A modo de ejemplo se puede leer el establecido por el mayor operador en la Argentina en [http://www.mercadolibre.com.ar/seguro\\_terminos.html](http://www.mercadolibre.com.ar/seguro_terminos.html)

<sup>580</sup> Ver el texto del contrato referenciado en la cita anterior.

<sup>581</sup> Lorenzetti, Ricardo *Consumidores*, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2ª Ed, Santa Fe, 2009, p. 97

### III. 1- DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO

Este contrato, ciertamente atípico e innominado, que conformarán el operador y el usuario, tendrá como objeto permitir al usuario acceder al sitio web explotado por el operador; para que, siguiendo las formas y cumpliendo con las condiciones que este establece a dichos fines, opere en el mismo celebrando otros contratos con otros usuarios.

Surge de la lectura de los contratos propuestos de los operadores<sup>582</sup> que afirman los mismos en el texto que nos encontramos frente a un contrato de “condiciones generales”.

Sin embargo, y tal como lo desarrollaremos, quedará en claro que en realidad se trata de un contrato de adhesión. Bien señala López Mesa<sup>583</sup> siguiendo a los colombianos Bianca y Máximo que:

*“el fenómeno de las condiciones generales se ha extendido de tal forma que difícilmente los consumidores puedan acceder a bienes y servicios sin someterse a los reglamentos contractuales que las empresas predisponen en forma de cláusulas generales contenidos en módulos, formularios o avisos. Esto significa que el contenido de los contratos de masa de hecho se impone a los consumidores, quienes adhieren a un reglamento que no están en capacidad de negociar y del que, a menudo, ignoran el contenido”.*

En consecuencia, y tal como lo establece el Art. 984 del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del 2012, el contrato por adhesión a cláusulas generales será aquél *“mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.*

Resulta dable señalar que deviene acertada la crítica que López Mesa<sup>584</sup> formula a la redacción del Art. 984 del Anteproyecto en razón de la obviada que implica señalar que el contrato de “adhesión” es aquél en cuál uno de los contratantes “adhiera”.

A esta crítica, entendemos que corresponde sumar que el proyectado Art. 984 omite elementos esenciales del contrato de adhesión para ser tal.

En efecto, enseña Lorenzetti<sup>585</sup> que en el contrato de adhesión deben reunirse dos circunstancias; la primera de ellas que las cláusulas hayan sido redactadas por una sola de las partes o por un tercero, sin la participación de la adherente; y la segunda es justamente la adhesión de la contraparte sin posibilidad alguna de modificar el contenido de las mismas.

Es justamente este segundo elemento el que se encuentra huérfano en la definición, lo cual no es menor, dado que cualquier contrato formulario o de cláusulas generales, podría ser considerado de adhesión, cuando ciertamente no lo es.

Sin perjuicio de ello, no caben dudas que en el caso que aquí nos ocupa estamos frente a un típico contrato de adhesión en razón de que se hayan reunidos los dos requisitos que se requieren para la existencia del mismo;

1) imposición de las cláusulas de una de las partes hacia la otra;

2) limitación de la voluntad del adherente a aceptar o rechazar dichas cláusulas sin posibilidad de modificarlas.

<sup>582</sup> ver cita n° 1.

<sup>583</sup> Lopez Mesa, Marcelo J, *El contrato de adhesión y su regulación en el Proyecto de Reformas al Código Civil*, en Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia, Ed. Legis, Buenos Aires, 2012, año 3, tomo 2, p. 10.

<sup>584</sup> Lopez Mesa Marcelo, ob. cit. ant.

<sup>585</sup> Lorenzetti Ricardo, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, Parte General, p. 289

Esta clasificación del contrato como de “adhesión” no se altera frente a la existencia de una relación de consumo en el empleo del sistema, por cuanto el consentimiento prestado en un contrato de adhesión no necesariamente implica que el mismo tenga una finalidad de consumo.

### III.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO.-

Hemos señalado en el punto anterior que el objeto del contrato es el de permitir al usuario acceder al sitio web explotado por el operador; para que, siguiendo las formas y cumpliendo con las condiciones que este establece a dichos fines, opere en el mismo celebrando otros contratos con otros usuarios.

Esta definición de las obligaciones nos permite sostener adecuadamente, y aun cuando el contrato puesto a disposición de los usuarios no lo indique expresamente, que nos encontramos frente a un contrato de prestación de servicios tal como lo definen los Arts. 774 y 1251 y ss del Anteproyecto de Código Civil.

El Art. 774 del Anteproyecto de Código Civil define a la prestación de servicios como:

*“La prestación de un servicio puede consistir:*

*a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso;*

*b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia;*

*c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso; Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales”.*

Asimismo, al concordar este texto con el del Art. 1252 del mismo cuerpo normativo, entendemos que en los supuestos contemplados en los incs. a) y b) nos encontramos frente a un contrato de “prestación de servicios” propiamente dicho, mientras que el tercer supuesto se refiere al contrato de obra.

En este marco – novedoso desde lo normativo – es que entendemos que el contrato que aquí nos ocupa se encuentra enmarcado dentro del supuesto establecido en el segundo supuesto del Art. 774 del Anteproyecto de Código Civil.

Es que al ser la obligación esencial que surge en cabeza del operador la de permitir que el usuario celebre otros contratos a través de su sitio web, existe allí una obligación de obtener un resultado – garantizar la celebración de los mismos -, independientemente de lo que acontezca con ellos.

Esta definición no implica de modo alguno, y tal como lo veremos oportunamente, una exclusión de la responsabilidad del operador respecto de los perjuicios que pueda sufrir el usuario por la celebración del contrato que se celebró en el sitio web; pero si nos lleva a la conclusión que el usuario no podrá exigir al operador el cumplimiento de la obligación a la que se hubiese obligado el oferente o el aceptante, y que además existirá una responsabilidad solidaria entre el operador y el causante de los perjuicios que podrá ser repetida en los términos de los Arts. 840 y 841 del Anteproyecto de Código Civil.

## V.- RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR DERIVADA DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE CONSUMO

Al encontrarnos en un supuesto en el cual ambas partes – oferente y aceptante – han celebrado un “contrato de consumo”, podemos ciertamente achacarle responsabilidad al operador por los efectos de dicha relación en los términos del Art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Siendo los operadores “profesionales” en la prestación del servicio que ofrecen, no interesa si participan o no en el perfeccionamiento del acto jurídico bilateral de contenido patrimonial que une a ambos usuarios, por cuanto su responsabilidad surgirá de haber sido parte de la cadena de comercialización del producto a través del espacio de negociación que esta ofrece como servicio.

Este criterio puede sostenerse en la responsabilidad solidaria que emana del Art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, dado que el fabricante de un producto defectuoso tampoco participa de la “negociación contractual” que se celebra posteriormente con su producto, pero sin embargo, posee responsabilidad frente al consumidor por los perjuicios que sufre por el empleo del mismo.

Cabe recordar además que el texto expreso del Art. 40 de la LDC sostiene que la responsabilidad por daños que afecta a toda la cadena de comercialización no deviene solamente del uso de “productos defectuosos”, sino también de la “prestaciones de servicios”.

La norma dice literalmente:

*“Art. 40.- Responsabilidad.- Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa, o de la prestación de servicios responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya dejado su marca en la cosa o servicio.”<sup>586</sup>*

Explica Lorenzetti<sup>587</sup> que el consumidor confía en el sistema creado por el oferente del servicio, en razón de presentarse este como un “experto” en dicho sistema en estos términos:

*“En la sociología actual se ha estudiado el funcionamiento de los “sistemas expertos” los que son calificados como sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas de entorno material y social en el que vivimos. Al subir a un avión no revisamos los controles del aeropuerto ni la capacidad del piloto; al contratar por Internet no hacemos una indagación sobre la solvencia del oferente, del servidor, el funcionamiento de las claves, el sistema de seguridad en las transacciones, y otros aspectos. Siempre suponemos que alguien se ha ocupado de que las cosas funcionen. Ese alguien no es un sujeto conocido y responsable de sus actos como ocurre con el almacenero del barrio; se trata en cambio de un sistema, que puede aparecer ante el consumidor como una persona amable pero que es sólo un empleado, cara anónima y no responsable.*

*El sistema es inextricable pues la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo porque no se puede conocer el dueño ni al responsable. Sin embargo, el sistema genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, las marcas, el respaldo del Estado y otros símbolos. Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad son muy pocas y generalmente inocuas; se basa en un conocimiento inductivo débil. No se trata de un problema de negligencia, sino de una necesidad: si se tuviera que verificar razonablemente cada acto, sería imposible vivir, y los costos de transacción serían altísimos. Es necesaria la confianza, porque ésta está en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable y anónimo; es el lubricante de las relaciones sociales. Por ello, debe ser respaldada jurídicamente, tanto en el establecimiento de presunciones, como mediante imputaciones de responsabilidad, utilizando para ello la regla de la apariencia jurídica”.*<sup>588</sup>

<sup>586</sup> Ley 24.240, Art. 40, modif. por Ley 26.361.

<sup>587</sup> Lorenzetti Ricardo, *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, T. III, p. 862 y ss.

<sup>588</sup> Lorenzetti, Ricardo, ob. cit. ant.

Por Walter F. Krieger

Podemos entonces afirmar en base a esta postura que aquellos que prestan servicios por Internet deben honrar la confianza depositada en ellos por los usuarios, asumiendo las responsabilidades por los perjuicios que el empleo de dichos servicios causen.

Además y tal como se ha señalado, no es en este tipo de contratos “negligencia” el confiar en el funcionamiento del sistema, sino que es lo propio y lo esperado por parte del usuario.

Continúa diciendo al respecto el Dr. Lorenzetti<sup>589</sup> lo siguiente:

*“El oferente puede presentar la página de modo que el usuario tenga la posibilidad de contratar en base a las condiciones generales o de proponer un texto alternativo o modificaciones. Esta última modalidad es casi inexistente en la contratación de consumo, y de baja tasa de utilización en la referida a empresas, entre las cuales se utiliza el formulario electrónico; no obstante puede ser una buena modalidad cuando se trata de vínculos que requieren una adaptación. Las condiciones generales y su aceptación constituyen un documento electrónico. Para respaldar su legitimidad, se ha utilizado la modalidad de presentarlas de modo inevitable o forzoso para el usuario, a fin de acreditar que las tuvo que leer antes de contratar, y la certificación notarial del contenido de las condiciones. Ello servirá como prueba documental de la aceptación de la oferta en el caso de que el cliente niegue haber visto las CGC a las que quedaba sometido. En esta línea hermenéutica, la Corte de California (USA) consideró que el usuario queda vinculado por las condiciones generales al pulsar el botón que dice “aceptar”, luego de haber tenido oportunidad de leerlas. Entendemos que si el usuario ha tenido oportunidad de conocer las cláusulas generales de modo inequívoco, existe una aprobación de las mismas. Sin embargo, ello no es suficiente para la legitimación de las cláusulas abusivas, porque su ilegitimidad proviene de la ley de orden público, que resulta aplicable al caso, en protección de los consumidores. Dada la creciente estandarización en la legislación internacional sobre cláusulas abusivas, es posible aplicar esta legislación sin que constituya una barrera paraarancelaria, o un obstáculo a la seguridad jurídica. Las cláusulas inequitativas, las que prorrogan la jurisdicción, las que invierten la carga probatoria, las que limitan los derechos del consumidor, son abusivas.”*

Estas ideas hasta aquí descriptas de a poco han sido receptadas por la jurisprudencia, la que ha considerado que los operadores de sitios web conforman la cadena de responsabilidad que estipula el Art. 40 de la LDC y que en consecuencia deben responder frente a los usuarios por los perjuicios sufridos en razón de los productos que se adquieren a través de ellos.<sup>590</sup>

En este sentido, resulta interesante el argumento vertido por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el fallo “Claps”<sup>591</sup> en el cual se afirmó que si un distribuir que opera en el plano real es sin duda parte de la cadena de solidaridad –aun cuando no adquiera las cosas para sí-, no existen motivos valederos para no darle igual tratamiento a quien ejerce una tarea similar en el plano virtual.

Esta argumentación vertida por la Jurisprudencia, deja establecido entonces en forma contundente que los sitios webs intermediadores de operaciones comerciales son parte de la cadena de responsabilidad.

## V.- RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO CIVIL COMÚN

Sin perjuicio de la unificación de las dos esferas de responsabilidad que propone el Anteproyecto de Código Civil y Comercial que hasta ahora venía estipulando el Art. 1107 del Cód. Civil,

<sup>589</sup> Lorenzetti Ricardo, ob. cit. ant.

<sup>590</sup> Ver fallo de la C. Nac. Civ., Sala K, 07.10.2012, *Claps Enrique Martín y ots. c. Mercadolibre S.A. s. Ds. y Ps.* (Expte. N° 36.440/2010), Juz. de origen: Juz. Nac. Civ. N° 47.

<sup>591</sup> Idem. cit. ant.



Por Walter F. Krieger

entendemos que la “unificación” de las mismas no implica que no deba continuar determinándose cuál es la fuente del deber de reparar en razón de que seguirá siendo diferente el reclamar en base a una responsabilidad contractual o extracontractual la reparación de un daño.

### **V.1.- LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.-**

No todo contrato entre usuario y sitio web podrá constituir una relación de consumo, aun cuando fuera un contrato de adhesión.

En efecto, el Anteproyecto de Código Civil se hace cargo de esta situación a la regulación del contrato de adhesión no se encuentra inserta en el capítulo que regula las relaciones de consumo, sino fuera de ella.

Sin embargo, la existencia de una relación contractual obliga a los cocontratantes al deber de seguridad que se desprende del principio de buena fe.

Explica Mosset Iturraspe<sup>592</sup> que la concepción solidarista que en la actualidad define al contrato crea nuevos “deberes” a cargo de las partes que lo suscriben; entre los cuales se destaca el “deber de seguridad”, consistente en preservar la integridad de la otra parte, evitando que sufra perjuicios por la celebración del contrato.

Destaca en este sentido Garrido Cordobera<sup>593</sup> que el principio general del derecho de “la buena fe” ilumina todo el contrato en razón de que crea deberes a cargo de los contratantes desde inclusive antes del nacimiento del contrato.

Es precisamente con sustento en esta “obligación de seguridad”, derivada del principio general de la buena fe<sup>594</sup> que el usuario que no es consumidor, podrá igualmente reclamar al titular del sitio web que intervino en la intermediación de la operación comercial que finalmente se desarrolló, partiendo de la base además que tal como lo se estableciere con anterioridad, el uso de la plataforma implica la suscripción de un contrato de adhesión.

### **V.2.- LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.-**

Siguiendo las definiciones vertidas en el Art. 1° de la Ley de Defensa al Consumidor, podemos afirmar también que no todos los casos que se susciten en la operatoria comercial a través de sitio web que prestan servicios de intermediación se verán alcanzados por la tutela de los derechos del consumidor.

En efecto, aquellos supuestos en los que el adquirente no demuestre que la adquisición ha sido realizada en beneficio propio o de su grupo familiar; así como también quien no demuestre haber sufrido un daño en razón de encontrarse expuesto a una relación de consumo, no podrán invocar los argumentos señalados en el punto anterior para sustentar su derecho a la indemnización por cuanto no pueden ser consumidores.

Más aún, si quien contrata ha sido el usuario del producto, mas no el adquirente, no podría siquiera invocar la existencia de un contrato que permita encuadrar su situación dentro de la responsabilidad contractual.

---

<sup>592</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños, t. II, el incumplimiento contractual*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 27

<sup>593</sup> Garrido Cordobera, Lidia M.R., *La trascendencia del poder en la negociación contractual y las desigualdades negociales*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, Número 12, Año 2008, p. 497.

<sup>594</sup> La obligación de seguridad hace a la buena fe en razón de que no puede entenderse que un sujeto suscriba un contrato con el fin sufrir un daño a causa del mismo.



Por Walter F. Krieger

Sin embargo, entendemos que en estos supuestos encontramos también un deber de reparar fundado en el derecho común y en la teoría del riesgo que fuera receptada en nuestro plexo normativo en el Art. 1.113 y que en el Anteproyecto de Código Civil se mantiene en el Art. 1757.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en señalar que el ejercicio de una actividad lucrativa que conlleva riesgos para terceros, genera una responsabilidad de tipo objetivo en relación a los daños que se causen derivados de dicha actividad.

Así lo señala Ghersi al sostener que:

*“el criterio dominante es el de extender la aplicación del art. 1113 a los daños que resultan de la actividad riesgosa realizada sin intervención de cosas, tal como se ha postulado en los numerosos encuentros jurídicos que han tratado el tema”.*<sup>595</sup>

Sin embargo desde hace ya algunos años, que expresaban Garrido y Andorno<sup>596</sup> que en toda sociedad existen actividades que tienen la potencialidad de causar daños, pero que al ser beneficiosos para el resto de la sociedad no pueden ser prohibidos.

Es por ello que, tal como enseña Pizarro<sup>597</sup>, quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo para terceros, se beneficie o no con él, debe soportar los detrimentos que el evento causa, por cuanto su obligación de reparar el daño no surge del provecho que obtiene, cualquiera sea la índole del mismo, sino la circunstancia de haber creado el riesgo que ulteriormente causó el daño.

Esta idea de la teoría del riesgo, explica Le Torneau<sup>598</sup> fue desarrollada en el Siglo XX y agrega que el sustento de la misma consiste en imponer una obligación objetiva de reparar como contrapartida al beneficio que se obtiene por el desarrollo de la actividad riesgosa.

En consecuencia, y a la luz del elemento “*confianza*” que reviste el empleo de estos sistemas y que ya fuera abordado con anterioridad, es que no pueden quedar dudas de que los sitios webs de intermediación de operaciones comerciales introducen en la sociedad un factor de riesgo, por cuando si bien por un lado sus “servicios” benefician a muchos, la manera en que son prestados ciertamente conllevan la potencialidad de dañar a determinados usuarios en razón de la imposibilidad de controlar acabadamente las cosas que se comercializan y a quienes son compradores y vendedores.

## VI.- CONCLUSIONES

Podemos, luego de todo lo escrito, arribar a las siguientes conclusiones:

1. Las relaciones entre usuarios y operadores del sistema son de índole contractual
2. Los operadores tendrán una responsabilidad solidaria junto con el usuario causante del daño ya sea que la relación se enmarque como una relación de contrato como una relación de consumo.
3. Los terceros usuarios de los productos tienen una acción contra el operador y el vendedor, fundándose la responsabilidad del operador del sitio web en la teoría del riesgo.
4. En este último caso, deberá acreditarse fehacientemente la relación de causalidad entre el hecho dañoso y la actividad desempeñada por el operador.

<sup>595</sup> Ghersi Carlos, *Teoría General de la Reparación de Daños*, Ed. Astrea, Bs. As., 1997, p. 149 y ss.

<sup>596</sup> Garrido R., Andorno L., *El Art. 1.113 del Código Civil*, Ed. Hamurabbi, Buenos Aires, 1983, p. 238

<sup>597</sup> Pizarro R. D., *Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa*, Ed. La Ley, Bs. As., 2006, p. 205

<sup>598</sup> LE TOURNEAU Philippe, *La Responsabilidad Civil*, Ed. Legis, Colombia, 2010, p. 36

# CAPÍTULO XV: LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR APLICADA AL DERECHO A LA SALUD

---

Por Silvia ROSSINI

El comienzo del nuevo siglo, la evolución del pensamiento y el conocimiento, la revolución tecnológica y cibernética, los avances científicos, y las nuevas formas de relaciones interpersonales entre otros conceptos, dieron espacios a nuevos paradigmas, que plantearon la inmediata necesidad de cambios a las cuales el campo del derecho no resultó ajeno, y se vio en la necesidad de recoger.

El proyecto de Código Civil en análisis, es un claro ejemplo.

Un cuerpo articulado, que pretende reflejar de fiel sentido y forma, circunstancias sociológicas y culturales, que de hecho ya existían pero no estaban expresamente contempladas.

Un proceso cuyo resultado es el reconocimiento de situaciones fácticas, que amplía e incorpora derechos e institutos que de otra forma solo eran operativos mediante vías judiciales alternativas, a través de un juicio ordinario o a través de la vía del amparo por ejemplo.

En este proceso codificador el derecho a la salud no ha sido la excepción, como tampoco lo ha sido la Ley de Defensa del Consumidor y las implicancias de este sobre el primero. A modo de cita, el Proyecto introduce y reconoce en el art. 14 los derechos individuales y de incidencia colectiva, con lo cual el Defensor del Pueblo, asociaciones registradas y otros sujetos que leyes especiales dispongan, resultan legitimados para el ejercicio de derechos que protegen entre otros al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor; art. 17, los derechos sobre el cuerpo humano; art. 59 consentimiento informado para actos médicos, entre otros.

Ahora bien, interpretar y describir los ejes estratégicos que le dieron nuevo giro al ámbito del derecho a la salud en el marco del Proyecto del Código Civil y la Ley de Defensa al Consumidor, se transformó en el gran desafío.

## TÍTULO I

### 1.- EL DERECHO A LA SALUD: SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL, LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para desentrañar los extremos entre los cuales se enmarca el derecho a la salud en el Proyecto del Nuevo Código Civil, es preciso realizar algunas consideraciones.

El derecho a la salud ha sido desde siempre uno de los pilares fundamentales en la vida del hombre.

No obstante su reconocimiento, en el tiempo ha sido objeto de variables, conforme los modelos políticos y socio-económicos imperantes a lo largo de la historia, en sintonía con la jurisprudencia que tampoco quedó al margen. Pasó de ser un derecho reconocido implícitamente en la Constitución Nacional de 1853, (art. 33 de los derechos no enumerados), a tener entidad propia, reconocido expresamente en ocasión de la reforma constitucional del año 1994, en los arts. 41 y 42, y mediante la incorporación de los Tratados Internacionales en el art. 75 inciso 22, con lo cual adquirió rango constitucional.

Así y todo, su jerarquía era indiscutible. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, -antes de 1994-, lo reconocía como un derecho por excelencia, en los autos "Fundación Cardiovascular de Mendoza c/ Asociación Clínicas de Mendoza"<sup>599</sup>.

Hoy en día, el mapa sanitario lejos de universalizarse en pos de una perspectiva integradora e igualitaria de la salud, ha pasado a escindirse, conforme las posibilidades económicas del que pretende acceder al sistema de prestaciones y servicios médicos asistenciales.

<sup>599</sup> SC de Mendoza, Sala I, 1993/01/03, ED, 153 – 163

Gherzi – Weingarten, refieren 4 grupos claramente definidos: por un lado, “los que tienen el poder económico suficiente para financiarse la prestación; otro sector, la atendida por obras sociales y empresas de medicina prepagas; estas a su vez coexisten con el Hospital Público con una menor calidad de atención; y finalmente, un sector de la población cada vez más con necesidades básicas insatisfechas, que no tienen acceso a ningún tipo de prestación sanitaria”<sup>600</sup>

Ahora bien, con la sanción de la ley 26.682 (que establece el régimen regulatorio de las empresas de medicina prepaga), hay quienes entienden que coexiste otro sector: el de las cooperativas y mutuales, asociaciones civiles y fundaciones y obras sociales sindicales que desarrollen actividad bajo la modalidad de las empresas de medicina prepaga, conforme la norma de exclusión prevista en el art. 1º, in fine, de la ley 26.682.<sup>601</sup>

En este sentido, y desde la óptica de los consumidores de servicios médicos asistenciales, también se excluyó del marco regulatorio a las entidades sin fines de lucro y las obras sociales sindicales. En esta línea, los tribunales en el caso “Chamorro Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores” han establecido, que tales entidades estaban obligadas a prestar los mismos servicios que las obras sociales en general y las empresas de medicina prepaga, lo cual acentuó aún más la fragmentación<sup>602</sup>.

Explica Parellada, que de esa forma la mirada estaba puesta en quien presta el servicio de salud: es decir, lo incluye si es una entidad con fines de lucro, y lo excluye si no ostenta ese fin, en lugar de abordar el tema en forma objetiva atendiendo a la actividad que desarrollan y a la finalidad satisfactoria del derecho a la salud.<sup>603</sup>

## TÍTULO II

### 1- BREVE RESEÑA DE ALGUNOS ASPECTOS CONTRACTUALES, EN EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO

Dentro de este escenario normativo, en constante cambio y transformación, se encuentran los verdaderos protagonistas, ejes del sistema: por un lado, el médico, profesional de la salud que pone a disposición todo su saber y su ciencia y por el otro, el paciente, usuario y/o consumidor de bienes y servicios médicos.

Con ellos, el establecimiento o centro de salud sea en el ámbito público o privado.

En el particular, empresa de salud, hospital y paciente, conforman un sistema de contratos en el cual todos son responsables.

La empresa de salud a su vez, puede otorgar prestaciones por sí o bien a través de otros prestadores con los cuales contrata, pero donde el hospital no es un tercero en la relación sino justamente el actor principal.

En este esquema, los contratantes no se encuentran en un pie de igualdad, sino en una relación asimétrica, donde siempre hay una parte que es la más fuerte en el contrato, que posee el conocimiento, el recurso económico y el poder de organización.

<sup>600</sup> MERA Jorge A. Privatización y desregulación en el sistema de salud, en “Los servicios de salud en la Argentina – Sistemas y Políticas de Salud” En GHERSI Carlos– WEINGARTEN Celia Directores. *Responsabilidad del Estado y el Hospital Público*, Derecho Médico T. II Ed. Nova Tesis Editorial Jurídica Rosario Santa Fe 2005 13

<sup>601</sup> PARELLADA Carlos A. El nuevo marco regulatorio de la medicina prepaga, en “El sistema de salud en la Argentina” en *Revista de derechos de daño*, Directores LORENZETTI Ricardo y MOSSET ITURRASPE Jorge, Volumen III, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires 2011 221

<sup>602</sup> PARELLADA Carlos A. El nuevo marco regulatorio de la medicina prepaga, en “El sistema de salud en la Argentina” en *Revista de derechos de daño* Directores LORENZETTI Ricardo y MOSSET ITURRASPE Jorge Volumen III Ed. Rubinzal – Culzoni Buenos Aires 2011 221.

<sup>603</sup> PARELLADA Carlos A. El nuevo marco regulatorio de la medicina prepaga, en “El sistema de salud en la Argentina” en *Revista de derechos de daños* Directores LORENZETTI Ricardo Y MOSSET ITURRASPE Jorge Volumen III Ed. Rubinzal – Culzoni Buenos Aires 2011 222

Este diagrama de vínculos, demuestra, que la formación del contrato lejos está de aquél diseño originario del Código de Vélez. En ese sentido, Vélez Sarsfield pensó un esquema diferente, con dos elementos como pilares fundamentales del contrato: la libertad y la igualdad, donde los partes contratantes eran iguales, la misma situación económica y cultural para contratar o convenir los términos del mismo.

Vínculo relacional, que claramente no se condice con el proyecto actual. La consecuencia era la no revisión del contrato, porque las partes prestaban un consentimiento que tenía como base el acto voluntario, en sus tres aspectos: discernimiento, intención y libertad.

Justamente, la primera causa del advenimiento del nuevo orden contractual reside en el debilitamiento de los principios absolutos sobre los cuales estaba fundado el derecho de los contratos durante cerca de dos siglos, producto de la filosofía individualista y del liberalismo económico que impregnaba el código civil<sup>604</sup>

Pero bien lo expone Stiglitz, estas aristas que impregnaban el contrato en el esquema de Vélez, no pudieron resistir el paso del tiempo, y ello se reflejó en la legislación que quedó desmarcada frente a la realidad contractual, -sobre todo a la hora de finiquitar un contrato- cuando se advierte una notable desigualdad en virtud de la situación de inferioridad en que se encuentra una de las partes contratantes.

Esquema que se hizo palmariamente más visible y se volvió inadecuado cuando aparece la sociedad de consumo, de venta de bienes y servicios, extremos que generaron aún mayor desigualdad.

Este desequilibrio se acentúa, al momento de elaborar unilateralmente el contrato y por parte de aquél que tiene el poder de negociación.

En este punto, se destacan los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, respecto de las cuales el Proyecto afirma la prevalencia de la autonomía de la voluntad por sobre la “regla contractual predispuesta” en caso de colisión (artículo 986)<sup>605</sup>.

Cabe señalar, que el Anteproyecto del Código Civil y Comercial Unificado, en sus contenidos y en cuanto a la clasificación de los contratos, sigue el modelo del Proyecto de 1998, con algunas modificaciones sugeridas por la propia doctrina.

Para lo cual ordena el sistema de la siguiente manera: el contrato discrecional o de negociación individual; el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales y el contrato de consumo.

En el primero rige la plena autonomía de las partes; en el segundo como bien se advierte, hay una clara adhesión a cláusulas contractuales predispuestas unilateralmente por una de las partes contratantes, sin que la otra haya intervenido en la redacción de las mismas; y finalmente el tercero, *“es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto el uso o goce de bienes o servicios, por parte de los consumidores y/o usuarios, para su uso privado, familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad profesional”* (art. 1093 del Proyecto).

En este último, como bien lo estipula el Anteproyecto, se aplicará el Título III, cuando se pruebe que hay contrato de consumo, sea o no de adhesión, ya que este no es un elemento tipificante.

<sup>604</sup> STIGLITZ Rubén. Un Nuevo Orden Contractual en el Proyecto del Código Civil. Publicación en la red: sitio de consulta y debate sobre el Proyecto elaborado por la comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti año 2012, [<http://www.nuevocodigocivil.com/un-nuevo-orden-contractual-en-el-proyecto-de-codigo-civil-por-ruben-stiglitz/>] Fecha de captura 20/09/2012]

<sup>605</sup> STIGLITZ Rubén. Un Nuevo Orden Contractual en el Proyecto del Código Civil. Publicación en la red: sitio de consulta y debate sobre el Proyecto elaborado por la comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti año 2012. La autonomía de la voluntad en <http://www.nuevocodigocivil.com/un-nuevo-orden-contractual-en-el-proyecto-de-codigo-civil-por-ruben-stiglitz/>] Fecha de Captura: 20/09/2012

Afirma Stiglitz, que el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, sino como un principio relativo y subordinado a los límites que le son inherentes. En el Proyecto de Código Civil y Comercial, los límites inherentes a la autonomía de la voluntad se hallan constituidos entre otros por, a) la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (artículo 958); b) por la facultad acordada a los jueces de modificar el contrato cuando sea a pedido de partes, cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta de modo manifiesto, el orden público (artículo 960).<sup>606</sup>

En el mismo sentido, el Proyecto, establece y prevé en el artículo 963, el orden de prelación normativa frente a un eventual conflicto de normas, con la siguiente preferencia:

- 1) las normas indisponibles de la ley especial y el Código;
- 2) normas particulares del contrato;
- 3) normas supletorias de la ley especial;
- 4) normas supletorias del Código.

Si bien este Proyecto –tal como se referenciara ut – supra- ha previsto y establecido los límites a la autonomía de la voluntad, también lo ha hecho respecto de la libertad de contratación. Y en este sentido en el artículo 958 del mismo, refiere a ella, y dice: “*las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*” .

Es decir, hace prevalecer el interés y el beneficio social, por sobre el interés de las partes al momento de convenir o celebrar el contrato.

En este punto, la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosos fallos, dentro de los cuales merece mención el siguiente:

*“no es dudoso que la modalidad contractual adhesiva, contrato -reglamento o con cláusulas predispuestas- como lo que aquí se examina – supone una limitación a la libertad de contratación, pero tal circunstancia no invalida el contrato en tanto no se encuentre enviado el consentimiento de los contratantes, ni resulten violados el orden público, la moral o las buenas costumbres o la buena fe o sus cláusulas no sean abusivas”<sup>607</sup>*

Sin perjuicio de lo expuesto, y a modo de corolario del Capítulo I, Disposiciones Generales, el Proyecto cierra el acápite con lo que da en llamar Derecho de Propiedad, cuando establece: “*los derechos resultante de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante*”. (Art. 965)

Destaca el Anteproyecto, que ello ha sido reconocido por la Corte Suprema de la Nación en particulares ocasiones de emergencia económica.

## 1. DERECHO A LA SALUD: RELACION MÉDICO – PACIENTE

Como parte del tratamiento del derecho a la salud en el marco de la ley del consumidor y el Proyecto de Código Unificado, se encuentran inmersos el médico y el paciente, -actores indiscutibles de cualquier prestación de salud-, con ellos, la relación que se entabla en el ámbito donde se

<sup>606</sup> STIGLITZ Rubén. Un nuevo Orden Contractual en el Proyecto del Código Civil. Publicación en la red: sitio de consulta y debate sobre el Proyecto elaborado por la comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti año 2012. La autonomía de la voluntad en <http://www.nuevocodigocivil.com/un-nuevo-orden-contractual-en-el-proyecto-de-codigo-civil-por-ruben-stiglitz/> Fecha de Captura: 20/09/2012

<sup>607</sup> CNCom., sala B, 2000/6/12, “Servicio Electrónico de Pago S.A. c/ Gran Delta S.A. y otro” LA LEY, 2001-D, 10



desarrolla la atención: consultorio, clínica, sanatorio, u hospital. Desentrañar esta simple, pero muchas veces, emblemática relación, es de esencial importancia, puesto que cualquier derecho u obligación emergente de cualquiera de las partes, ha de tener como fuente de directa aplicación cualquiera de las normativas mencionadas.

La relación médico – paciente, ha sufrido notables transformaciones y cambios en los últimos tiempos. Ello, producto del creciente acceso que ha tenido la población en general al sistema de salud, sea en su modalidad pública o privada.

Este paulatino pero sostenido aumento, no fue indiferente a la organización sanitaria, que se vio en la necesidad de receptar los cambios que se generaron a partir este fenómeno.

En un primer momento se caracterizó por cumplir una función netamente asistencialista, para luego pasar a coexistir con la derivada de la medicina privada.

Ello a su vez impulsó otros cambios, en los que la calidad de vida se convirtió en el principal bastión, acompañado por la tecnología de avanzada.

En este sistema, el médico, -sin lugar a dudas-, cumple una función social, aún en el contexto histórico –socio-sanitario, que ha pasado por etapas diversas. Particularmente en el ámbito prestacional, es importante señalar la transformación en el modelo asistencial, que se propone en 1978 por la Organización Mundial de la Salud, el Alma – Ata. Reforma que se realiza en base a las experiencias de salud británicas y soviéticas, y que es un proyecto de modelo asistencial que va a incidir en el cambio de la relación médico paciente ya que se comienza a pensar en el proceso de salud enfermedad desde un punto de vista biopsicosocial.<sup>608</sup>

En un principio el paciente colocaba su cuerpo a entera disposición del médico. Bajo estas circunstancias el contrato era prevalentemente, una situación de confianza en términos subjetivos, donde el paciente dejaba todo librado a la voluntad del profesional, como de incuestionable conducta científica y humana. Caracterización que derivaba, en una sumisión del paciente en la toma de decisiones respecto de su propio cuerpo y la dirección de la intervención medical.<sup>609</sup>

Proceso en el cual se advierte, una disminuida autonomía de la voluntad.

Autores norteamericanos, en especial Beauchamp y Childress, basándose en el informe Belmont, y siguiendo a Kant y a W.D. Ross, postularon un cambio en la relación médico - paciente estableciendo un entramado fundamental que si no se respeta, transforma dicha relación en algo arcaico. Ese entramado lo forman según estos autores, el principio de la autonomía, de la beneficencia, el de la no maleficencia y el de justicia.<sup>610</sup>

**a) Principio de Autonomía:** se fundamenta en que el enfermo es una persona dotada de razón para entender y de voluntad para decidir cuándo hay consentimiento informado, si acepta o rechaza un tratamiento de acuerdo con lo que estima su bien; el consentimiento informado por su parte debe ser bastante explícito respecto del diagnóstico y posibilidades de tratamiento, y es obligatorio adecuarlo al grado de cultura de la persona. Desde este punto de vista la relación médico paciente no es de autoridad docta frente a un lego, o de paternidad al modo de la medicina hipocrática, sino de igualdad de derechos y deberes.

<sup>608</sup> GOMEZ ESTEBAN, Rosa *El médico como persona en la Relación Médico –Paciente T.I* Ed. Fundamentos Caracas Madrid 2002 - 32/33

<sup>609</sup> GHERSI Carlos Alberto, “Del Contrato Médico de Confianza Subjetiva, a la necesidad del servicio de salud masificado de relativa confiabilidad objetiva” en *GHERSI Carlos Alberto. Director: Celia Weingarten – Ana Iglesias, Gloria Ferrari – Beatriz Waisman, Responsabilidad: Problemática Moderna T. I 2° edición corregida* Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo Mendoza Argentina 1997 - 15

<sup>610</sup> ROA Armando, *Ética y Bioética*, T. I, Ed. Andrés Bello Santiago de Chile 1998 - 164

**b) Beneficencia:** atañe fundamentalmente al médico, que debe cuidarse de poseer una preparación científico – técnica excelente y elevados principios con el fin de proporcionar al enfermo la mejor atención posible, sin caer, por falta de preparación clínica, en diagnósticos erróneos, falta de derivación a otros profesionales más aptos para sanarlos.

**c) No maleficencia:** supone justamente, no hacer daño al enfermo. Incluye la preocupación por la relación costo – beneficio, teniendo en cuenta el nuevo concepto bioético de calidad de vida, y el interés vital por la salud pública y por la prevención de enfermedades.

**d) Justicia:** involucra al médico y al paciente, pero sobretodo, a la sociedad y al Estado, cuya obligación es procurar los recursos suficientes para que todos tengan acceso fácil a la salud, cualquiera sea su situación económica o social o el lugar en que se encuentre. Es decir destinar dinero para adquirir tecnología de avanzada y para facilitar la investigación científica médica.<sup>611</sup>

Pero este proceso evolutivo no se agotó allí. Aparece el acto médico como generador de responsabilidad, con lo cual el criterio patrimonialista del Código Civil, sufre una metamorfosis, y coloca al hombre como fin último de derecho.

El paciente con toda su problemática acude al profesional de la medicina, y pone en sus manos su patología, pero también su confianza.

Esta especial confianza (objetivo – subjetiva), impone en la relación médico – paciente, un respeto mutuo y un especial deber de lealtad en quien está mejor predispuesto científicamente<sup>612</sup>

La relación médico – paciente es absolutamente asimétrica y compleja, existe de hecho una colisión entre dos saberes y conocimientos diferentes. Por un lado está el médico que espera que el paciente acepte lo que él le aconseja, y por el otro el paciente, en situación de absoluta minusvalía por su propia patología o enfermedad, por lo que ve ampliado su espectro de expectativa y lo coloca en una situación de mayor necesidad, con lo cual aumenta su confianza hacia el médico. Este poder, el profesional lo ejerce sobre el mismo paciente porque: a) posee discrecionalidad científica para determinar la terapéutica a seguir; y b) porque posee el monopolio del conocimiento.<sup>613</sup>

En esta desigualdad de la relación, y diferencia en el poder de comunicación entre médico y paciente, este último se hace acreedor de derechos.

Estos derechos se ponen de manifiesto a lo largo de toda la relación y están en permanente dinamismo en cada etapa del tratamiento. Pueden mencionarse entre ellos: el derecho a la información (hoy expresamente concebido en el artículo 42 de la Constitución Nacional, incorporado en oportunidad de la reforma del año 1994), derecho de confidencialidad, derecho a un trato digno, a la asistencia, derecho a la información de los riesgos, al consentimiento informado, a decidir sobre su propio cuerpo mediante la denegación de un determinado tratamiento, entre otros.

El médico cada día se ve más presionado a reconocer los intereses y derechos de los pacientes, que aunque no sean estrictamente médicos, sí pueden imponer modificaciones importantes y aún definitivas, en función de los diagnósticos establecidos, o al curso natural de las enfermedades. La visión idílica del conocimiento del médico enfrentado a la confianza, cada vez está más alejado de la realidad, en la cual el paciente puede llegar a ser el enemigo natural del médico al encarnar un papel social de desenmascarado de agravios. Esto ha llevado al establecimiento de modelos contractuales

<sup>611</sup> ROA Armando, *Ética y Bioética* T. I Ed. Andrés Bello Santiago de Chile 1998 - 165/166/167

<sup>612</sup> LOVECE Graciela, “*La naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médico – asistenciales bajo la óptica de la personalización*” en GHERSI Carlos Alberto – WEINGARTEN Celia. Directores. Lovece Graciela – Correa Giselle *Responsabilidad de los Médicos* T. IV Ed. Nova Tesis Editorial Jurídica Rosario Argentina 2000 - 64

<sup>613</sup> LOVECE Graciela, “*La transformación de la relación médico – paciente*” en GHERSI Carlos Alberto – WEINGARTEN Celia. Directores. Lovece Graciela – Correa Giselle *Responsabilidad de los Médicos* T. IV Ed. Nova Tesis Editorial Jurídica Rosario Argentina 2000 - 75/76

de relación entre ambos, en los cuales la medicina se torna defensiva y poco inclinada a ver el beneficio del paciente y en cambio tiende a la salvaguarda de los intereses pecuniarios de ambas partes.<sup>614</sup>

Es claro, que con la aparición del acto médico como generador de obligaciones y la posibilidad de que con ello pueda ocasionarse la ruptura de la relación médico paciente, la aparición de responsabilidad médica, es la consecuencia más esperable.

En este sentido en el año 2009, nuestro país sancionó la Ley de Derechos del Paciente – Ley 26.529, de aplicación a estos en relación a los profesionales e instituciones de la salud, recientemente reglamentada por dictado del decreto 1089/2012.

En particular, el análisis de los contenidos y previsiones recogidos en esta última de las normativas, serán materia de apartada consideración.

## A) DERECHOS DEL PACIENTE

Son una descripción de derechos humanos y personalísimos, conjugados con la bioética y con principios éticos, que recogen de manera articulada, derechos relativos a la vida, a la integridad, la dignidad, la intimidad, la no discriminación, etc.

Para llegar a compilar este conjugado de derechos, se han atravesado distintos caminos que van desde el Código de Nuremberg en 1947, la Declaración Universal de Derechos humanos en 1948, la Declaración de Helsinki en el año 2000, y el mismísimo Informe Belmont.

El Informe Belmont, es la consecuencia de la investigación llevada a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica, en ocasión de la enfermedad de la talidomida, donde se discutió la violación de derechos civiles en virtud de la investigación llevada adelante en fetos y el impacto con el aborto que se denunciaba. Este informe consagró los principios éticos de respeto por la persona y beneficencia propuestos por Engelhardt, y el de justicia propuesto por Beauchamp. Más tarde Beauchamp y Childress lo sistematizan en los cuatro principios ya conocidos y que se han mencionado en este capítulo.

Sobre esta base se articuló más tarde, un esquema que reúne derechos nucleares y fundamentales como los que hoy conocemos, tales como derecho a la información, al consentimiento informado, a la información de los riesgos, a la confidencialidad, a la autonomía de la voluntad, a la intimidad, entre otros derechos.

Nuestro país, con la sanción de la Ley 26.529 de derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, sancionada el 21 de noviembre de 2009, da un paso hacia adelante en el reclutamiento de muchos de estos derechos fundamentales. No obstante al agrupar a aquellos derechos considerados esenciales, y estipular el ámbito de aplicación, la enunciación de dicha legislación se caracterizó más que nada por adoptar la impronta de una declaración.

Ya en los primeros meses de este año, con la sanción de la ley 26.742/2012, la ley de derechos de los pacientes, historia clínica y consentimiento informado sufre modificaciones, al introducir y legislar a través de esta ley, sobre muerte digna, constituyendo tal incorporación un avance y ampliación dentro del entramado de derechos.

La muerte digna es la posibilidad que tiene un paciente, en virtud de la autonomía de la voluntad, de rechazar una terapia, tratamiento y/o procedimiento médico frente a una enfermedad

<sup>614</sup> RIVERO SERRANO Octavio/PAREDES SIERRA Raymundo, “Las nuevas modalidades de la relación médico – paciente” en *Ética en el Ejercicio de la Medicina* T. I Ed. Editorial Médica Panamericana México 2006 - 87

irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal y estas sean desproporcionadas en relación a la mejoría o produzcan un sufrimiento intolerable.<sup>615</sup>

Ahora bien, con el dictado del decreto 1089/2012 se reglamenta la ley de derechos del paciente, con lo cual se completan y sistematizan los contenidos previstos en la ley 26.529, para todos los partícipes en la relación vincular: sea paciente, hospital, empresa de medicina prepaga, y en general cualquier prestador del ámbito de la salud.

En el artículo 1° del decreto 1089/2012 y en cuanto al ámbito de aplicación, coloca al paciente como sujeto de cuidado sanitario en la relación que este establece con los profesionales de la salud, y asimismo incluye a toda la documentación clínica regida por la ley 26.529.

Su alcance lo extiende, a los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, comprendidos por la ley 23.661, respecto a la relación entre ellos y sus prestadores propios o contratados con sus beneficiarios, cualquiera sea la jurisdicción del país en que desarrollen su actividad, manteniendo en este punto plena fidelidad a la contemplado en la ley de derechos del paciente.

Consecuentemente con el orden articulado, y a diferencia de lo previsto en la ley 26.529, el decreto, conceptualiza la figura del efector (no prevista en la ley), y dice que debe entenderse como tal *“a toda persona física o jurídica que brinde prestaciones vinculadas a la salud con fines de promoción, prevención, atención y rehabilitación”*.

Manteniendo el espíritu y la coherencia, el decreto a continuación amplía los contenidos de los derechos enunciados en el art. 2°, a la asistencia, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria, e interconsulta médica, derechos todos inicialmente previstos en la ley de derechos del paciente.

Este conjunto de derechos, también están previstos en la ley 153/1999, Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 4° que a lo largo de quince incisos enumera los derechos de las personas en su relación con el sistema de salud y con los servicios de atención.

Pero la primera materialización de la idea sobre algunos derechos de los pacientes, tuvo lugar en los Estados Unidos, y apareció vinculada a las grandes instituciones hospitalarias como a aquellos movimientos que pedían una mayor participación ciudadana. Así también el hecho de que de la colaboración entre una organización de hospitales y la más importante organización de consumidores americanos, surgiera en el año 1970, el primer esbozo de una declaración de los derechos de los pacientes. Tres años después en 1973, y como resultado de esos trabajos previos, la Asociación Americana de Hospitales aprobó la primera carta de derecho de los pacientes, que luego fue recomendada por el gobierno a todos los hospitales del país, y su texto sirvió como modelo para la promulgación de una legislación federal sobre la materia, la Ley de Autodeterminación de los pacientes de 1990.<sup>616</sup>

En consonancia a lo expuesto, la Asociación Americana de Hospitales, aprueba la Declaración de los Derechos de los Pacientes que con certero criterio enuncia los derechos de los asistidos en oportunidad de recibir atención en dichos centros de salud, a los cuales con el mismo sentido, se

<sup>615</sup> Ley 26.742 art. 1° \_ Modifícase el inciso e) del art. 2° de la ley 26.529 \_ Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud\_ el que quedará redactado de la siguiente manera: e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 o a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud. En el marco de esta potestad el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos de reanimación artificial, o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

<sup>616</sup> BAIGES MÉNDEZ Victor – SILVEIRA GORSKI Claudio “El reconocimiento de los derechos de los pacientes” en *Bioética y Derecho*. T. I. Ed. Editorial UOC Barcelona 2007 - 65/66

alinearon los declarados en el decreto 1089/2012, reglamentario de la ley 26.529, de Derechos del paciente.

### 1) Derecho a la asistencia.

En cuanto al primero de los derechos, *el de asistencia*, el decreto es contundente, por cuanto incluye en él al deber de los profesionales de la salud de cumplir con lo previsto por el art. 19° de la ley 17.132, de ejercicio de la medicina, cuando la gravedad del estado del paciente así lo imponga. Y agrega, que ningún profesional podrá ofrecer resistencia a otorgarla, invocando reglamentos administrativos, órdenes superiores, de forma tal que desvirtúe la función social que lo caracteriza.<sup>617</sup>

En este sentido, el derecho a la asistencia que receipta el mencionado decreto, es el correlato de lo que prevé el art. 46° y sigtes del Libro II, del Ejercicio Profesional, capítulo 4, de los derechos y deberes del equipo de salud, del Código de Ética para el Equipo de Salud año 2001, de la Asociación Médica Argentina, que proclama a la medicina como una ciencia y profesión al servicio de la salud.<sup>618</sup>

Ejemplos claros de quien brinda asistencia, son entre otros establecimientos, hospitales.

Garay define al hospital, y dice *“que es aquella institución con una plantilla médica y de enfermería organizada, y con instalaciones permanentes, que ofrece gran variedad de servicios médicos, incluyendo cirugía, para quienes requieran un tratamiento u observación más intensa. Incluye instalaciones para atender al recién nacido y lactantes, así como diversas consultas ambulatorias”*.<sup>619</sup>

En este contexto y en cuanto a las funciones del hospital desde un enfoque sistémico, los hospitales forman parte de una red de servicios de atención de la salud, asociados geográficamente, ya sea por una organización planificada o como consecuencia de un ordenamiento espontáneo de los factores asistenciales existentes.

Ellos son:

**a. Atención médica continuada:** concentra gran cantidad de recursos de diagnósticos y tratamientos en el menor tiempo posible para reintegrar rápidamente el paciente a su medio.

**b. Atención médica integrada:** constituye una estación intermedia dentro de una red de servicios de complejidad creciente.

**c. Atención médica integral:** dado que el establecimiento a una red garantiza la disponibilidad de todos los recursos para resolver cada caso.

**d. Área programática:** el establecimiento tiene un área geográfica y una población pre-determinada, a la que brinda sus servicios y sobre la cual deben evaluarse los resultados de sus acciones.

<sup>617</sup> Decreto 1089/2012, art. 2° a) asistencia. *“Considérase que el derecho de los pacientes a ser asistidos involucra el deber de los profesionales de la salud de cumplir con lo previsto por el artículo 19 de la Ley N° 17.132, cuando la gravedad del paciente así lo imponga. En ningún caso, el profesional de la salud podrá invocar para negar su asistencia profesional, reglamentos administrativos institucionales, órdenes superiores, ó cualquier otra cuestión que desvirtúe la función social que lo caracteriza. Deber quedar documentada en la historia clínica la mención del nuevo profesional tratante si mediara derivación, o bien, la decisión del paciente de requerir los servicios de otro profesional. Sin perjuicio de ello, cuando se trate de pacientes menores de edad, siempre se considerará primordial el interés superior del niño en el pleno goce de derechos y garantías consagrados en la Convención Sobre los Derechos del Niño y reconocidos en las leyes N° 23.849 ,N° 26.061 y N° 26.529.*

<sup>618</sup> Código de Ética para el Equipo de Salud, Libro II, del ejercicio profesional, capítulo 4, de los derechos y deberes del equipo de salud, art. 46°: *“la medicina es una ciencia y profesión al servicio de la salud del ser humano y de la comunidad. Debe ser ejercida sin discriminación de ninguna naturaleza”*

<sup>619</sup> GARAY Oscar, *Derechos Fundamentales de los Pacientes*, T. I, Ed. Ad Hoc Villela Editor Buenos Aires 2003 - 433



**e. Efecto de los problemas de salud:** el establecimiento también actúa ejecutando programas preventivos y de promoción de salud, impulsados por la autoridad sanitaria.<sup>620</sup>

Es decir, el paciente cuando concurre con una dolencia a un centro médico (hospital público o sanatorio privado) debe ser atendido. Si la situación se genera en el ámbito del hospital público, el paciente no solo debe ser atendido sino que además el estado (nacional, provincial, o municipal) se constituye en custodio de aquél<sup>621</sup>

## 2) Trato Digno y respetuoso.

El decreto 1089/2012 continua, y dice, que también los pacientes tendrán derecho a un trato digno y respetuoso, para lo cual lo hace extensivo a todos los niveles de atención, respecto del propio paciente, de su familia, y acompañantes sin ejercer ningún tipo de discriminación por parte de los prestadores de salud y agentes del Sistema Nacional de Seguro de Salud, alcanzados por la ley 23.661 y su reglamentación.<sup>622</sup>

## 3) Derecho a la intimidad.

En el inciso c) el decreto reafirma la importancia y el deber de los profesionales de la salud y las instituciones de salud, en cuanto a respetar la intimidad de los pacientes y la autonomía de la voluntad en toda la actividad médico asistencial, respecto de todos aquellos datos que se revelen como sensibles. Ello con los alcances comprendidos por la ley 25.326 de datos personales.<sup>623</sup>

## 4) Derecho a la confidencialidad:

El decreto avanza en la reglamentación, y en el inciso d) habla específicamente acerca del derecho a la confidencialidad. En este punto, la ley 26.529 proclama *“el derecho de todo paciente a participar en la elaboración o manipulación de documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente...”*<sup>624</sup>

<sup>620</sup> GARAY Oscar, *Derechos Fundamentales de los Pacientes*, T. I, Ed. Ad Hoc Villela Editor Buenos Aires 2003 - 434

<sup>621</sup> LOVECE Graciela “El derecho a la atención médico – asistencial” y “Hospital Público” en GHERSI – WEINGARTEN. Directores. *Responsabilidad de los Médicos Derecho Médico 4*. Ed. Nova Tesis Editorial Jurídica Rosario Santa Fe 2000 - 47

<sup>622</sup> Decreto 1089/2012, art. 2° b) “El deber de trato digno y respetuoso se extiende a todos los niveles de atención, comprendiendo también el que deben dispensarles a los pacientes, y su familia y acompañantes, sin discriminación alguna, los prestadores, instituciones de salud y sus empleados y los agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, alcanzados por la Ley N° 23.661 y su reglamentación. Ello teniendo en cuenta la condición de persona humana del paciente, quien necesita de los servicios de salud, así como de la ciencia y competencia profesional que lo caracteriza”.

<sup>623</sup> Decreto 1089/2012, art. 2°, c) “A los fines de esta reglamentación entiéndase por datos personales a la información de cualquier tipo referida a los pacientes, en su condición de tales, y en especial a sus datos sensibles, entendidos como los datos personales que revelan origen étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual con los alcances de la Ley N° 25.326. Considérase un deber de los profesionales de la salud y de las instituciones asistenciales el respeto de la intimidad de los pacientes y de la autonomía de su voluntad, en toda actividad médico – asistencial, tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar, y transmitir información y documentación clínica del paciente y en especial respecto de sus datos sensibles”

<sup>624</sup> Decreto 1089/2012, art. 2°, d): “El paciente tiene derecho a que todo aquello que llegare a su conocimiento de los profesionales de la salud o sus colaboradores con motivo o en razón de su ejercicio, y de quienes manipulen su documentación clínica, no se de a conocer sin su expresa autorización, salvo los casos que la ley que se reglamenta u otras leyes así lo determinen, ó que medie disposición judicial en contrario ó cuando se trate de evitar un mal mayor con motivo de salud pública. Todos estos supuestos en los que proceda revelar el contenido de los datos confidenciales, deberán ser debidamente registrados en la historia clínica y, cuando corresponda, ser puestos en conocimiento del paciente, sino mediere disposición judicial en contrario. El deber de confidencialidad es extensivo a toda persona que acceda a la historia clínica, incluso a quienes actúan como aseguradores ó financiadores de las prestaciones. Responde por la confidencialidad no lo el profesional tratante sino la máxima autoridad del establecimiento asistencial, y de las instituciones de la seguridad social ó cualquier otra instancia pública ó privada que accede a la misma”.



El decreto 1089/2012, va más allá y amplía esta declaración, cuando establece que en todos estos casos en los que se proceda revelar datos confidenciales, deberán ser debidamente registrados en la historia clínica, y cuando corresponda, en conocimiento del paciente sino mediare disposición judicial en contrario.

Hasta aquí es posible advertir, que el decreto habla en forma generalizada de “documentación clínica”, de tal manera que siguiendo el razonamiento propuesto por Gherzi, también se incluyen registros de guardia, quirófano, laboratorio, etc., estudios, informes de prestadores o subprestadores<sup>625</sup>

Como bien continúa señalándolo Gherzi, el decreto clasifica dos campos bien diferenciados: por un lado el de la autonomía de la voluntad del paciente (cuando dice “no se dé a conocer sin su expresa autorización”), y el otro campo que su vez se subclasifica, en administrativa (cuando se trate de evitar un mal mayor con motivo de salud pública) y la judicial (que medie disposición judicial).<sup>626</sup>

El decreto en esta línea, indica que en los casos en que se proceda a revelar el contenido de los datos confidenciales, ellos deberán ser registrados en la historia clínica y cuando corresponda, ser puestos en conocimiento del paciente, sino mediare disposición judicial en contrario. Por lo cual ello también indicaría que se estaría frente a una acabada prueba de pasible utilización en cualquier etapa de instrucción o investigación.

Por otra parte merece mención especial, el hecho, que el propio decreto no agota la operatividad del deber de confidencialidad en el paciente que accede a la información contenida en la documentación clínica, sino que también lo hace extensivo a los integrantes de la cadena de atención, -mediata e inmediata-, esto es, profesional tratante, autoridad máxima del establecimiento asistencial, y de las instituciones de la seguridad social cualquier otra autoridad pública o privada de la salud.

Gherzi sobre el particular dice, que se sigue el criterio del art. 40 de la Ley del Consumidor – Ley 24.240, donde intervienen todos los actores de la prestación de salud, por lo cual es una responsabilidad objetiva y solidaria, además de ser aplicable a establecimientos públicos como privados<sup>627</sup>.

Continúa Gherzi su exposición, pero ya a la luz de lo expresamente contemplado en la ley de medicina prepaga –ley 26.682, art. 5°, el cual prevé la confección de un registro de pacientes. En este punto, el doctrinario entiende que tal como está legislado, es netamente inconstitucional, porque viola el derecho a la intimidad y confidencialidad del paciente, con la salvedad de que tal como lo contempla ahora la reglamentación, se realice de forma codificada y anónima a los solos fines investigativos.<sup>628</sup>

Sin embargo, el mismo decreto reglamentario establece excepciones a esta regla de confidencialidad:

1) en aquellos casos a criterio del profesional se hallare en peligro la salud pública. Como ejemplo cita Gherzi, cuando se puede expandir una enfermedad devenida de un pasajero residente en el exterior.

2) cuando sea necesario acceder a la información para la realización de auditorías médicas, o para la labor de los financiadores de salud, siempre y cuando se resguarden los datos del paciente que se encuentran protegidos por el secreto médico.

Conforme los contenidos sindicados, para el caso que cualquiera de los sujetos signados en el inciso d), violara el deber de confidencialidad, será objetivamente responsable.

<sup>625</sup> GHERZI CARLOS – WEINGARTEN CELIA. Directores. “Historia Clínica”. Derecho Médico, T. II en GHERZI Carlos “Nueva reglamentación del derecho del paciente” en LA LEY Suplemento del 2012/07/31 No está en tomo.

<sup>626</sup> GHERZI CARLOS “Nueva reglamentación del derecho del paciente” en LA LEY Suplemento del 2012/07/31 No está en tomo.

<sup>627</sup> GHERZI CARLOS “Nueva reglamentación del derecho del paciente” en LA LEY Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

<sup>628</sup> GHERZI CARLOS “Nueva reglamentación del derecho del paciente” en LA LEY Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

## 5) Autonomía de la voluntad:

Si bien se manifiesta como uno más dentro del conjunto de derechos de los pacientes, es núcleo y eje en la relación médico – paciente.

Relación que se ha convertido en horizontal, en la que si bien los conocimientos técnicos - científicos del médico, son importante a la hora de toma de decisiones, más lo es desde la óptica del propio paciente, el cual, en ejercicio de su libertad personal, toma decisiones respecto a los cuidados médicos que se le proponen, terapias alternativas de tratamiento y que no le pueden ser aplicados sino se cuenta previamente con su consentimiento.

Es posible advertir en primer término, que para que el paciente pueda hacer uso de esa libertad debe contar con la información debida y suficiente.

El decreto 1089/2012 no ha sido la excepción, al concebir en términos cuasi similares estas ideas centrales.<sup>629</sup>

Ahora bien, tal como lo expresa el mismo decreto a lo largo de la enunciación de los derechos del paciente, toda información que se proporcione al asistido, como también aquella que consista en una negatoria del paciente a recibir terapéutica alguna, o bien, directamente a no recibir información, se deberá documentar en la historia clínica sin excepción. Asimismo, mantiene en términos generales, la voluntad de los niños, niñas, y adolescentes como expresión a tener en cuenta, acerca de terapias y/o procedimientos que involucren su salud, según su competencia y discernimiento. Y aún va más allá, cuando prevé la intervención del Comité de Ética del ente asistencial cuando se esté frente a un conflicto con cualquiera de ellos y/o sus representantes legales.<sup>630</sup>

Sin perjuicio de ello, en ejercicio del derecho a la información del paciente y la correlativa obligación de los profesionales y establecimientos a otorgarla, la instrumentación y registración de la decisión del paciente, otorga a la relación médico / paciente/ establecimiento, seguridad jurídica.<sup>631</sup>

En el ámbito del sector privado, en las empresas de medicina prepagas la autonomía de la voluntad también se encuentra inserta. Pero en la relación contractual que se establece entre los cocontratantes, se revela una relación de desigualdad que convoca a la aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor.

Dicha desigualdad se refleja a través de la relación que se establece por medio de la adhesión a condiciones predispuestas de contratación en la que una de las partes aspira a un derecho fundamental –el potencial paciente-, y la empresa, portadora de la capacidad de satisfacer la necesidad de aquél, que persigue lícitamente un fin de lucro. El carácter de contrato predispuesto determina que se haga necesario conciliar en esa relación contractual los dos principios centrales: el principio de la autonomía de la voluntad y el de buena fe.<sup>632</sup>

<sup>629</sup> Decreto 1089/2012 art. 2° e): “el paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos ó biológicos que se le propongan en relación a su persona, para lo cual tiene derecho a tener la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión, a entenderla claramente e incluso a negarse a participar en la enseñanza e investigación científica en el arte de curar. En uno y otro, caso puede revocar y dejar sin efecto su manifestación de voluntad. En todos los casos, deberá registrarse en la historia clínica la decisión del paciente y su eventual revocación.....”

<sup>630</sup> Decreto 1089/2012 art. 2° e) “...los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas, y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con él o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial ó de otra institución si fuera necesario para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la ley N° 26.061....”

<sup>631</sup> GHERSI CARLOS “Nueva reglamentación del derecho del paciente” en LA LEY Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

<sup>632</sup> PARELLADA Carlos “El nuevo marco regulatorio de la medicina prepaga” en El sistema de salud en la Argentina en “Revista de derechos de daños” Directores LORENZETTI Ricardo y MOSSET ITURRASPE Jorge Volumen III Rubinzal – Culzoni Editores Buenos Aires 2011 - 219

Respecto de la buena fe, el Proyecto de Código Unificado, prevé y establece en el artículo 9° “que los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Más adelante en el artículo 961°, lo extiende a los contratos, y dice “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe...”

Teniendo en cuentas estos principios, Parellada amplía acerca de la cuestión, y refiere que las pautas de conciliación fueron oportunamente fijadas por la doctrina argentina en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que en virtud de ambos principios establecieron:

1) Debe adoptarse una interpretación tendiente a implantar el carácter justo de los contratos y la garantía de equidad de las obligaciones contractuales.

2) En los contratos paritarios o discrecionales rige la plena autonomía privada.

3) En los contratos de adhesión a cláusulas generales, predisuestas o en los contratos de consumo, la autonomía privada está sometida además, al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio.<sup>633</sup>

Efectuadas las observaciones del caso, y continuando con lo normado por el Decreto reglamentario, vale destacar la última parte del inciso, que con gran precisión establece: “el paciente podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2°, inciso e), tercer párrafo de la Ley 26.529, modificada por ley 26.742<sup>634</sup>, cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones que lo coloque en igual situación. En caso de discrepancia en las decisiones, podrá recurrir a un comité de bioética. del diagnóstico, incluyendo los parámetros físicos – psíquicos del paciente que lo sustenten, como del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad, deberá quedar constancia explícita en la historia clínica, con la firma del médico tratante, del segundo profesional si correspondiere, y del paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, del familiar o representante o persona habilitada”

Se puede apreciar una vez más, que el decreto refuerza la idea de registración y constancia en la historia clínica de todas aquellas decisiones que sean adoptadas en el proceso de atención por cualquiera de las partes involucradas.

## 6) Información Sanitaria:

Efectuando una síntesis del contenido inserto en el inciso f) del artículo 2°, se infiere, que una vez más el decreto revalida el derecho a la información, colocando como eje central al paciente, ya sea para nutrirlo de toda la información respecto de su estado de salud, como para que sea él quien autorice a poner en la órbita de conocimiento del representante legal y/o familiares, todo lo relativo al tratamiento o terapéutica a seguir. Incluso, que la información sea acorde al nivel cultural y de comprensión del paciente, y prevé para aquellos casos en que el paciente adolezca de capacidad –sea por su estado físico o psíquico- de colocar en cabeza del representante legal o de familiares la información pertinente.

<sup>633</sup> PARELLADA Carlos “El nuevo marco regulatorio de la medicina prepaga” en El sistema de salud en la Argentina, en “*Revista de derechos de daños*”, Directores LORENZETTI Ricardo y MOSSET ITURRASPE Jorge Volumen III Ed. Rubinzal – Culzoni Buenos Aires 2011 - 220

<sup>634</sup> Ley 26742, art. 1° “Módificase el inciso e) del artículo 2° de la Ley 26529 – Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, el que quedará redactado de la siguiente manera: e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias ó procedimientos médicos ó biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias ó procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida ó salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable ó se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias ó desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, ó produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal, irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

Así también, contra la voluntad del propio paciente, el profesional tratante, y bajo su exclusiva responsabilidad, deberá informar a aquél sobre su salud, cuando ello signifique un riesgo para la integridad física o la vida de otras personas por causa de salud pública. Ello no obsta, a que dicha circunstancia deba asentarse y/o registrarla en la historia clínica.

En sintonía con lo expuesto, y para el caso que sea el asistido mayor de edad quien no quiera recibir información relacionada a su salud, tratamiento o terapéutica, deberá dejar asentada dicha manifestación de voluntad en la historia clínica, indicando quién o quienes están autorizados a recibirla y a adoptar decisiones relativas a tales extremos<sup>635</sup>.

## 7) Interconsulta Médica:

Es la obligación de colaboración que le cabe al profesional a cargo de la atención sanitaria, a prestar colaboración para el caso en que el paciente requiera la obtención de una segunda opinión. Tanto el momento en que se efectúa el pedido como la entrega del pedido de la información sanitaria deberán quedar registrados en la historia clínica en el mismo momento en que son realizados. Asimismo, la entrega de dicha información debe realizarse por escrito.

No obstante, el decreto efectúa una aclaratoria, y es que solo las personas enumeradas en los art. 4° y 6° de la ley 26.529 modificada por ley 26.742 pueden solicitar tal interconsulta cuando el paciente no fuera competente, circunstancia que también deberá quedar registrada en la historia clínica, incluyendo los datos del solicitante.

Contrariamente a lo vertido ut – supra, el profesional tratante puede ser también el que le proponga al paciente una interconsulta, cuando el proceso de atención así lo amerite, sea porque los resultados no hayan sido satisfactorio, por la imposibilidad de arribar a un diagnóstico de certeza, etc.<sup>636</sup>

En este espectro de cambios que se suscitan en el paciente, conforme las circunstancias y el orden de decisiones que debe adoptar, es precisamente cuando está frente a un requerimiento realizado al profesional de la salud, cuando este último se convierte en guardador o guardián del paciente, independientemente de todas las responsabilidades que le caben al establecimiento asistencial.<sup>637</sup>

<sup>635</sup> Decreto 1089/2012, art. 2° f): “El profesional de la salud deberá proveer de la información sanitaria al paciente, ó representante legal, referidas a estudios y/o tratamientos, y a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo autorice o solicite expresamente. El paciente debe ser informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a su modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia. En estos supuestos, el profesional debe cumplir también con informar al representante legal del paciente. Cuando el paciente, según el criterio del profesional de la salud que lo asiste, carece de capacidad para entender la información por su estado físico ó psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares ó de hecho. Aún en contra de la voluntad del paciente, el profesional de la salud, deberá \_bajo su responsabilidad como tratante\_, poner en conocimiento de aquél la información sobre su salud, cuando esté en riesgo su integridad física ó la vida de otras personas por causas de salud pública. Deberá dejarse registrada esta circunstancia en la historia clínica del paciente y las razones que lo justifican. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, el paciente mayor de edad y capaz, cuando así lo decida, deberá dejar asentada su voluntad de ejercer su derecho de no recibir información sanitaria vinculada a su salud, estudios ó tratamientos, mediante una declaración de voluntad efectuada por escrito, que deberá que deberá quedar asentada en su historia clínica. Ante la circunstancia descripta, deberá indicar la persona ó personas que autoriza a disponer de dicha información y a decidir sobre su tratamiento ó, en su caso, señalar su autorización para que las decisiones pertinentes sean tomadas por él ó los profesionales tratantes, con los alcances y del modo previsto en los art. 4° y 6° de la ley 26529, modificada por ley 26742 esta reglamentación. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, cuando el profesional actuante entienda que por razones objetivas el conocimiento de la situación de la salud del paciente puede perjudicar su salud de manera grave. En ese caso, deberá dejar asentado en su historia clínica esa situación y comunicarla a las personas vinculadas al paciente por razones familiares ó de hecho, según lo previsto en los art. 4° y 6° de la ley 26529, modificada por ley 26742 y esta reglamentación. Estas situaciones deben ser valoradas por los profesionales de la salud de modo restrictivo y excepcional, consultando al Comité de Ética.”

<sup>636</sup> Decreto 1089/2012, art. 2° g): “El profesional tratante deberá prestar su colaboración cuando el paciente le informe su intención de obtener una segunda opinión, considerando la salud del paciente por sobre cualquier condición. El pedido del paciente y la entrega de la información sanitaria para esa interconsulta profesional deberán ser registrados en su historia clínica en el momento en que son realizados. La entrega completa de la información sanitaria debe efectuarse por escrito y también debe ser registrada en los plazos previstos por esta reglamentación en la historia clínica respectiva. Las personas enumeradas en los art. 4° y 6° de la ley 26529, modificada por la ley 26742 pueden solicitar dicha interconsulta solo cuando el paciente no fuera competente, en cuyo caso debe asentarse también en la historia clínica tal circunstancia, con los datos del solicitante. La interconsulta también puede ser propuesta al paciente por el profesional tratante ante dificultades para arribar a un diagnóstico, resultados insatisfactorios del tratamiento instituido, otros aspectos legales, administrativos, o de otra naturaleza que resulten de interés del paciente.”

<sup>637</sup> GHERSI CARLOS “Nueva reglamentación del derecho del paciente” en LA LEY, Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

Tal como lo plantea Ghersi, cuando el profesional tratante, transfiere la guarda del paciente ya sea por una derivación a otro profesional o a otro centro de salud, bien es porque él mismo decide finiquitar la atención con dicho profesional, por lo cual tal circunstancia debe registrarse en la historia clínica, -o bien-, porque cesa la custodia de dicho profesional sobre el referido paciente y así está normado en el art. 2° inc. a). Agrega, que aun así, este cambio que el paciente decide llevar adelante, debe estar suscripto por el propio asistido o en su defecto por los familiares y el profesional tratante a los fines de la prueba de tal circunstancia. Ello, si se tiene en cuenta la regulación que el Proyecto de Código Unificado pretende efectuar en el art. 287 y concordantes, calificando al mencionado instrumento como un documento privado o público, de acuerdo a la naturaleza de aquellos que lo suscriban (sujetos y/o establecimientos)<sup>638</sup>

## 8) Consentimiento Informado:

En el Capítulo III, art. 5°, el decreto realiza una exposición detallada de los alcances y contenidos del consentimiento informado.

En este sentido se hará una breve reseña de las cuestiones más relevantes contempladas en el decreto 1089/2012.

En primer lugar efectúa una exhaustiva explicación, en cuanto a que debe entenderse por consentimiento informado. Sobre el particular dice, que es el proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad a la que hace referencia el art. 5° de la ley 26.529, modificada por ley 26.742, y a través de la cual, luego de haberse evaluado la autonomía, competencia y comprensión de la información suministrada, sea respecto del diagnóstico, de la terapéutica, quirúrgica, o investigación científica o paliativo, el paciente o aquellos legalmente autorizados para hacerlo, otorgan el respectivo consentimiento para llevar adelante la ejecución o no del procedimiento.

Incluso el decreto amplía los extremos, y hace referencia al consentimiento por representación, para aquellos caso en que paciente no sea capaz de adoptar decisiones según el criterio del profesional tratante, o bien por su estado físico o psíquico que le impide hacerse cargo de su situación, y no hay persona alguna para hacerlo. En cuyo caso la información respecto al tratamiento aplicable a su malestar se hará conforme el orden de prelación enunciado ut – supra.

Del mismo modo y bajo la misma modalidad, contempla que el consentimiento operará respecto de aquellos pacientes incapacitados y menores de edad, cuya capacidad intelectual o emocional nos les permite comprender el alcance de la práctica que se ha de autorizar.

En esta línea, para que el consentimiento informado por representación pueda operar, -respecto de las personas vinculadas a él y en el mismo grado de prelación-, la sola oposición de una de ellas requerirá la intervención del Comité de Ética institucional, Junta de expertos que decidirá, si ha de dar intervención judicial, para el caso de que existieran dificultades para desentrañar la situación que resultare más favorable para el asistido.

<sup>638</sup> Proyecto de Código Único, art. 287. Instrumentos particulares y privados, en GHERSI CARLOS “Nueva reglamentación del derecho del paciente” en LA LEY, 2012-C .....: “Son instrumentos privados, sino están firmados, los impresos, los registros visuales ó auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y la información, y en general todo escrito no firmado. Son instrumentos privados los instrumentos particulares firmados”. Art. 288. Firma.: “La firma prueba la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante ó en un signo. En los instrumentos firmados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento” Art. 289. Enunciación.: “Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias; b) los instrumentos que extienden los escribanos ó funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes”;...Art. 292. Presupuestos.:”Es presupuesto para la validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión ó cesación de sus funciones hechos conforme a la ley ó reglamento que regule la función de que se trate. La falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta al acto ni al instrumento dentro de los límites de la buena fe”. Art. 293. Competencia.:”Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fé y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado”.



Con el mismo rigor, en el art. 6°, establece la obligatoriedad de solicitar el consentimiento informado en todos los establecimientos públicos y privados. Y en el artículo siguiente, (art. 7°), su instrumentación.

Sobre este punto, particulariza que la regla general es por escrito, en los casos contemplados en el art. 7° de la ley 26.529 (“el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley, revocación”).

Sin embargo establece: que cuando sea por escrito, deberá contener una explicación taxativa por parte del profesional tratante de las prácticas que se le han de llevar adelante al paciente, pero hace una salvedad, y es que debe efectuarla en forma, concreta, clara y precisa, y en los términos en que el propio paciente, o personas por él habilitadas puedan comprender.

Con el mismo grado de determinación, lo hace respecto del consentimiento otorgado en forma verbal, y dice que en ese caso deberá asentarse en la historia clínica la fecha, y el alcance de cómo y sobre qué práctica se efectivizó.

A efectos de brindarle mayor seguridad jurídica a los intervinientes en el acto médico (profesional de la salud y paciente), cuando el consentimiento informado sea por escrito además de firmarlo el paciente y las personas indicadas en los arts. 4° y 6° de la ley 26.529, modificada por ley 26.742 y esta reglamentación, deberá ser suscrito además por el profesional tratante y agregarse a la historia clínica.

Para el caso que se llevara a cabo la revocación del consentimiento informado escrito, tal acto de revocación deberá efectuarse en el mismo texto por el cual se otorgó, con expresa mención de las consecuencias que el paciente declara conocer, y con firma del propio asistido e intervención del profesional tratante.

En los casos de revocación del consentimiento informado en forma verbal, la revocación será por escrito, deberá plasmarse en la historia clínica, con fecha de revocación, alcance y detalles de los riesgos que le fueron informados al paciente y con firma de ambos involucrados, -profesional y paciente-.

En el supuesto de incapacidad del paciente, el profesional tratante deberá requerir la firma de 2 (dos) testigos<sup>639</sup>.

<sup>639</sup> Decreto 2012/2012, art. 5°.- Definición. Entiéndase como parte del consentimiento informado al proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad a la que refiere el art. 5° de la ley 26529 modificada por ley 26742, a través de la cual luego de haberse considerado la circunstancia de la autonomía, evaluada la competencia y comprensión de la información suministrada referida al plan de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico ó investigación científica ó paliativo, el paciente ó los autorizados legalmente otorgan su consentimiento para la ejecución ó no del procedimiento. Habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, ó cuando su estado físico ó psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para hacerlo; en cuyo supuesto, la información pertinente al tratamiento aplicable a su dolencia y sus resultados se darán según el orden de prelación referido anteriormente para tales fines. También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente ó menores de edad que no son capaces intelectual ó emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Parta este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento. Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas dentro de un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de estas requerirá la intervención del Comité de Ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si responde dar lugar a la intervención judicial, solo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente. El vínculo familiar ó de hecho será acreditado; a la falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente por el plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, debiendo acompañarse la documentación acreditante. Las certificaciones podrán ser efectuadas por ante el director del establecimiento ó quien lo reemplace ó quién aquél designe. Artículo 6°. Obligatoriedad. La obligatoriedad del consentimiento informado resulta exigible en todos los establecimientos de salud públicos y privados alcanzados por la ley 26529 modificada por ley 27742, este decreto y sus normas complementarias. Artículo 7°. Instrumentación. Entiéndase que el consentimiento informado se materializa obligatoriamente por escrito en los casos contemplados en el art. 7° de la ley 26529 modificada por ley 26742. El consentimiento informado escrito constará de una explicación taxativa y pautada por parte del profesional del ámbito médico – sanitario de las actividades que se realizarán al paciente y estará redactado en forma concreta, clara y precisa, con términos que el paciente,///



Gherzi entiende que con buen criterio, tanto las urgencias como las emergencias, -previstas como excepciones al consentimiento informado-, sean también registradas en la historia clínica, en un todo de acuerdo a lo contemplado en el art. 8 del decreto reglamentario.<sup>640</sup>

Aun así, el propio Decreto contempla en el art. 9°, que tales excepciones deben ser entendidas con carácter restrictivo, y registradas en la historia clínica del paciente, con el detalle por los cuales el mismo no puede ser objeto de obtención. En tanto los establecimientos de salud, deben arbitrar todos aquellos recaudos, para que los profesionales sean entrenados y capacitados para determinar, cuando se presentan esas situaciones, y dar cumplimiento a la ley y a la reglamentación.

Sostiene Gherzi, -que al establecerse esta obligación-, el establecimiento asistencial frente al incumplimiento del profesional, será responsable objetivamente (art. 1113 primera parte y art. 40° de la Ley de Defensa del Consumidor -Ley 24.240, modificada por ley 26.361-, sin perjuicio de la posibilidad de repetición probando que se lo entrenó al profesional y que este no operó con el cumplimiento de la obligación frente al paciente. En virtud de ello, es que entiende se trataría de un supuesto de culpa grave del profesional.<sup>641</sup>

En consonancia a la rigurosidad jurídica mantenida a lo largo del decreto 1089/2012, el legislador ha previsto los casos en los que la decisión del paciente puede estar sujeta a la revocación.

Es así, que guardando el esquema adoptado, la decisión del paciente, de sus familiares o personas por él habilitadas, deberá ser plasmada en la historia clínica por escrito, y bajo la rúbrica de dichos interesados. En tanto el profesional a cargo del tratamiento, deberá registrar en forma detallada los datos que permitan identificar el tratamiento que fue objeto de revocación, los riesgos de no efectuarlo, lugar, fecha, firma del paciente, representante legal, o persona autorizada, adjuntando además el formulario de consentimiento informado correspondiente.

Aun así, y para el caso, que el paciente no pueda extender la revocación del consentimiento por escrito, podrá materializarlo en forma verbal, con la presencia de DOS (2) testigos y la firma de los mismos en la historia clínica. Incluso para aquellos casos de duda, frente a la prevalencia de una autorización o revocación para el caso de haber mediado un consentimiento por representación, se estará por aquél que resulte más beneficioso para el paciente, con intervención del Comité de Ética institucional, y siempre que hayan mediado criterios de razonabilidad no paternalistas. Siempre se le dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente.

---

///ó ante su incapacidad ó imposibilidad, su familiar ó representante ó persona vinculada habilitada, puedan comprender, omitiendo metáforas ó sinónimos que hagan ambiguo el escrito, resulten equívocos ó puedan ser mal interpretados. Cuando el consentimiento informado pueda otorgarse en forma verbal, y fuera extendido de ese modo, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre que práctica operó el mismo. Cuando proceda el consentimiento informado escrito, además de firmarlo el paciente ó, en su caso, las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la ley 26529, modificada por ley 26742, y esta reglamentación, debe ser suscripto por el profesional tratante y agregarse a la Historia Clínica. Esta obligación comprende también el acta prevista en el inciso g) del artículo 5° de la ley 26529 modificada por ley 26742. Considéranse dentro del inciso d) del artículo 7° de la ley 26529, modificada por ley 26742, a la investigación de métodos preventivos y terapéuticos con seres humanos. La revocación del consentimiento informado escrito deberá consignarse en el mismo texto por el cual se otorgó, junto al detalle de consecuencias que el paciente declara expresamente conocer, procediéndose a su nueva rúbrica, con intervención del profesional tratante. Para los casos de una autorización verbal, conforme a la ley, su revocación deberá consignarse por escrito, en la historia clínica, asentando la fecha de su revocación, sus alcances y el detalle de los riesgos que le fueron informados al paciente a causa de la revocación, procediéndose a su rúbrica por el profesional y el paciente. Cualquiera sea el supuesto, si no le fuera posible firmar al paciente, se requerirá documentar esa circunstancia en la historia clínica, para lo cual el profesional deberá requerir la firma de DOS (2) testigos.

<sup>640</sup> Decreto 1089/2012, art. 9°: "...Asimismo deberá ser justificada en la razonabilidad médica por el profesional interviniente y refrendada por el jefe y/o subjefe del equipo médico, la situación de emergencia con grave peligro para la salud ó vida del paciente, que refiere el inciso b) del art. 9°, cuando no puedan dar su consentimiento el paciente, sus representantes legales ó las personas autorizadas por la ley y esta reglamentación. En este supuesto ante la imposibilidad del paciente para poder otorgar su consentimiento informado, será brindado por las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas en el segundo párrafo de los arts. 4° y 6° de la ley conforme se reglamenta en la primera oportunidad posible superada la urgencia..."

<sup>641</sup> GHERSI CARLOS "Nueva reglamentación del derecho del paciente" en LA LEY, Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

Así lo prevé, el art. 10° del Decreto 1089/2012.<sup>642</sup> :

### 9) Historia Clínica:

El art. 12° del Decreto 1089/2012, realiza expresa mención de la historia clínica y establece con categórica claridad, los requisitos que debe poseer y no pueden ni deben faltar.

En ese entendimiento, destaca: que debe estar redactada de puño y letra por el profesional a cargo del tratamiento del paciente. Ello permitiría delimitar la responsabilidad que a cada uno de los galenos involucrados en el acto médico le pueda corresponder, frente a una eventual mala praxis médica. Asimismo agrega, sello identificatorio o aclaración de los datos personales y función desempeñada, más constancia por escrito de cada una de las evoluciones practicadas a lo largo del proceso de atención, sean los indicados, los recibidos, aceptados y/o rechazados, y los datos actuales acerca del estado de salud del paciente.

Con singular particularidad, establece que los establecimientos asistenciales tienen la obligación de archivar la historia clínica, -sea esta en soporte papel plasmada de puño y letra o informatizada- al tiempo de garantizar su conservación, seguridad y eventual recuperación de la información, para lo cual se podría entender que dichos centros asistenciales tienen la guarda y custodia de tales instrumentos clínicos.

De igual modo, insta a la preservación de la confidencialidad de datos, cuando estos sean con fines epidemiológicos o de investigación, a excepción, que haya sido el propio paciente quien por su propio consentimiento o mediando una orden judicial solicite la remisión de los datos, casos en los cuales deberá estarse a los alcances de tales decisorios, sin perjuicio de las previsiones contenidas en el art. 2° inc. d) (deber de confidencialidad).

Similares alcances prevé la normativa, para aquellos casos en que el personal sanitario se arroge funciones de supervisión, auditoría y/o evaluación de la calidad asistencial y/o prestacional, para cuyos casos les resulta exigible cumplir con los deberes de guarda del secreto y confidencialidad.<sup>643</sup>

<sup>642</sup> Decreto 1089/2012, art. 10°: Revocabilidad. La decisión del paciente, "o, en su caso, de sus familiares ó representantes ó personas habilitadas, bajo el mismo orden y modalidades que el previsto en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la ley 26529, modificada por ley 26742 y esta reglamentación, relativas a las cuestiones previstas en el artículo 10°, deberán ser plasmadas en la historia clínica por escrito, con la rúbrica respectiva. El profesional deberá respetar la revocatoria adoptada, dejando expresa constancia de ello en la historia clínica, anotando pormenorizadamente los datos que identifiquen el tratamiento médico revocado, los riesgos previsibles que la misma implica, lugar y fecha, y haciendo constar la firma del paciente ó su representante legal, ó persona autorizada, adjuntando el documento ó formulario de consentimiento informado correspondiente. A tales fines se considerará que si el paciente no puede extender la revocación de un consentimiento por escrito, se documente su revocación verbal, con la presencia de al menos DOS (2) testigos y la rúbrica de los mismos en la historia clínica. Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización ó revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del Comité de Ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación a una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento.

<sup>643</sup> Decreto 1089/2012, art. 12°: De la Historia Clínica. Definición y Alcance. A excepción de los casos de historia clínica informatizada, los asientos de la historia clínica deben ser suscriptos de puño y letra por quien los redacta, para identificar quien responsable de mismo, con el sello respectivo o aclaración de sus datos personales y función, dejando constancia por escrito, de todos los procesos asistenciales indicados y recibidos, aceptados o rechazados, todos los datos actualizados del estado de salud del paciente, para garantizarle una asistencia adecuada. Cada establecimiento asistencial debe archivar las historias clínicas de sus pacientes, y la documentación adjunta, cualquiera sea el soporte en que conste, para garantizar su seguridad, correcta conservación y recuperación de la información. Los profesionales del establecimiento que realizan la asistencia al paciente y participan de su diagnóstico y tratamiento deben tener acceso a su historia clínica, como instrumento fundamental para su adecuada asistencia. A estos fines cada centro debe arbitrar los recaudos para permitir su acceso. Asimismo los establecimientos de salud deben adoptar los recaudos para que los datos con fines epidemiológicos ó de investigación, sean tratados de modo tal que preserven la confidencialidad de los pacientes, a menos que el paciente haya dado su consentimiento y/o que hubiera mediado una orden judicial que solicite la remisión de los datos, en cuyo caso deberá estarse a los alcances de ese decisorio. Ello sin perjuicio de las otras previsiones del art. 2° inc. d). El personal sanitario debidamente acreditado, que ejerza funciones de planificación, acreditación, inspección, y evaluación tiene derecho al acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones para la comprobación de la calidad asistencial ó cualquier otra obligación del establecimiento asistencial, en relación con los pacientes y usuarios y de la propia administración. Dicho personal que accede a estos datos, en ejercicio de sus funciones, queda sujeto al deber de respeto y confidencialidad. Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsable de la gestión y custodia de la documentación asistencial que generen.

En cuanto al período de guarda y conservación de la historia clínica por partes de los entes asistenciales se mantiene el oportunamente previsto en la ley 26.529, es decir por un plazo de 10 años.

### 10) Historia Clínica Informatizada:

Dice el art. 13° del decreto 1089/2012, que la historia clínica informatizada debe ajustarse a lo expresamente contemplado en la ley 25.506, sus complementarias y modificatorias.

Otorga también la misma entidad, a toda documentación respaldatoria que es a la que alude el art. 16° de la ley 26.529, modificada por ley 26.742, y que no pueda ser objeto de informatización, esto es: consentimiento informado, hojas de indicaciones médicas, planillas de enfermería, protocolos quirúrgicos, prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado, con constancia de firma, fecha y sello del profesional actuante.

La historia clínica informatizada, carece de valor probatorio en sí misma, ya que no posee medidas de inviolabilidad, sin embargo puede ser útil para adicionar a la historia clínica de puño y letra en cuanto coincidan en el contenido para una mejor lectura<sup>644</sup>. En cambio la historia clínica informatizada, encriptado y con firma digital certificada, presenta todas las seguridades de inviolabilidad.<sup>645</sup>

## TITULO III

### 1. CONTRATO MÉDICO – CARACTERES

Sentadas las bases, de las principales cuestiones y temáticas relacionadas al derecho a la salud, sobre todo, a partir de las reformulaciones legislativas como lo es el de la reglamentación de derechos de los pacientes y el Proyecto de Código Único (que más adelante será objeto de tratamiento), el contrato médico es otra de las cuestiones que merece su caracterización.

La mayoría de la doctrina es coincidente en sostener, que el contrato médico es:

- a. Intuito personae, porque es un acto de confianza para ambas partes intervinientes, sobre todo porque desde el ángulo del paciente es este quien elige al médico.
- b. De ese carácter intuito personae deriva la rescindibilidad del mismo, a instancia de cualquiera de las partes
- c. Con frecuencia es de tracto sucesivo, sobre todo si tiene por objeto la elaboración del diagnóstico o tratamiento del enfermo.
- d. El contrato es bilateral cuando se pacta una remuneración, al engendrar para los partes obligaciones en situación de reciprocidad desde el momento de su celebración.
- e. Es bilateral, y si es bilateral es oneroso, desde el momento que en este aspecto hay coincidencia entre el sinalagma y la onerosidad. (arts. 966/967, Título II., Capítulo 2, de la Clasificación de los Contratos, del Proyecto del Código Unificado)
- f. Hay 2 obligaciones principales: 1) el facultativo ha de satisfacer una prestación de salud (asistencia médica o intervención quirúrgica); y 2) el enfermo habrá de pagar los honorarios (esta obligación es de resultado).

<sup>644</sup> GHERSI CARLOS "Nueva reglamentación del derecho del paciente" en LA LEY Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

<sup>645</sup> WEINGARTEN Celia "Historia Clínica informatizada y digitalizada" En "Tratado de Derecho a la Salud" Vol. II., En GHERSI Carlos A. *Nueva reglamentación del derecho del paciente en La Ley*, Buenos Aires Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

g. El negocio médico es civil

h. El contrato es de forma libre o no formal<sup>646</sup>. (art. 969 del Título II, Capítulo 2, de la Clasificación de los Contratos, del Proyecto de Código Unificado)

Ahora bien, si se trata de un contrato con una empresa de medicina prepaga, a través del cual el usuario se integra en el sistema organizado por este tipo de empresa, los caracteres se conjuntan en los siguientes:

a. Es un contrato de consumo<sup>647</sup> de servicios médicos o afines. A pesar de que los servicios son profesionales, están incluidos en la Ley de Protección al Consumidor, cuya raíz se encuentra en el art. 42 de la Constitución Nacional; además de no encuadrar en la excepción prevista por el párrafo segundo del art. 2° de la ley 24.240 (modificado por ley 26.361) que solo excluye su aplicación a los servicios profesionales prestados en forma liberal.

Es un contrato celebrado por adhesión a condiciones generales predisuestas por las empresas<sup>648</sup>.

Sin embargo a partir de la vigencia de la ley 26.682 esas condiciones generales deberán ser aprobadas por la autoridad de aplicación, es decir por el Ministerio de Salud de la Nación.

b. Es un contrato consensual, que se celebra por mero intercambio del consentimiento entre las partes.

c. Es un contrato nominado, a partir de la vigencia de la ley 26.682 y previsto en el art. 970 del Título II, Capítulo 2, de la Clasificación de los Contratos del Proyecto de Código Unificado, cuando establece *“que los contratos son nominados o innominados según que la ley los regule especialmente o no...”*

d. Es un contrato bilateral o sinalagmático. El art. 966 del Proyecto de Código Unificado dice, que un contrato es bilateral cuando *“...las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra ...”*

e. Es un contrato aleatorio, toda vez que no puede determinarse de antemano las obligaciones que surgirán para cada una de las partes, sino que ciertas prestaciones dependerán aleatoriamente de las enfermedades que presente el usuario. El proyecto de Código Unificado prevé en el art. 968, del Título II, Capítulo 2, de la Clasificación de los Contratos la aleatoriedad en los mismos, y dice: *“...que los contratos son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas para cada uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto”*

f. No es un contrato intuitu personae. De modo que las prestaciones a las que se hubiere obligado la empresa pueden ser brindadas a través de sus profesionales dependientes o por los que hubiere contratado al efecto. No obstante se trata de un contrato de confianza, lo que se manifiesta claramente en que la elección de una u otra empresa depende del staff de profesionales que ofrezca para la atención profesional.

<sup>646</sup> VASQUEZ FERREYRA Roberto “La Responsabilidad Civil de los Médicos” en www.sideme.org. En BUERES Alberto *Responsabilidad Civil de los Médicos* T. I Ed. Hammurabi Buenos Aires 1992 154 y sgtes.

<sup>647</sup> La Ley on line CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II 2004/10/04 “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires contra Ciudad de Buenos Aires. En PARELLADA Carlos “El nuevo marco regulatorio de la medicina prepaga” en El sistema de salud en la Argentina. En *“Revista de derechos de daño”*, Directores LORENZETTI Ricardo y MOSSET ITURRASPE Jorge T. III, Ed. Rubinzal – Culzoni Buenos Aires 2011 -232

<sup>648</sup> JA, 1994 – IV – 456 CNCiv., sala C 1995/03/23 “Diez Ruiz Aurelio c/Intercorp SA”. En el fallo se destacó que ese carácter determina que “El alcance de una cláusula de un convenio de medicina prepaga no debe determinarse de forma tal que perjudique a la parte que no lo predispuso, pues se trata de un reglamento general, tipificado y predisuesto por la entidad, siendo razonable inclinarse por los límites de su significado, en beneficio del paciente. R.C. y S., L. L. 2004-141 CNCiv., sala B 2003/05/16 S.E. c/ Totalmédica SA, ha decidido: “En la interpretación de las cláusulas de los contratos de adhesión –en el caso de medicina prepaga- que resulten oscuras, contradictorias, incompletas, ambiguas ó defectuosas, rige el principio *contra proferentem*, es decir contra el predisponente ó contra el autor de las cláusulas uniformes de los módulos ó formularios”. En PARELLADA Carlos “El nuevo marco regulatorio de la medicina prepaga” en El sistema de salud en la Argentina. En *“Revista de derechos de daño”*, Directores LORENZETTI Ricardo y MOSSET ITURRASPE Jorge T. III, Ed. Rubinzal – Culzoni Buenos Aires 2011 - 232

g. Es un contrato de cambio, en el que el usuario precisamente paga una cuota, en el carácter de precio, para tener a su disposición el servicio prometido.

h. Es un contrato de tracto sucesivo y de duración, cuyo equilibrio debe juzgarse a lo largo del tiempo y no con cada prestación a la que se obliga el usuario de la empresa

i. Finalmente, es un contrato que se vincula a una sistema, que funciona siempre y cuando haya captado una abultada masa de adherentes, puesto que justamente su funcionamiento dependerá de que los asociados tantos sanos como enfermos paguen una cuota periódica para ser atendidos por la empresa, cuando presenten dolencias que se encuentren dentro del Plan de cobertura, que por su parte la empresa capitalizará mediante el aporte de los adherentes sanos para la atención de los pacientes enfermos.<sup>649</sup>

Sin perjuicio de ello y del contenido de los contratos que cada uno de los adherentes pueda pactar, hay un piso, respecto del cual la empresa de medicina prepaga no se puede apartar, y es la cobertura de ciertas prestaciones mínimas que conforman el llamado Plan Médico Obligatorio (PMO), ley 24.754, sancionada el 28/11/1996, promulgada el 23/12/1996 y publicada en el Boletín Oficial el 02/01/1997.

Si bien el Plan Médico Obligatorio ha estado en continuo dinamismo y ampliación, ha sido la ley 26.682/2011, quien finalmente ha regulado el régimen de la actividad. A propósito, la ley 26.682, en el Capítulo III – De las Prestaciones, art. 7º, establece la obligación para todos aquellos sujetos comprendidos en el art. 1º de la presente ley, a cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médica asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad previstas en la ley 24.901 y sus modificatorias.

## 2- LA FIGURA DEL CONSUMIDOR: EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO UNIFICADO

En el marco de las modificaciones e innovaciones planteadas en el Proyecto del Código Único, la figura del consumidor no ha quedado indemne. También este instituto, -como sujeto de derechos y obligaciones-, ha sido objeto de embates coloquiales y consecuentes reformulaciones jurídicas.

En este contexto, el análisis efectuado por el Dr. Osvaldo Héctor Bassano (Director del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora – Presidente de ADDUC (Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores), en oportunidad de la ponencia presentada y defendida ante la Comisión Bicameral de Reforma del Código Civil Unificado, el 23 de agosto de 2012, en una particular y especial visión, disertó acerca de las observaciones a distintos artículos que aluden al Derecho del Consumidor y que perjudicarían en el futuro su pleno ejercicio.

Bassano parte del principio que en el articulado se encuentran avances y retrocesos.

### A) AVANCES

Entre esos avances, el presidente de ADDUC celebra la regulación de los contratos de adhesión y su aplicación en protección y defensa de la parte más débil en la relación de consumo.<sup>650</sup>

<sup>649</sup> En PARELLADA Carlos *Los caracteres del contrato de medicina prepaga* en “El nuevo marco regulatorio de la medicina prepaga” en El sistema de salud en la Argentina. En “*Revista de derechos de daño*”, Directores LORENZETTI Ricardo y MOSSET ITURRASPE Jorge T. III, Ed. Rubinzal – Culzoni Buenos Aires 2011 232-233

<sup>650</sup> BASSANO Osvaldo Héctor “El Derecho del Consumidor en el Nuevo Código Civil” en [<http://www.protectora.org.ar/educacion-al-consumidor/adduc-expuso-ante-la-comision-bicameral-de-reforma-del-codigo-civil-unificado-las-observaciones-referidas-al-derecho-del-consumidor/16509/>]



El art. 984 del Proyecto del Código Unificado da una definición de los contratos de adhesión, y dice: “*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*”

Señala Stiglitz, que normativamente no existía una definición del contrato de adhesión, tampoco se hallaba en el Código de Vélez ni en la Ley de Defensa del Consumidor, -aun así-, en ésta última se lo mencionaba en el art. 38 sin definirlo. Agrega que solo se hacía una referencia al control de incorporación, estableciéndose que la autoridad de aplicación solo debía ejercer una acción de vigilancia para que en los contratos por adhesión no se incluyan cláusulas abusivas. Hoy, con el nuevo Proyecto de Código Único, se ha introducido una sección con seis artículos (984 a 989) que tratan el tema con carácter general.<sup>651</sup>

Siguiendo este orden, advierte la existencia de dos partes:

1) el predisponente, que como bien reza el mismo artículo 984 del Proyecto, adhiere a cláusulas que él mismo redacta o las obtiene a través de un tercero;

2) el adherente, que no participa en la redacción del contenido, solo se limita a apegarse o no a los dispuesto por el predisponente. Como bien lo explica Stiglitz, el adherente carece de todo poder de negociación.<sup>652</sup>

Gherzi en tanto, profundiza la cuestión, y dice que la estructura del contrato de adhesión evidencia una profusa asimetría de poder, producto ello de la cultura, de la economía y de lo social, que luego el predisponente plasma en las cláusulas contractuales, fijando las condiciones económicas del negocio, para luego materializarlo en un contrato – formulario, que contienen cláusulas de alcance general y particular.<sup>653</sup>

Siguiendo el orden articular del Proyecto de Código Unificado, el art. 985 fija los requisitos a los que deberán ajustarse los contratos de adhesión, estableciendo: “*que las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensible y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a texto o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previo o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica o electrónica, o similares*”

El Proyecto pone de relieve el carácter legible, completo e inteligible, de las cláusulas, de manera tal, que la comprensión de la lectura de ellas sea autosuficiente, es decir se basten a sí misma, y no sea necesario el reenvío a otra cláusula o documento. Es más, va dirigido para que las cláusulas predispuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente, no pasen inadvertidas, para lo cual deben aparecer en el cuerpo del contrato en forma destacada y con caracteres acentuados, de modo que sean objeto de atención tanto para el adherente como para el consumidor, sobre todo cuando cualquiera de estos últimos se encuentra frente a una cláusula contractual defectuosa cuya consecuencia inmediata es su oponibilidad<sup>654</sup>.

El propio Proyecto, en defensa contra las cláusulas abusivas, destina una sección en el Título III, Capítulo 2, Formación del Consentimiento, Sección 1° Prácticas Abusivas, en cuyo art. 1096 establece el ámbito de aplicación y los sujetos a los cuales va dirigido. No obstante efectúa una remisión al art. 1092 del mismo Proyecto, cuando habla de la relación de consumo y el consumidor.

<sup>651</sup> STIGLITZ Rubén “La teoría del contrato en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” LA LEY 2012 – C, 1288

<sup>652</sup> STIGLITZ Rubén “La teoría del contrato en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” LA LEY 2012 – C, 1289

<sup>653</sup> GHERSI CARLOS A. “Proyecto de Código Único. Derecho a la salud. Algunas cuestiones observables” LA LEY Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

<sup>654</sup> STIGLITZ Rubén “La teoría del contrato en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” LA LEY 2012 – C, 1289



Es el art. 988, del Proyecto (Capítulo 2, Sección 2°, de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas) que hace referencia expresamente a las cláusulas abusivas, y dice que se deben tener por no escritas:

a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponentes;

b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; y c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

Bassano destaca por ello, que la regulación del trato digno, equitativo y no discriminatorio sustenta y fomenta verdaderas posibilidades de combatir las prácticas abusivas que diariamente los consumidores padecen frente a la adquisición de bienes y servicios, entre los que se encuentran los servicios de salud, tan vigentes y cuestionados por estos tiempos, sobre todo a la hora de contratar con una empresa de medicina prepaga. A ello se suma, la aplicación directa de la interpretación a favor del consumidor para que todo contrato sea el menos gravoso para la masa usuaria, y la rigurosa implementación del derecho a la información para todos los consumidores, como extremos de destacada protección<sup>655</sup>.

En el ámbito de los contratos de adhesión, el Proyecto ha previsto y dotado de especial interés, a las cláusulas particulares, a las cuales cita en el art. 986. Y Dice: *“que son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”*

La letra del artículo es clara, son cláusulas que se negocian entre las partes y donde prima como principio la libertad de contratar, por lo cual se imponen frente a la cláusula general.

Stiglitz, cuando trata los contratos de adhesión, coloca de relieve una situación frecuente. Las fórmulas de redacción de las cláusulas, sean manuscritas o mecanografiadas, exceptúan poner de manifiesto que el fin tenido en cuenta de incluirlas es –como bien lo señala el artículo- ampliar, limitar, modificar o suprimir una cláusula general, con la que se encontraría en estado de incompatibilidad. Con lo cual, al momento del conflicto, el intérprete se encuentra en presencia de una cláusula predispuesta, pero también impresa (desde su origen) y con una cláusula particular que las contradice. En este caso la directiva de interpretación contractual que impera, es la de la cláusula particular por sobre la general.<sup>656</sup>

## B) RETROCESOS

También Bassano, se refirió a las regresiones que el Proyecto de Código Unificado trae aparejado en los derechos de los consumidores y usuarios.

Destaca la importancia de la implementación de medios gratuitos, para la notificación y comunicación fehaciente del consumidor al proveedor de bienes y servicios, de modo tal que este pueda de hacer valer los derechos que le asisten, al tiempo de evitar costos y erogaciones que a la hora de ejecutar dichos derechos, aquellos los transformen en un obstáculo para su efectivización.

Agrega el Presidente de ADDUC, que la derogación del art. 1° de la ley 24.240 conforme la redacción de la ley 26.361<sup>657</sup>, ha dejado plasmada una situación contradictoria a los derechos del

<sup>655</sup> BASSANO Osvaldo Héctor “El Derecho del Consumidor en el Nuevo Código Civil” en [<http://www.protectora.org.ar/educacion-al-consumidor/adduc-expuso-ante-la-comision-bicameral-de-reforma-del-codigo-civil-unificado-las-observaciones-referidas-al-derecho-del-consumidor/16509/>]

<sup>656</sup> STIGLITZ Rubén “La teoría del contrato en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” LA LEY 2012 – C, 1289

<sup>657</sup> Ley 26.361, art. 1°: “Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor ó usuario, entendiéndose por tal a toda persona física ó jurídica que adquiere ó utiliza bienes ó servicios en forma gratuita ó onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar ó social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor ó usuario, a quién, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia ó en ocasión de ella adquiere ó utiliza bienes ó servicios como destinatario final, en beneficio propio ó de su grupo familiar ó social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”

consumidor, creando en ese sentido, más perjuicios que beneficios a la gran masa de usuarios y/o consumidores. Estos frente a una alteración o menoscabo en sus derechos, cuentan con dos herramientas: la reparación y la prevención. Por ello, al quitar el texto que tenía la redacción del entonces, art. 40° de la ley 24.240, -en cuanto a la aplicación del Daño Directo a cuenta de cualquier reclamo judicial- es un tema que necesita inmediata revisión, ante un derecho vulnerado que requiere ser restablecido y resuelto en forma inmediata. La misma suerte, fue la creada con la derogación del daño punitivo del art. 52 de la ley 24.240.<sup>658</sup>

El daño directo al que alude el art. 40 bis de la ley 24.240, con sus modificatorias, es una forma eficaz de aplicar en forma inmediata un resarcimiento al consumidor por un daño sufrido. Basta para ello, la remisión al plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones Contencioso Administrativo Federal, en los autos Edesur S.A. c/ Resolución 361/05, ENRE – RS 568/08 SE (Ex 157.932/02)”, sobre las empresas distribuidoras de energía eléctrica, donde por los reiterados y largos cortes de energía, el órgano de control aplicó un daño directo que benefició a todos los usuarios y en forma efectiva. Como bien lo señala Bassano, la sanción es la única forma de hacer efectiva los derechos de usuarios y consumidores. Así la medicina prepaga –a pesar de la nueva ley que las regula –ley 26.682- evidencia en sus contratos de adhesión una casi reiterada violación a los derechos del consumidor. Ilustra tal condición, cuando el usuario del servicio de medicina prepaga debe ser asistido en su salud en una situación de urgencia y/o emergencia, por lo cual si se lo priva al consumidor de la sanción y acción punitiva, se refuerza el accionar de los prestadores del mercado de la salud que como contrapartida, conculcan los derechos de los usuarios y/o consumidores cada vez más debilitados y desprotegidos.<sup>659</sup>

La especial característica del contrato de medicina prepaga exige una adecuada protección de los derechos del usuario, debido a la desigualdad existente entre la institución y el consumidor; no solo porque se celebra mediante adhesión a cláusulas predispuestas sino porque el afiliado contribuye con sus cuotas mensuales al crecimiento de la institución a que pertenece”<sup>660</sup>

El art. 1121 del Proyecto de Código Unificado, fija los límites por los cuales “no pueden ser declaradas abusivas a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado”. Con lo cual, este art. coloca en puja el texto de las leyes de Abastecimiento, Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia y todo otro andamiaje sobre el cual se sustenta el control de las violaciones y abusos en los productos y servicios puestos en venta, mutilando de ese modo, cualquier facultad de la autoridad de aplicación en la materia, y por supuesto en detrimento del propio usuario y/o consumidor.<sup>661</sup>

Así las cosas, y no obstante los avances y retrocesos hasta acá manifestados, cierto es, que en cuanto a derechos de usuarios y consumidores se trata, el contenido de la reforma efectuada al Código Civil, absorbe en el Proyecto del nuevo código unificado, la casi totalidad de los institutos previstos en la ley 24.240 del año 1993. Un ejemplo lo constituye el propio art. 1092, que incorpora a su redacción, el concepto de consumidor.

Aún más, el mismo Proyecto, efectúa el reconocimiento de derechos que ya eran objeto de debate en sede judicial, como los derechos individuales y de incidencia colectiva en el art. 14, a modo de ejemplo, para finalizar con la incorporación en el Título III, art. 1092 y siguientes con la tipificación del contrato de consumo<sup>662</sup>

<sup>658</sup> BASSANO Osvaldo Héctor “El Derecho del Consumidor en el Nuevo Código Civil” en [<http://www.protectora.org.ar/educacion-al-consumidor/adduc-expuso-ante-la-comisión-bicameral-de-reforma-del-código-civil-unificado-las-observaciones-referidas-al-derecho-del-consumidor/16509/>]

<sup>659</sup> BASSANO Osvaldo Héctor “El Derecho del Consumidor en el Nuevo Código Civil” en [<http://www.protectora.org.ar/educacion-al-consumidor/adduc-expuso-ante-la-comisión-bicameral-de-reforma-del-código-civil-unificado-las-observaciones-referidas-al-derecho-del-consumidor/16509/>]

<sup>660</sup> CNCom., sala E, “De Oromi Escalada M. c/ Galeno previsión S.A. s/ sumario”, 1997/04/06 en JA, Número Especial “Medicina Prepaga” N° 6169 1999/11/24

<sup>661</sup> BASSANO Osvaldo Héctor “El Derecho del Consumidor en el Nuevo Código Civil” en [<http://www.protectora.org.ar/educacion-al-consumidor/adduc-expuso-ante-la-comisión-bicameral-de-reforma-del-código-civil-unificado-las-observaciones-referidas-al-derecho-del-consumidor/16509/>]

<sup>662</sup> Blanco Muiño Fernando, presidente de Consumidores y Usuarios en red, 28 de mayo 2012

## TÍTULO IV

### 1. EL DERECHO A LA SALUD, EL CONTRATO DE CONSUMO Y EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO

Frente al advenimiento y casi inmediata puesta en vigencia del nuevo marco normativo en materia civil y comercial, es casi imperioso destacar y resaltar aquellas cuestiones que relacionadas al derecho de la salud, traerán aparejado cambios e innovaciones en las relaciones de consumo.

Ahora, claro es, que la relación médico – paciente se sostiene a través de un contrato de consumo.

En este sentido, el contrato de consumo previsto en el art. 1093 del Proyecto de Código Unificado, dice: *“Es el celebrado entre un consumidor o usuario final, con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”*.

El análisis del art. de mención, permitiría entonces entender en la especie, que los profesionales liberales se hallarían incluidos en los contrato de consumo, cualquiera sea la actividad que desplegasen, en tanto y en cuanto éstos estaban fuera de las previsiones contenidas en la ley 24.240 modificada por ley 26361, y solo les resultaba aplicable para el caso de publicidad (art. 2° de la ley 26361)<sup>663</sup>.

Con igual rigor de análisis, y en cuanto a la empresa médica, es en la legislación actual un proveedor profesional de servicios, destinado al consumo final. Por lo cual, en la ley de Defensa al Consumidor se excluye de su ámbito de aplicación a los profesionales liberales, pero no a la empresa médica. Ello porque en la empresa médica, el oferente principal es una obra social o una empresa de medicina prepaga, que a través de publicidad se dirige a los consumidores: en esa publicidad indica que servicios ofrece y quiénes son los prestadores<sup>664</sup>.

Con las modificaciones operadas a partir del Proyecto de Código Único, todo parece indicar, que estas cuestiones se hallarían saneadas, y que los profesionales liberales ya no estarían excluidos de los contratos de consumo.

No obstante ello, Ghersi efectúa una observación. Y es que el art. 2° de la ley 26.361 contradice el art. 1768 del mismo Proyecto., que reza: *“la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se halla comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 8va., de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757<sup>665</sup>”*.

Siguiendo en la misma línea de razonamiento, Ghersi refiere, que este último art. es un verdadero desacierto, ya que la actividad profesional en sí misma es un “resultado concreto” puesto que

<sup>663</sup> Ley 26.361, art. 2°: *“...No están comprendidos dentro de esta ley los servicios de profesionales liberales que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente ó autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentada por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.”*

<sup>664</sup> LORENZETTI Ricardo Luis, *“La empresa médica como proveedor de servicios destinados al consumo final”* en *“La Empresa Médica”*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, 355/356.

<sup>665</sup> Proyecto de Código Civil Unificado, art. 1757. Hecho de las Cosas y actividades riesgosas: *“toda persona responde por el daño causado por el riesgo ó vicios de las cosas, ó de las actividades que sean riesgosas ó peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados ó por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa ó la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.”*

resulta de la manufacturación del servicio del conocimiento científico adecuado a cada paciente en particular, conforme su problema de salud o patología que lo aqueja.<sup>666</sup>

Entonces, desde la órbita del derecho a la salud, habrá relación de consumo frente a las empresas privadas de salud (obras sociales y medicina prepaga, etc.) y también en el ámbito público de esta prestación. En cuanto a la relación médico – paciente también se tratará de relación de consumo cuando sean atendidos por profesionales que se encuentren en cartillas de empresas privadas u obras sociales.<sup>667</sup>

Respecto a las empresas de medicina prepaga, la jurisprudencia se ha expedido en numerosos fallos, entre los cuales es posible mencionar: *“Que el contrato (de medicina prepaga) regula una prestación de servicios asistenciales médicos, se trata de una relación de consumo entre un prestador y un consumidor final o usuario que adquiere esa prestación a título oneroso para beneficio propio. Se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la ley 24.240 cuyo objeto es la defensa de los consumidores o usuarios. Dicho convenio es un contrato estándar, predispuesto por condiciones generales a la que una de las partes tan solo adhiere sin negociar. El prestador agrega al servicio un valor que es competencia exclusiva de su área de conocimiento razón por la cual –en doctrina- se lo considera un “experto” en relación a su contraparte, “profano” en la materia”*<sup>668</sup>

Lo expuesto en este fallo jurisprudencial, no hace más que corroborar los contenidos precisados en el presente acápite.

## 2. EL DERECHO A LA SALUD Y LAS RELACIONES DE CONSUMO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO

Para desentrañar las razones que generan una directa relación entre el derecho a la salud y las relaciones de consumo, es imprescindible la remisión a los fundamentos contenidos en el Anteproyecto del Código Unificado.

Para ello, la opción más adecuada es recabar los contenidos previstos en el Título III: “Contratos de Consumo”: 2. Definición de relación y contrato de consumo, del citado Anteproyecto.

En primer lugar, el Anteproyecto efectúa una clara salvedad: solo es posible definir la regulación del contrato de consumo si se parte de un concepto jurídico, respecto a que se entiende por relación de consumo.

A partir de allí, se reconocen las siguientes definiciones normativas: por un lado la relación de consumo y consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza 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.

Esta conceptualización acerca de lo que se da en entender por relación de consumo y consumidor, es la que fielmente fue receptada en el art. 1092 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, hoy sujeto a enfático debate legislativo.

<sup>666</sup> GHERSI CARLOS A. “Proyecto de Código Único. Derecho a la Salud: algunas cuestiones observables” LA LEY Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

<sup>667</sup> GHERSI CARLOS A. “Proyecto de Código Único. Derecho a la Salud: algunas cuestiones observables” LA LEY Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

<sup>668</sup> CNFed., Contenciosoadministrativo sala II, “MEDICUS S.A. c/ S.C.I. – Disposición D.N.C.I. N° 39/96” 1996/10/08 en JA, Número Especial “Medicina Prepaga” N° 6169 1999/11/24

En cuanto al Contrato de Consumo, el Anteproyecto enuncia: que el contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica, que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios para su uso privado, familiar o social.

Redacción ésta, que fue también fielmente reproducida por el Proyecto de Código Único en el art. 1093.

El mismo Anteproyecto advierte, que por un lado, la fuente amplía la noción de consumidor, pero por otro lado la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas. En tanto, que la propia redacción de la ley 26.361, -dice el Anteproyecto- carece de restricciones, por lo que en atención a la interpretación de su texto, carece de sustancialidad y de límites. Cita a modo de ejemplo, la admisión que en los fallos judiciales se ha efectuado en relación a la frase “expuestas a una relación de consumo”, en función de la cual se ha considerado consumidor al peatón, víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y el asegurador.

De la situación en análisis, esta supresión implica un verdadero retroceso, en atención a que produce la supresión de derechos, que ya han sido adquiridos y consolidados en virtud de la ley 26.361.

Si derecho a la salud se trata, Ghersi explica, que las prestaciones de salud son esencialmente contratos de adhesión, y en su mayoría contratos de adhesión de consumo, por ende relaciones de consumo, salvo en el ámbito público, que son directamente relaciones de consumo.<sup>669</sup>

Siguiendo pues el orden normativo del Proyecto de Código Único, a continuación los arts. 1094 y 1095, refieren a la interpretación y prelación normativa e interpretación del contrato de consumo respectivamente.

El art. 1094 establece como principio rector, que las normas que regulan las relaciones de consumo, deben ser aplicadas e interpretadas conforme el principio de protección al consumidor: Para el caso de duda prevalecerá la más favorable al consumidor.<sup>670</sup>

En este sentido la interpretación más favorable al consumidor se mantiene incólume respecto de las leyes 24.240 modificada luego por ley 26.361. Ello se explica, en razón que en el año 1998, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hizo aplicación de la regla interpretativa “a favor del consumidor”, consagrada primero en el art. 3° de la ley 24.240<sup>671</sup> en la causa “Romero Victorica del Sel, M. c/ Qualitas Médica S.A.” de fecha 1998/12/15, y mantenida luego, en el art. 3° de la ley 26.361<sup>672</sup>, ambas de Defensa del Consumidor.

En tanto, el art. 1095 alude a la interpretación del Contrato de Consumo: el cual reza, que, *“el contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la menos gravosa”*

<sup>669</sup> GHERSI CARLOS A. “Proyecto de Código Único. Derecho a la salud: algunas cuestiones observables” LA LEY Suplemento del 2012/07/31: No está en tomo.

<sup>670</sup> Proyecto de Código Unificado art. 1094. Interpretación y prelación normativa: “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código ó las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

<sup>671</sup> LEY 24.240 art. 3°. Interpretación: “las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular la de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor”

<sup>672</sup> LEY 26361, art. 3°. Relación de Consumo. Integración normativa. Preeminencia: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22.802 de Lealtad Comercial ó las que en el futuro la reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido por esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.”



Esta directriz permite despejar cualquier ambivalencia, frente a dudas que se generen sobre los alcances de las obligaciones que le puedan caer tanto a proveedores como consumidores de bienes y/o servicios. Por lo cual el principio rector que se establece, es el sentido más favorable al consumidor (in dubio pro consumidor). Se desprende en consecuencia, que el espíritu de la normativa es la tutela de la parte más frágil o vulnerable en la relación, con lo cual confirma y revalida una vez más la protección ostentada en la ley 24.240 de la especialidad.

Reconocer esta endeble característica en el consumidor, es lo que en definitiva permite lograr relaciones contractuales equilibradas y compensadas, y que solo el derecho puede nivelar.

Desde la óptica del derecho a la salud, el paciente también es un sujeto desvalido e indefenso, por su propia patología y dolencias que lo aquejan, que lo coloca -como se ha explicado- frente a una situación de clara desigualdad, respecto del médico que posee el saber y conocimiento.

Será en definitiva este último, quien por el empleo de tales herramientas científicas, ha de decidir la terapéutica y tratamiento a seguir, y que seguramente ha de ser el más aconsejable conforme a su criterio técnico.

El decreto 1089/2012, reglamentario de la ley de derechos de los pacientes, -objeto de tratamiento en este capítulo- confirma esa situación de fragilidad del paciente, cuando prevé que los familiares más directos o sus representantes legales sean depositarios de toda la información respecto a su estado de salud, cuando el asistido no pueda ser objeto de ella por una propia limitación o disminución en sus capacidades fundamentales. Por ejemplo, cuando el paciente se hallase en estado vegetativo.

### **3. DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL PACIENTE EN EL CONTRATO DE CONSUMO Y EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO**

Bien es sabido que el médico ejerce sobre el paciente un determinado poder, que trasciende sobre aquél, en primer lugar, por su caudal de conocimiento científico, es decir por su saber. En segundo lugar, porque posee la facultad –en virtud de ese saber- para determinar cuál es el tratamiento adecuado para la patología del paciente. Ello evidencia en el propio paciente, un verdadero estado de necesidad.

El carácter necesario de la información es una manifestación clara del respeto a la dignidad de la persona y a la dignidad individual, a la vez que refuerza el derecho a la autonomía del paciente, valores nucleares de la *lex artis*.<sup>673</sup>

La información reclama fluidez en la comunicación entre las partes involucradas, médico y paciente. Difícilmente podrá el paciente tomar decisiones sobre su propia salud, amparándose en la información asistencial recibida, si él a su vez, no informa de su estado físico o salud, o lo hace de manera incompleta o distorsionada, de actuar así, el médico responsable de informar al paciente lo hará sobre la base de esa información parcial, que luego registrará en la historia clínica y repercutirá en el proceso asistencial.<sup>674</sup>

Con lo cual, la información es dinámica, y es un deber, que corresponde sea ejercitado durante todo el proceso de atención.

<sup>673</sup> DOMINGUEZ LUELMO Andrés, *Derechos y Deberes del Profesional Sanitario y de los pacientes de Castilla y León* T I. Lex Nova Ed. I 1º Ed España 2009 - 85

<sup>674</sup> DOMINGUEZ LUELMO Andrés, *Derechos y Deberes del Profesional Sanitario y de los pacientes de Castilla y León* T I. Lex Nova Ed. 1º Ed España 2009 - 85



Debe ser veraz, no debe alentar falsas expectativas ni disminuir los peligros conocidos, y cuanto mayor sean los riesgos a que el tratamiento exponga, mayor es la información que se debe suministrar. Solo se deberán informar los riesgos inherentes al tratamiento, de acuerdo con los conocimientos científicos, es decir, aquellos que con cierto grado de probabilidad ocurren según el curso normal y ordinario de las cosas. De esta manera, quedan fuera del deber de informar las consecuencias o riesgos excepcionales.<sup>675</sup>

El reglamento 1089/2012, inciso f) contempla y regula acerca de la información sanitaria. Extremo al que hemos remitidos oportunamente y que no hace más que revalidar las circunstancias y alcances en que el paciente o sus representantes legales deben proveer la información.

El Proyecto de Código Único, como parte de los contenidos que ésta legislación unificada absorbió de la ley de Defensa del Consumidor, en el art. 1100 alude a las obligaciones que el proveedor está comprometido a proporcionar respecto a la provisión y/o comercialización de un bien o servicio.<sup>676</sup>

Los contenidos del mencionado art. ratifican los requisitos previstos en el art. 4° de la ley 26.361, en cuanto a que la información debe ser, cierta, objetiva, clara y detallada.<sup>677</sup> La información al usuario y/o consumidor, no es una especial atención que le confiere el proveedor de bienes y servicios producto de su libre albedrío, sino un derecho que le asiste al consumidor como tal, como parte del sistema de contratación.

#### **4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO Y LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Entre los contenidos que el Proyecto de Código Único absorbió, es precisamente el llamado consentimiento informado.

Es un presupuesto de vital importancia, que ha cobrado cada vez mayor injerencia en la relación médico – paciente, razón por la cual ha sido objeto de desarrollo tanto por la doctrina nacional como extranjera.

Como primera medida corresponde establecer que se entiende por consentimiento informado.

Es posible definir al consentimiento informado, como aquél que implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, el procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención<sup>678</sup>.

También se ha dicho: que se define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.<sup>679</sup>

El Proyecto de Código Unificado, incluye dentro de su articulado una cláusula, que expresamente refiere al consentimiento informado, lo cual denota un importante avance en materia de derecho

<sup>675</sup> GHERSI Carlos A. "El derecho a la información de los riesgos" En GHERSI Carlos A. y WEINGARTEN Celia Directores *Responsabilidad de los médicos* T IV Ed. Nova Tesis Rosario Santa Fe - 50

<sup>676</sup> PROYECTO DE CODIGO UNIFICADO, art. 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".

<sup>677</sup> LEY 26.361 art. 4°. Información: "el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con la característica esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión".

a la salud, si se tiene en cuenta que previo a este cuerpo normativo en proyecto, solo se aludía a él como temática independiente o bien se encontraba incorporada a alguna legislación especial, como ocurría por ejemplo, con la ley de transplante de órganos y tejidos, ley 24.193/1993, modificada por ley 26.066/2005.

El Proyecto de Código Unificado, en el art. 59, define y precisa los alcances del consentimiento informado. Y dice: *“el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada respecto a:*

*a) su estado de salud;*

*b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;*

*c) los beneficios esperados del procedimiento;*

*d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;*

*e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;*

*f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;*

*g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable;*

*h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge el conviviente el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”*

En función de lo normado en el art. precedente, es posible extraer dos cuestiones a saber: por un lado la información, a la cual la propia norma caracteriza de imprescindible para que haya consentimiento informado; y por el otro lado la naturaleza de esa información: *clara, precisa y adecuada*.

Ello, porque la información es un deber, pero también es una obligación del galeno. En ella se sustenta la relación médico – paciente. Cuanto mayor sea la información brindada por el profesional, mayor será el espectro de conocimientos acerca de su salud, con que cuente el asistido, para prestar su consentimiento a la práctica médica y/o tratamiento médico prescripto. Al tiempo que evitará, que una información precaria o inexacta, desvirtúe la terapéutica a seguir, sobre la base de un déficit en la información recibida por el mismo paciente.

El art. 59 deja asimismo a salvo, que la información recibida por el paciente debe ser clara, precisa y adecuada. Tres conceptos, que la ley de defensa del consumidor, -ley 24.240 modificada por ley 26.361- ya receptaba en el art. 4°. En este caso el Proyecto lo que hizo, fue cautivar casi con idéntica terminología, las previsiones de la ley de defensa del consumidor.

Por lo cual atendiendo a estos tres requisitos, el paciente, solo aceptará y asumirá los riesgos que le sean informados de manera clara y adecuada a su nivel cultural<sup>680</sup> y en función de su patología.

Para lo cual, la misma norma estipula en incisos sucesivos, todas las aleas que durante el proceso de atención deberán tenerse presente al emitir la información sobre el estado de salud del asistido, incluso para aquellos casos en que no fuera posible obtener su consentimiento, y para los casos en que el paciente no pueda expresar manifiestamente su voluntad, el que podrá ser otorgado por el representante legal, cónyuge, conviviente, pariente o allegado, e incluso el médico, que podrá prescindir de todos ellos para los casos de urgencia, si con ello evita un inminente peligro en la salud del paciente.

En atención a lo expuesto en el decreto 1089/2012, reglamentario de la ley de derechos de los pacientes –ley 26.529, modificada por ley 26.742, Título III, art. 5º-, las previsiones contenidas en el art. 59 del Proyecto sobre consentimiento informado, se encuentran en gran medida en sintonía con las contempladas en el decreto de mención (objeto de análisis en el presente capítulo).

Sin perjuicio de las observaciones vertidas, es preciso dejar constancia, que este deber de información en la relación médico - paciente, no se agota en la que deriva del propio consentimiento informado, sino que debe mantenerse activa durante todo el desarrollo del proceso de atención.

## 5. DERECHOS A LA SALUD: OTRAS INCLUSIONES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO

Desde el punto de vista del Derecho Médico, el Proyecto de Código Único, efectúa otras incorporaciones innovadoras, que hasta hoy solo ofrecían debate en los estrados judiciales y cuyas decisiones eran resueltas a través de fallos jurisprudenciales.

Son los casos de las Directivas Médicas Anticipadas (previstas en el art. 60 del Proyecto de Código Único), mediante las cuales una persona puede conferir un mandato a favor de otra, respecto de la propia salud de quien otorga ese mandato, y aún en previsión de la propia incapacidad de éste. El mismo art. prevé designar a una o más personas para que presten el consentimiento informado en su nombre para actos médicos e incluso ejerzan su curatela. Aun así, este art. estipula que esa declaración de voluntad puede ser revocada en todo momento por aquél que la otorgó.

Al respecto, Ghersi efectúa una importante observación, cuando dice que el art. 26 del Proyecto de Código Unificado, establece es su parte final: “a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo...”, con lo cual ello permitiría suponer que un adolescente de dieciséis años puede realizar directivas anticipadas. Por lo cual desde esa perspectiva entiende el doctrinario, que la aceptación de tal concreta posibilidad, implica un acto de irresponsabilidad, ya que entiende que se trata de un acto de elevada trascendencia para que el adolescente pueda llevar adelante sin la debida madurez.<sup>681</sup>

Con la misma entidad innovadora, el Proyecto recepta en el Título V, Capítulo 2, la Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. (arts. 560 y sigtes), en

<sup>678</sup> HIGHTON Elena y WIERZBA Sandra La relación médico – paciente: el consentimiento informado Ed. Ad – Hoc Buenos Aires 1991 - 11

<sup>679</sup> DOMINGUEZ LUELMO Andrés *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica* T I. Ed. Lex Nova, 2º Edición España 2007- 178

<sup>680</sup> LOVECE Graciela “El Enfoque sistémico del consentimiento” En GHERSI Carlos A./WEINGARTEN Celia Directores. *Responsabilidad de los Médicos* T IV. Ed. Nova Tesis Rosario – Santa Fe 2007 - 85

<sup>681</sup> GHERSI Carlos A. “Proyecto de Código Único. Derecho a la Salud. Algunas cuestiones observables” LA LEY Suplemento del 2012/07/31. No está en tomo.

función del cual el consentimiento informado y libre de las personas que se someten a las técnicas humanas de reproducción son de esencial prestación, a la que se suman otros requisitos de carácter formal –contenidos en los arts. mencionados–, necesarios para su registración y convalidación por el juez interviniente, como lo son para los casos de gestación por sustitución (art. 562 del Proyecto de Código Único).

Esto sin dudas generó un cambio en el régimen de filiación que rige a la actualidad, para lo cual era indispensable la existencia de una relación sexual entre dos personas de distintos sexo. Las técnicas de reproducción asistidas sin embargo, no tienen ese presupuesto. Por lo tanto, las normas que regulan la “filiación biológica o por naturaleza” no siempre resultan aplicables a la afiliación que surge producto de la ciencia y de la manipulación, de cuya intervención resulta que una persona haya nacido. Tampoco son aplicables las reglas que rigen la adopción. De aquí que el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), observan tantas especificidades que requieren de un régimen jurídico propio.<sup>682</sup>

Herrera enuncia algunas de estas especificidades y dice que en primer lugar, porque las técnicas de reproducción humana asistida hacen posible la disociación entre elemento biológico, genético y volitivo, siendo este último el que tiene la primacía. Es decir en aquellos casos, en que una pareja heterosexual utilice material genético de un tercero (donante anónimo), en virtud de la infertilidad del marido, la pregunta que se presenta es quién reviste el carácter de padre. La respuesta es que padre es el marido, porque es quien tiene la “voluntad procreacional” es decir quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos. Con el donante solo habrá un derecho a reconocer los orígenes pero nunca un vínculo de padre e hijo.<sup>683</sup>

López de Zavalía dice, que con la incorporación de nueva modalidad de procreación, la igualdad es un derecho falsamente proclamado, toda vez que los hijos derivados de esta categoría, lo mismo que los adulterinos, incestuosos o sacrílegos del antiguo derecho, carecen derecho a la identidad biológica, a los vínculos de paternidad y filiación biológica, y a la sucesión en la herencia de sus padres biológicos.<sup>684</sup>

Por otro lado con las técnicas de reproducción humana asistida se permiten conservar embriones y/o material genético de las parejas por tiempos prolongados, lo que lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin (divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, etc.), por esta razón el Proyecto exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético.<sup>685</sup>

## 6.- COLOFÓN

El análisis en materia de derecho a la salud y en el Proyecto de Código Unificado, arroja por sobre todo una acción integradora, de cuestiones y temáticas que de modo ralo y escindidas, subsistían

<sup>682</sup> HERRERA MARISA, Publicación en la red: sitio de consulta y debate sobre el Proyecto elaborado por la comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti año 2012 *¿Porqué las técnicas de reproducción humana asistida son un tercer –nuevo- tipo filial? En “Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia” en [http://www.nuevocodigocivil.com/preguntas-y-respuestas-sobre-las-modificaciones-mas-relevantes-en-materia-de-familia-por-marisa-herrera/* Fecha de captura 13/11/2012]

<sup>683</sup> HERRERA MARISA, Publicación en la red: sitio de consulta y debate sobre el Proyecto elaborado por la comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti año 2012 *¿Porqué las técnicas de reproducción humana asistida son un tercer –nuevo- tipo filial? En “Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia” en [http://www.nuevocodigocivil.com/preguntas-y-respuestas-sobre-las-modificaciones-mas-relevantes-en-materia-de-familia-por-marisa-herrera/* Fecha de captura 13/11/2012]

<sup>684</sup> LOPEZ DE ZAVALÍA Fernando Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el Proyecto de Código Único, LA LEY Suplemento del 2012/08/23. No está en tomo

<sup>685</sup> HERRERA MARISA, Publicación en la red: sitio de consulta y debate sobre el Proyecto elaborado por la comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti año 2012 *¿Porqué las técnicas de reproducción humana asistida son un tercer –nuevo- tipo filial? En “Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia” en [http://www.nuevocodigocivil.com/preguntas-y-respuestas-sobre-las-modificaciones-mas-relevantes-en-materia-de-familia-por-marisa-herrera/* Fecha de captura 13/11/2012]

independientemente una de otras, sin solución de continuidad en la materia, consentimiento informado, directivas médicas anticipadas, técnicas humanas de reproducción asistida, constituyen claros ejemplos a citar.

Algunas de ellas fueron desarrolladas en este capítulo, otras sin embargo, quedan pendientes de revisión y análisis, por ejemplo los paradigmas en materia de salud mental, aun así, el compilado normativo del Proyecto en materia de salud, se coloca a la vanguardia de varios países en el mundo, y sobre todo de América Latina, al incorporar institutos de plena vigencia y actualidad biotecnológica, que hasta ahora carecían de un marco normativo legislativamente formal.

Con ello, la incorporación de la Ley de Defensa del Consumidor al cuerpo normativo, no hace más que completar, operativizar y definir los alcances de derechos de usuarios y/o consumidores que solo eran juzgados en virtud de las reglas de interpretación a la luz de la norma de la especialidad.

La reforma al Código Civil se presentaba necesaria, establecer las ventajas y desventajas es por ahora solo una cuestión de tiempo.

# CAPÍTULO XVI: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PRODUCIDOS POR PRODUCTOS ELABORADOS EN EL MARCO DEL CONSUMO

---

**Por Julián E. JALIL**



## 1.- DERECHO COMPARADO. LA DIRECTIVA EUROPEA 85/374/CEE SOBRE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS

La directiva europea 85/374/CEE cuenta con pocos artículos pero de especial precisión para describir la funcionalidad de este tipo de responsabilidad. Tal como explica con distinción el Prof. PRIETO MOLINERO, el primero de ellos se limita a sostener que “el productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto”; consagrando como principio general la responsabilidad objetiva y superando, de esta forma, los clásicos problemas que se daban en la responsabilidad por productos.

El art. 2º, a su vez, establece que “producto” será todo bien mueble, destacando expresamente que la electricidad también queda comprendida en el concepto. Esta asimilación de producto como bien inmueble tiene un origen más que justificado: el art. 2º originario excluía de la definición de “producto” a las materias primas agrícolas y a los productos de caza, aun cuando estuvieran incorporados a otro bien mueble o inmueble. Según la redacción anterior, la inclusión de las materias primas quedaba como un asunto facultativo de cada Estado miembro; sin embargo, la crisis sanitaria derivada del llamado caso de las “vacas locas” (encefalopatía espongiforme bovina), una variante de la enfermedad de Creutzfeld-Jacobs, y el caso de intoxicación de pollos con dioxinas en Bélgica determinarían que en 1999, por medio de la Directiva 34/1999/CE, se aprobara la definición que rige en la actualidad. Un antecedente que no estaría mal que el legislador argentino tuviera en cuenta. En ese sentido, no está de más destacar la precisión conceptual que se maneja la Directiva, en contraste con la expresión “productos elaborados” que domina en la doctrina argentina. En efecto, la expresión no sólo parece redundante en sí misma, sino que, como puede verse, tampoco se ajusta a la realidad económica actual. Basta con destacar de nuevo la crisis de las “vacas locas”, originada por un tratamiento deficiente de los piensos de origen cadavérico con el que se alimentaban a la reces, o el propio hecho de que nuestro país es el mayor productor de soja transgénica del mundo, para comprender que hoy día son muy pocas las “materias primas” que pueden realmente considerarse como tales.

Pero sigamos adelante con la descripción de la Directiva. Ya se ha visto que el art. 1º establece simplemente la responsabilidad por daños originados por productos defectuosos. Ahora bien, ¿cuándo un producto será considerado como defectuoso? El art. 6º de la Directiva establece que esto será cuando no ofrezca la seguridad a la que una persona tiene legítimamente Derecho, agregando que, para determinar tal situación, deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias, incluyendo expresamente la presentación del producto, el uso que razonablemente pudiera esperarse del bien en cuestión y el momento en que el producto se puso en circulación. Así, la Directiva se decanta por un criterio mixto a la hora de determinar el carácter defectuoso o no de un producto: por un lado, el criterio tradicional de las expectativas que un consumidor “promedio” podía tener, pero matizándolo con valoraciones más propias de una valoración de riesgo-utilidad, de manera de lograr una noción lo más definida posible.

En lo que hace al término “productor”, el art. 3º establece que se trata de toda persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o fabrica una parte integrante, así como toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier signo distintivo en el producto.

En definitiva, no se trata de definir la figura del productor como de establecer toda la cadena de sujetos que obtiene beneficios a través de la comercialización del producto, cosa de garantizar que la eventual víctima siempre tenga alguien contra quien reclamar. Este enfoque se ve confirmado por el hecho de que el párrafo segundo del art. 3º establece aún más sujetos y, así, dispone que “sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial será considerada como productor del mismo, a los efectos de la presente Directiva y tendrá la misma responsabilidad que el productor”. Por si esto fuera poco, el párrafo tercero del mismo artículo también establece que “si el productor no pudiera ser identificado, cada suministrador del

producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en estos no estuviera indicado el nombre del importador a que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor”.

En la determinación de posibles sujetos responsables, el art. 5° complementa al art. 3° al disponer que, si dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que pudieren corresponder entre ellos. A su vez, el art. 12 agrega que la responsabilidad que surge de la Directiva no podrá quedar limitada o excluida por ningún tipo de cláusula contractual.

En lo que hace a los daños cubiertos por la Directiva, el art. 9° dispone que estos abarcan tanto los causados por muerte o lesiones corporales como los causados a una cosa, incluyendo la destrucción de la misma. Sin embargo, esto último será así, siempre que no se trate del propio objeto defectuoso, que la cosa fuera de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y que el perjudicado les haya dado este destino. Por otra parte, para evitar una litigiosidad excesiva, la Directiva dispone que sólo se va a considerar como daño material aquel que supere una suma de 500 ECUS. A lo que también hay que sumarle lo expresado por el art. 13, que dice que todo esto no afectará aquellos derechos que al perjudicado le pudieran corresponder con arreglo a normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual, o a algún régimen especial de responsabilidad.

Con relación al ejercicio de las acciones, el plazo de caducidad (art. 10) es de 10 años, a contar desde la puesta en circulación, y opera en forma automática sin admitir interrupción ni suspensión alguna, excepto que la víctima ejercite una acción judicial contra el productor. Ahora bien, pese a que la puesta en circulación pasa entonces a ser un elemento determinante del sistema, lo cierto es que la Directiva no trae un concepto de lo que deberá entenderse por tal. No cabe duda que la omisión representa un grave error metodológico; aún más, si tenemos en cuenta la ya mencionada multiplicidad de sujetos a los que se les puede imputar responsabilidad. Así, por ejemplo, ¿la puesta en circulación es cuando el fabricante hace entrega del producto a alguien de la cadena de distribución o cuando éste es puesto efectivamente a disposición de los consumidores? Prueba del error es que algunas transposiciones han tratado de esclarecer la laguna; tal es el caso de la transposición belga, la ley del 25 de febrero de 1991, cuyo art. 6° define la puesta en circulación como “el primer acto que materializa la intención del productor de dar al producto la afectación a que lo destina mediante la transferencia a un tercero o utilización en beneficio de éste”. Por otra parte, el plazo de prescripción (art. 11) es de tres años desde la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor.<sup>686</sup>

## 2.- PRODUCTO DEFECTUOSO. CONCEPTO Y ALCANCES

Se considera producto a toda cosa que resulta de un proceso de industrialización, que implica introducir en la materia prima transformaciones de alguna índole.

El producto elaborado resulta vicioso o defectuoso cuando presenta:

- a. un defecto de diseño, que puede ocurrir en la fase de concepción o idea inicial; en la elaboración del prototipo o en la de revisión del diseño.
- b. un defecto de fabricación, esto es, cuando deviene de una falla humana o mecánica generada durante el proceso de fabricación en sentido estricto o en la fase de controles intermedios o final.

<sup>686</sup> PRIETO MOLINERO, Ramiro J. “El sistema de la directiva europea 85/374/CEE de responsabilidad por productos” RCyS 2004 , 1499

- c. un defecto de conservación, que sobreviene por incumplimiento de las normas y pautas que atienden al mantenimiento del producto en estado apto durante la etapa que transcurre entre su fabricación y su consumo., un defecto de información o instrucción, vicio extrínseco al bien elaborado pero de notoria incidencia en la generación o potenciación de riesgo. Puede producirse por deficiencia en las instrucciones sobre formas de empleo y/o por omitírselas
- d. advertencias acerca de la nocividad que puede resultar de un determinado uso.
- e. un defecto por publicidad engañosa: variedad del anterior que se configura cuando se afirma alguna cualidad impropia del producto que puede derivar en daño para el potencial consumidor.
- f. la nota común –y esencial- radica en que estas anomalías importan la introducción de un riesgo en el medio social, sea por tornar riesgoso a un producto que no lo es ni por naturaleza ni por modo de empleo, sea por potenciar su peligrosidad intrínseca.<sup>687</sup>

A modo de ejemplo la Sala H de la CNCiv. sostuvo que todos los laboratorios que fabricaban, importaban o comercializaban concentrados antihemofílicos infectados con HIV deben responder solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados a los usuarios, pues una adecuada interpretación del art. 1113 del Código Civil determina la obligación de responder de quien introduce el riesgo en la comunidad y los arts. 5 y 6 de la ley 24.240 establecen que los productos deben suministrarse sin presentar peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores.<sup>688</sup>

## **2.- LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS EN EL MICROSISTEMA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.**

### **2.1. LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR DE PRODUCTOS.**

El proveedor de productos elaborados debe cumplir con la entrega del bien según las características ofrecidas y en condiciones aptas para su “correcto funcionamiento” (conforme lo “ofrecido” -art. 11 LDC, y su uso “natural” art. 2167 Código Civil). Luego, debe “asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos” (art. 12 LDC), acreditando el cumplimiento de su deber legal mediante la entrega en forma del debido certificado de garantía (art. 14 LDC). El incumplimiento de este deber legal de garantía conlleva, por lo menos, tres consecuencias (sumadas a las previstas en el art. 17 LDC):

1. Presunción de mala fe tanto en el ofrecimiento, la celebración y la ejecución del contrato de compraventa del bien sin “asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos” (art. 12 LDC y art. 1198 C. Civil)
2. Obligación por el resarcimiento de daños y perjuicios (intrínsecos y extrínsecos) derivados del incumplimiento contractual.

<sup>687</sup> BORAGINA, Juan Carlos “Responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos”, RCyS 2011-X , 281. Y BORAGINA, Juan Carlos. Ponencia del Congreso Internacional de Derecho Privado la Moderna Responsabilidad Civil en Argentina y la Visión Europea. Sede Buenos Aires - 2 de septiembre de 2011. Sede Regional Rosario - 5 de septiembre de 2011. Organizado por la UAI. Co-organizado con: Università de Messina (Italia), Sveu Illi te u Rijeci (Croacia), Università degli Studi de Verona (Italia), Università di Trieste (Italia).

<sup>688</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, P., F. M. c. Inmuno SA y otros, 03/08/2009, RCyS 2009-XI , 80 con nota de Graciela Lovece, ED 235 , 547, JA 2009-IV , 219, AR/JUR/31649/2009. Asimismo, la Sala D de la CNCom. consideró que si el fabricante no acreditó que el adquirente del rodado hubiera hecho un uso indebido de la unidad, debe asumir las consecuencias del desperfecto que presentó ésta, pues la relación entre fabricante y adquirente debe analizarse desde la óptica de la responsabilidad por productos elaborados —art. 40, Ley 24.240—, conclusión que no se ve afectada si la pericia técnica no pudo determinar la causa de dicho defecto y ésta permanece desconocida. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, Di Marco Rómulo Dellmo c. PSA Peugeot Citroën Argentina S.A., 30/03/2011, RCyS 2011-VIII , 233, RCyS 2011-IX , 205, JA 05/10/2011 , 57, AR/JUR/14985/2011. Ver También: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, “Giorgi, Carlos Camilo c. Ford Argentina S.A.”, 2009/03/12, LA LEY 29/06/2009, 11, RCyS 2009-VII, 115, DJ 12/08/2009, 2258, La Ley Online AR/JUR/4082/2009.

### 3. Vinculación solidaria entre “productores, importadores, distribuidores y vendedores” (art. 13 LDC)

La primera consecuencia señalada resulta ser una pieza fundamental del régimen protectorio. Si el proveedor no cuenta con un “servicio técnico adecuado”, traslada el riesgo de la relación de consumo (de todas las relaciones de consumo vinculadas al mismo producto) a los consumidores, consecuencia natural de un entorno mercantil donde el más fuerte impone las condiciones -de hecho y de derecho- al más débil, reteniendo los beneficios y trasladando los costos no incluidos en el precio. Ese traslado del riesgo es ilícito según el Código Civil, considerando los deberes especiales de diligencia que le incumben al proveedor. Sostenemos que la LDC, que recepta la problemática integrando a la relación jurídica contractual su dimensión social o colectiva (relación de consumo), agrega un plus de ilicitud o gravedad de la ilicitud al obrar de mala fe del proveedor que incumple su deber legal o contractual sistemáticamente (ofrecimiento de un producto sin asegurar su servicio técnico adecuado).

Este traslado de riesgo no es tolerado por el microsistema, que aborda este tipo de conflictos de Derecho del Consumidor sin dejar de considerar las consecuencias públicas de las decisiones privadas, habilitando acciones de prevención para neutralizarlo: ex ante (art. 52) y ex post (art. 52 bis), tratándose de conductas que “se apartan gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente”, a fin de evitar masivos incumplimientos legales o contractuales, o masivos daños a otros bienes de los consumidores.

También, a solicitud del actor y acreditado un vicio de fabricación, se ha ordenado al proveedor el *recall* (retiro del mercado) para la revisión del producto, y al Estado la supervisión del procedimiento, con base en la obligación de seguridad a cargo del proveedor y la legitimación del afectado para accionar la prevención de daños como protección de intereses difusos. Este deber de garantía legal también es derivación del deber de seguridad en la celebración y ejecución de los contratos, que amplía la protección a otros bienes del consumidor. En el caso en estudio, aceptado el Daño Moral, se interpreta que el consumidor sufrió daños en esos otros bienes.

La garantía es de orden público en el derecho del consumidor, mientras que en el derecho civil es renunciable, aunque con limitaciones (defecto conocido y no manifestado, art. 2169). En el caso de la telefonía, deben interpretarse como “vicios” a los que impidan el uso del equipo para comunicarse y utilizar todas las funciones que se contrataron con la empresa prestadora (incluidos servicios de valor agregado: internet, multimedia, mensajes de texto, etc.), aunque “naturalmente” no sean vicios de tales equipos.

La LDC prevé la reclamación de daños y perjuicios con este último alcance, tanto en el caso de reparación no satisfactoria (art. 17), como en el caso de opción del consumidor por la resolución contractual (art. 18 inc. a). Se indemniza más allá de la cosa vendida, es decir, más allá de los vicios redhibitorios del Código Civil, porque se trata de una “relación de consumo”.<sup>689</sup>

## 2.2. ÁMBITOS DE PROTECCIÓN: INTERÉS DE PRESTACIÓN E INTERÉS DE PROTECCIÓN.

Siguiendo las dicciones de BORAGINA, puede considerarse que por imperativo del actual art. 1º, el sistema de la ley de defensa del consumidor se aplica actualmente a casi todas las situaciones dañosas derivadas de un producto elaborado puesto que abarca todo supuesto en que el damnificado adquiere el producto como destinatario final o cuando, sin ser adquirente, está expuesto a una relación de consumo (art. 1º t.o. ley 23.361). En otros términos, cuando el afectado agota, en sentido material o económico, el bien contratado. Este estatuto se aplicará, en consecuencia, toda vez que el

<sup>689</sup> GELCICH, Marcelo G. La intencionalidad del proveedor condenado con daños punitivos, LLLitoral 2012 (octubre) , 949.

afectado esté vinculado a una relación de consumo, implementando un régimen unificado, que abarca relaciones contractuales y extracontractuales.<sup>690</sup>

Desde esta arista, se desprenden dos ámbitos de afectación tutelados por el estatuto del consumo:

### **2.2.1. La afectación del interés de prestación:**

En base a la LDC, el consumidor, lesionado en su interés de prestación por haber recibido un producto defectuoso, está asistido en primer término por las acciones que habilita opcionalmente el art. 10 bis incorporado por la ley 24.787 frente al incumplimiento de la obligación primaria que ello implica.

Ello así, gozará de tutela satisfactiva para obtener otro producto equivalente, en condiciones óptimas de consumo (inc. b. norma citada) ‘ejecución forzada directa’ o accionar por el contravalor dinerario (inc. c.) ‘ejecución forzada indirecta’; o de tutela resolutoria, con derecho a restitución de lo pagado (inc. c.), todo ello “sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan” (art. 10 bis in fine) ‘tutela resarcitoria’.

Desde luego que, en base a los principios generales, también estará asistido de medidas cautelares a fin de garantizarse la efectividad de las acciones que intente (tutela conservatoria). A diferencia de lo que sucede en el art. 505 del Código Civil –que sigue un orden de prelación- estas acciones pueden ser ejercidas por el consumidor “a su libre elección” (ejercicio facultativo de las opciones).

El consumidor de bienes muebles no consumibles y sus sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por vicios de cualquier índole (ocultos o manifiestos), cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado (3 meses para productos usados y 6 meses para los demás casos). (Nuevo artículo 11). Si el consumidor optase por la reparación del producto bajo los términos de una garantía legal, y ésta hubiere sido insatisfactoria, podrá exigir la sustitución del bien adquirido por otro de idénticas características (considerando el período de uso y estado general del que se reemplaza); o bien reintegrarlo al proveedor en el estado en que se encuentre, percibiendo el importe equivalente a las sumas pagadas (pacto comisorio tácito). También estará habilitado para conservarlo, obteniendo una quita proporcional del precio (art. 17). En todos los casos también estará asistido de tutela resarcitoria (art. 17 in fine).

En caso de vicios redhibitorios, el consumidor podrá optar (art. 18 ley 24.240) por las vías por el Código Civil (acción redhibitoria y quanti minoris, art. 2174), pero sin que pueda el proveedor oponerle al primero el eventual conocimiento del defecto por su profesión u oficio (art. 2170). Además, el consumidor afectado podrá instar la aplicación de pleno derecho de la preceptiva del art. 2176 C.C. y acceder también a tutela resarcitoria complementaria.

Gozará del término de prescripción ordinario del Código Civil (interpretación del art. 50 nuevo).

### **2.2.2. La afectación del interés de protección:**

En orden a los daños que cause el producto al consumidor en virtud del defecto (infracción al deber de seguridad), la ley 24.240 consagra expresamente esta obligación de indemnidad en los

<sup>690</sup> BORAGINA, Juan Carlos, Sistema de la ley 24.240 mod. Por la ley 26.361 Responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos, RCyS 2011-X , 281.



arts. 5 y 6, con características semejantes al instituto que opera en el ámbito del Código Civil. La primera de las normas establece –en lo que aquí interesa– que los productos deben ser suministrados de modo tal que no presenten peligro para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso. La segunda exige, en su primer párrafo, que los productos que presentan características de riesgosisidad se comercialicen observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de consumidores o usuarios

Resulta claro que ambos preceptos se conjugan para abastecer el interés de protección del consumidor, pero sin limitarse exclusivamente a los aspectos resarcitorios, dado que ponen su acento en la prevención de daños, al exigir al proveedor el cumplimiento de determinados recaudos que aseguren concretamente esa indemnidad.

Mientras el art. 6° es específico (pues se refiere puntualmente a aquellos productos que por naturaleza o modalidad de empleo o consumo importen peligro o contingencia de daño, imponiendo mayores exigencias a su comercialización), el art 5° es genérico (pues no distingue entre productos riesgosos o inermes), lo que significa que la obligación de seguridad que contempla la ley resulta aplicable a todas las relaciones de consumo, cualquiera sea la naturaleza del bien. Este deber es autónomo respecto de la obligación típica, siendo su finalidad preservar la indemnidad de la persona y bienes del consumidor.

Se trata de un deber imperativo para el proveedor y legalmente expreso, que evita al consumidor tener que recurrir a la obligación implícita que consagra el art. 1198 del C.C. para asegurar su interés de protección. De la propia lectura de la norma surge la naturaleza objetiva de esta obligación, toda vez que el proveedor se compromete a garantizar concretamente ese interés (art. 6°), a través del suministro de bienes que no importen peligro para la salud y seguridad del consumidor (art. 5°).

Esta garantía legal encuentra fundamento en el factor de atribución riesgo creado introducido por el art. 40 de la misma ley y de las posibilidades exonerativas limitadas que la norma brinda a los integrantes de la cadena de producción y comercialización, concretándolas únicamente en la demostración de una causa ajena.

En cuanto a los legitimados pasivos serán todos aquéllos que puedan encuadrarse en la figura de proveedor (creador, productor, constructor, transformador, importador, concesionario de la marca (quien coloca la marca en el mismo, o el autorizado para utilizarla), distribuidor, comercializador ‘nuevo art. 2°’; vendedor, y transportista, por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio) ‘art. 40’.

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 (art. 40 t. o. ley 24.999).

En orden a la reparación del daño, resultan de aplicación los principios generales del Código, pero si el consumidor opta por el reclamo administrativo, tendrá derecho al resarcimiento del daño directo (el ocasionado de manera inmediata sobre los bienes o persona del consumidor), que se deducirá de la indemnización que obtuviere posteriormente en sede judicial (art. 40 bis t. o. ley 26.361).

También podrá reclamar el daño punitivo (art. 52 bis), o sea, obtener el pago de una multa civil que fijará el juez en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. De esta manera se busca neutralizar el beneficio que obtuvo el proveedor, superior al monto del perjuicio ocasionado (función compensatoria), que se aduna a las funciones sancionatorias y disuasivas de la multa.



En cuanto al plazo de prescripción para el ejercicio de la acción indemnizatoria derivada de la violación a la obligación de seguridad, el mismo será de tres años, salvo que por otras leyes se establezcan plazos más favorables al consumidor (v. gr. las derivadas de un contrato de compraventa, 10 años). ‘art. 50 nuevo’.

También amplía las causales de interrupción del curso prescriptivo, al incorporar expresamente el inicio de las actuaciones administrativas y la comisión de nuevas infracciones por parte del proveedor, las que se adunan a las previstas en el Código Civil (art. 3986).<sup>691</sup>

### 2.3.- LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE. CONSIDERACIONES EN TORNO A SU NATURALEZA.

En principio, la responsabilidad del fabricante (no vendedor del producto) es de naturaleza aquiliana, toda vez que entre éste y el adquirente consumidor no hay lazo contractual alguno que los vincule ex ante, por lo que se aplicarán las normas del ámbito extracontractual, mecanizándose el plazo bianual de prescripción de la acción (conf. art. 4037, Cód. Civil).<sup>692</sup>

Sin embargo, circunstancia que no ocurre en la práctica comúnmente, el fabricante puede vender sus productos directamente al público. En estos supuestos, la naturaleza de la responsabilidad civil del fabricante ya no será aquiliana sino contractual, toda vez que el vínculo jurídico preexistente entre las partes será el que impregnará la relación incluso ante el incumplimiento del cocontratante, hipótesis ésta que se regirá por las normas de la égida contractual, siendo el plazo de prescripción de la acción decenal (conf. 4023, Cód. Civil).<sup>693</sup>

En economías inestables esta modalidad de venta directa desde fábrica se da con mayor frecuencia, como así también en localidades del interior en donde el fabricante se convierte en el vendedor de sus propios productos elaborados.<sup>694</sup>

<sup>691</sup> BORAGINA, Juan Carlos, Sistema... Ob. Cit. Pág. 282 y sgtes.

<sup>692</sup> CNCiv., sala H, 2002/10/18, B., “V. R. c. Nobleza Piccardo S.A.I.C.F.”, LA LEY, 2003-B, 470 (fabricante de “cigarrillos”), ídem, sala M, 2001/12/20, “Etchezuri, Alfredo c. Cerveza y Maltería Quilmes S.A.”, LLOnline (fabricante de “cerveza”), ídem, sala F, 1999/04/12, “Calvo de Cuttini, Carmen c. Pepsi-Cola de Argentina S.A.”, RCyS, 2000-381, con nota de Fernando Alfredo Sagarna y JA, 2000I-276 (fabricante de “bebida gaseosa”), ídem, sala H, 1997/03/26, “Ryan Tuccillo, Alan M. c. Cencosud S.A. y otros”, LA LEY, 1998-E, 611, con nota de Fernando Alfredo Sagarna (fabricante de “bebida gaseosa”); CCiv. y Com., Morón, sala I, 2000/11/29, “M., E. c. Billone, Carlos A.”, LLBA, 2001-1115 (fabricante de “soda”); CCiv. y Com., Rosario, sala II, 1999/02/09, “G., A. c. Elías, Ricardo”, LA LEY, 2000-C, 931 (42.776-S) y LLLitoral, 2000-273 (fabricante de “bicicletas”). Al respecto se ha señalado que cuando el fabricante produce un bien elaborado y lo introduce al mercado, debe hacerlo en condiciones tales que su uso no implique riesgos ni potencialidad dañosa para el que lo utiliza o digiere si se trata de una cosa consumible. Así, lo reza el art. 5 de la ley 24.240: “Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”. El fabricante-vendedor se aprovecha económicamente en el circuito introduciendo un bien, creando un riesgo con el producto que vende, sea en forma directa vendedor de sus propios productos— o de manera mediata —a través de un tercero vendedor.

<sup>693</sup> SAGARNA, Fernando Alfredo. Responsabilidad del fabricante-vendedor por productos elaborados, LA LEY 2006-B, 301, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 455. CASIELLO, Juan José, “Responsabilidad civil por los productos elaborados”, LA LEY, 1981-D, 1194.

<sup>694</sup> También se observa el supuesto de la venta por el fabricante mismo cuando un farmacéutico prepara un medicamento. Así la Sala B de la CNCiv. responsabilizó al propietario de una farmacia por el daño causado por un fármaco que no se compadecía su contenido con el indicado en la etiqueta adherida al frasco del mismo y conforme lo prescribiera el médico del actor. CNCiv., sala B, 2001/12/06, “G., M. O. c. G. B., M. A.”, RCyS, 2002-580. La temática puede verse antes de la reforma de la ley 24.999 en VENINI, Juan Carlos, “Responsabilidad por daños contractual y extracontractual”, Rosario, Juris, 1994, t. 3, ps. 67 y sigtes.); la hipótesis del propietario de un restaurante que prepara alimentos para los comensales (sólo a modo de ejemplo citamos al precedente de la C1ªCiv. y Com., La Plata, sala III, 1983/10/27, “Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz c. Boccabella, José y otro”, LA LEY, 1985-D, 28, con nota de Gabriel A. STIGLITZ —es el renombrado caso de la ingesta de “palmitos” en mal estado—, el fallo de la SC Buenos Aires, de 1985/08/13, puede verse en LA LEY, 1986-A, 61, DJ, 1986-2-416, DJBA, 130-42, ED, 118-256, JA, 1988-III-496 y AyS, 1985-II-298. También podemos citar al recordado caso de la ingesta de “morrones” en mal estado, hecho ocurrido años antes que el anterior y en el mismo restaurante: SC Buenos Aires, 1965/06/22, “Demaría, Angel M. c. Restaurante Abruzzese y otro”, LA LEY, 119-383 y también en JA, 1965-V-121, con nota de Augusto M. Morello —en esos lugares se puede compulsar el fallo de segunda instancia—) o cuando un supermercado prepara alimentos y los vende directamente (puede indicarse al fallo de la CNCom., sala B, 2003/06/30, “Sorace, Marta M. y otros c. Coto C.I.C.S.A. y otro”, LA LEY, 2003-F, 768, en el que se demandó al fabricante-vendedor de comida en mal estado). En SAGARNA, Fernando Alfredo. Responsabilidad del fabricante-vendedor por productos elaborados, LA LEY 2006-B, 301, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 455.

### 3.- ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS MEDULARES DONDE REPOSA LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

### 4.- SUS HISTÓRICOS ORIGENES EN LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

Desde antaño existe pacífico consenso en doctrina y jurisprudencia en que, en la venta de productos elaborados a un consumidor, existe o se contrae un deber u obligación de garantía o seguridad, de resultado, haciendo la existencia del daño presumir el defecto,<sup>695</sup> cuya consecuencia más trascendental consiste en la objetivización del factor de atribución y la inversión de la carga de la prueba. Es decir, la venta de un producto elaborado lleva implícita la obligación de seguridad que garantiza al adquirente que no habrá de perjudicarse por el consumo o uso del producto, en condiciones normales y con arreglo a las indicaciones del fabricante. Esta garantía que asume el fabricante se ha calificado como obligación de resultado, en tanto el compromiso tiende a la consecución de un fin determinado: cabalmente, el uso y consumo del producto sin que le produzca daño alguno. Y esto así, la sola aparición del daño que pueda vincularse causalmente con el uso del producto elaborado acreditará el incumplimiento del obligado y traerá aparejada la subsecuente responsabilidad.<sup>696</sup>

### 5.- LA NECESIDAD DE COMPROBAR LA EXISTENCIA DEL DAÑO CIERTO

Aun en el campo de la defensa del consumidor por perjuicios derivados de productos defectuosos, para que exista obligación de resarcir se exige la demostración de un daño cierto y no eventual e hipotético.<sup>697</sup> Desde esta perspectiva, es presupuesto de la reparación la previa acreditación del perjuicio que se intenta resarcir, y no basta para ello que el mismo sea insinuado dogmáticamente o resulte de suposiciones no probadas.<sup>698</sup> Entonces, la viabilidad de la reparación estará sujeta a la demostración de hechos que sean reveladores de la existencia del perjuicio, como padecimientos físicos o psíquicos de la víctima, sin que baste el hecho de sufrir meras molestias.<sup>699</sup>

<sup>695</sup> BUERES - SOZZO, en "Derecho Privado y Comunitario", Ed. Rubinzal Culzoni, t. 2002-1-567/68; LORENZETTI, Ricardo. "Teoría general de distribución de la carga probatoria", en DPC, t. 13, ps. 77, 78, 79 y 83; MOSSET ITURRASPE, Jorge. LORENZETTI, Ricardo. "Vicios, defecto y errores en las cosas entregadas", en DPC, 2001-1-354/55; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. "La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual", en DPC, t. 17, p. 91; CCiv. y Com., La Plata, sala III, 27/10/83, en LA LEY, 1985-D, 13/51, con nota de STIGLITZ: "El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados". Desde esta perspectiva, y siendo un factor de atribución objetivo, se produce una inversión de la carga de la prueba, a la que igualmente se llega por aplicación del ya bien consolidado instituto procesal llamado por algunos "cargas probatorias dinámicas" o para otros "deber de colaboración y solidaridad procesal" Ver: PEYRANO - CHIAPINI, "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", en ED, 107-1005/07; PEYRANO, "Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", en ED, 153-968/971; PEYRANO, "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", en LA LEY, 1991-B, 1034/38; CS, 2/6/98 en LA LEY, 1998-F, 42/46; CS, 3/7/90, en LA LEY, 1990-D, 536/38; CNFed. Civ. y Com., sala II, 9/9/94, en LA LEY, 1995-A, 191/95; Lorenzetti, op. cit., DPC, t. 13, ps. 79 y 87; CNFed. Civ. y Com., sala III, 3/8/94, en JA del 18/1/95, p. 33/35; Reseña de fallos de Rodríguez, en JA del 2/7/03; y suplemento especial sobre cargas dinámicas de JA del 11/6/03; conclusiones del XVII Congreso Nacional del Derecho Procesal, realizado en Termas de Río Hondo en mayo de 1993; publicado por LA LEY, p. XLI; Morello, "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba", en ED, t. 132, ps. 953/57; CPCC, ED LEP, t. p. 31, II-A, p. 661, V-A ps. 29 y 63; AIRASCA, "Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", en LLLitoral, 2003-543/556-.

<sup>696</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Daños causados por productos elaborados, LL 1979-B-1097, nota 19; CASIELLO, Juan José, Responsabilidad civil por los productos elaborados, LL 1981-D-1194

<sup>697</sup> CNCiv. Sala F, diciembre 5/1995, "Craien, Miguel Angel c. Coca Cola S.A.I.C. y F. s/daños y perjuicios", L. 175.561, voto de la Dra. Ana María Conde, JA T. III, p. 195/200, p. 198.

<sup>698</sup> CSJN, 19.11.1991, "O'Mill Allan Edgar c. Neuquén Provincia del s/cobro de australes", Fallos Tomo: 314 Folio: 1505; CSJN, 19.12.1995, "Kopex Sudamericana SAI. y C. c. Buenos Aires Provincia de y otros s/daños y perjuicios", Fallos Tomo 318, Folio: 2555; CNCom Sala A, 9.5.1975, "Hausaler Cantela", LA LEY, 1975-D, 443; esta Sala, 16.11.2007, "Oribe Juan Carlos c. Esso Petrolera Argentina S.R.L. s/ordinario"; esta Sala, 19.9.2007, "Angelini, Fernando Gabriel c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Ordinario"; CNCiv. Sala A, 6.4.1972, "Siri de Russo", LA LEY, 149-598; CNCivil Sala B, 25.7.2008, "D'Amico Mabel Ernestina c. Saenz de Pérez Concepción s/daños y perjuicios"; CN-Cont. Adm. Fed, Sala III, 23.9.1999, "Nicolosi, Julio Alberto c. Entel s/juicio de conocimiento"; CNCont. Adm. Fed, Sala IV, 9.8.2005, "Senem de Buzzi María del Carmen c. Ministerio de Justicia -Poder Judicial- Estado Nacional- s/proceso de conocimiento"; CNFed. Civ. y Com, Sala II, 14.6.2001, "Franco Ana Bautista c. Edesur S.A. s/daños y perjuicios"; en igual sentido, Alconada Aramburu C., Código de Comercio..., T. I, p. 375; De Gásperi L., Tratado de las Obligaciones, T. II, p. 516.

<sup>699</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Dube, Mario Daniel c. Coca Cola de Argentina S.A., 20/05/2008, La Ley Online, AR/JUR/3287/2008. En el precedente de primera instancia que llegó a conocimiento de la Cámara de referencia se dijo que sostener que el haber probado una bebida a la que se había agregado un hidrocarburo, sin ingerirla y sin ninguna consecuencia para su salud, acarreó a una persona angustia o un padecimiento espiritual de entidad como para reclamar por ello Daño Moral es desvirtuar el sentido y alcance de este tipo de daño.

Tal como enseña ALSINA, constituye un principio general que la prueba del daño incumbe al damnificado que pretende hacer valer la responsabilidad del deudor y por tanto, él debe aportar la demostración del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende.<sup>700</sup> Pero al tratarse de un factor de atribución objetivo el marco en donde reposa la responsabilidad civil difiere, pues una vez probado el hecho y el daño, se invierte la carga probatoria a tal punto que es el productor o fabricante quien debe demostrar la herramienta defensiva que lo exima de responsabilidad.

## 6.- EL RESARCIMIENTO DEL Daño Moral

La doctrina ha sido reiterada al considerar que dentro de la órbita de la responsabilidad contractual, prima un criterio restrictivo en materia de reparación del Daño Moral.<sup>701</sup> No obstante su viabilidad se impone cuando el miso aparece comprobado y esencialmente individualizado. Lo determinante para la procedencia del reclamo indemnizatorio del Daño Moral está en la producción de un daño cierto y actual. Al respecto se ha señalado que el solo hecho de que el padre diera al hijo de tres años una Coca Cola contaminada con hidrocarburo no basta para tener por comprobado el daño, aun cuando esa mera entrega hubiera constituido un riesgo de generar un daño en la salud del niño, como éste no ingirió la bebida, sino que al sentir el mal gusto la escupió, sin que se le produjera secuela física alguna, corresponde concluir en que el daño no se concretó. El mismo apelante habla de daño potencial, esto es, nunca se transformó en daño actual. Esa situación no basta para generar responsabilidad que justifique un resarcimiento económico, como pretende la actora apelante.<sup>702</sup>

## 7.- EL RECAUDO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Si bien en los supuestos analizados por tratarse de una responsabilidad por riesgo creado o producto elaborado, el factor de atribución es objetivo, ello no implica que no deba ser acreditada la antijuridicidad objetiva. Es que la creación del riesgo es lícito, en tanto actividad humana admitida como valiosa. Si no ha mediado daño a terceros, no puede alegarse responsabilidad civil alguna. Diferente es cuando de tal actividad resulta un perjuicio cierto, hipótesis en que el causante de tal consecuencia debe responder conforme el principio general "*alterum non laedere*"<sup>703</sup>

## 8.- LA RELACIÓN CAUSALIDAD ADECUADA ENTRE EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y EL DAÑO ACAECIDO

La doctrina señala que la responsabilidad sólo ha de resultar inexcusable cuando se muestre el nexo causal suficiente entre el daño y la ausencia o deficiencia del control debido.<sup>704</sup> El ligamen cau-

<sup>700</sup> ALSINA H., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II. Ed. Ediar. Buenos Aires. 1942. Pág. 192. LLAMBIAS J. J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Tomo I. Ed Abeledo Perrot. Pág. 310.

<sup>701</sup> LLAMBIAS J. J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Ed. Abeledo Perrot. Pág. 353. CAZEAUX, Pedro N. TRIGO REPRESAS, Felix. *Derecho de las Obligaciones*, Ed. Platense. 2 ed. Tomo I, Pág. 382. CICHERO. "La reparación del Daño Moral en la reforma de 1968", E.D., 66:157; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones..* 7a. ed., Tomo I, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 195. CNCiv F, LA LEY, 1978-B, 521; id. Sala F, ED 88:628; CNCiv Sala C, ED 60:226; CNCiv Sala E, 19.9.94, "Vítolo D. c. Guardado, Néstor"; CNCiv Sala L, 13.6.91, "Mendez de López Mansilla, Claribel y otra c. Bonfiglio Wasbein y Bonfiglio S.R.L."; CNCom Sala A, 13.7.84, "Collo Collada A. c. Establecimientos Metalúrgicos Crespo SACI.

<sup>702</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Dube, Mario Daniel c. Coca Cola de Argentina S.A., 20/05/2008, La Ley Online, AR/JUR/3287/2008.

<sup>703</sup> Pizarro, Daniel, Vallespinos, Carlos Gustavo. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Ed. Hammurabi T. I, Página 187. BUERES Alberto y HIGTHON Elena, *Código Civil y normas complementarias. Comentado y Anotado*. T. 3 A, página 8. Al imputarse a la demandada una actividad ilícita y un daño consecuente, quien así lo alega debe acreditar, como principio, los hechos en que sustenta su ataque (art. 377 código procesal). SAGARNA F., Responsabilidad del fabricante vendedor por productos elaborados, LL 2006-B, 301).

<sup>704</sup> ANDORNO Luis: "Responsabilidad civil por productos elaborados" JA 1997-III-651; Jornadas de Morón 1994, Despacho de comisión 2). En tal sentido la Corte Nacional ha destacado que la medida resulta del daño causado con el control exigible. GHERSI y otros "Derecho y Reparación de daños" Ed. Universidad, Bs. As. 1998, p. 8, p. 44) y en el caso "Ruiz" que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias//

sal entre el hecho dañoso y los nocimientos producidos no requerirá siempre de contacto físico entre el bien elaborado y la persona que lo consumió, vgr. el Daño Moral que provoca un elemento contaminante en un envase cerrado cuyo contenido iba a ser consumido (caso de una colilla de cigarrillo), aunque en la hipótesis de productos consumibles, en la generalidad de los casos, será menester la demostración de dicho acercamiento, -vgr. por ingesta del bien por el consumidor-, prueba que estará a cargo del actor, aunque en el proceso de daños bastará con la de presunciones para establecer ese vínculo causal, toda vez que juega la teoría de la carga probatoria dinámica.<sup>705</sup>

Al respecto se ha entendido, que correspondía confirmar la decisión en cuanto atribuye responsabilidad al vendedor de bolsas de alimento balanceado para vacunos que produjeron su muerte, toda vez que la actora ha logrado acreditar la relación de causalidad entre el daño y el vicio del producto elaborado, por aplicación de lo que ha dado en llamarse la doctrina de la prueba compuesta, la cual resulta de la combinación de pruebas simples imperfectas que consideradas aisladamente no hacen prueba por sí solas, pero consideradas en conjunto llevan a un pleno convencimiento.<sup>706</sup>

Con similar tesitura se consideró que era improcedente la acción de daños y perjuicios entablada contra el vendedor, proveedor y elaborador de ciertos productos embutidos con fundamento en que el consumo de dicha mercadería ha provocado al reclamante la enfermedad de triquinosis, pues, aun flexibilizando al máximo el análisis de la prueba aportada, no surge mínimamente insinuada la relación de causalidad entre el daño experimentado y la mercadería denunciada como productora de contagio.<sup>707</sup>

Asimismo se dijo que debe rechazarse la demanda por daños y perjuicios incoada contra una empresa alimenticia por el daño que le habría ocasionado a un menor el consumo de un alimento infantil por contener en su interior una tuerca, si de la pericia, la cual no fue objetada, surge que la elaboración de dicho producto es a cielo cerrado y la introducción de cualquier cuerpo extraño implicaría la detención del proceso, pues ello impide tener por acreditado el elemento fundamental que hace a la dinamización de la responsabilidad objetiva, esto es el necesario nexo causal.<sup>708</sup>

## **9.- EL CARÁCTER RIESGOSO DEL PRODUCTO Y LA INMISCUICIÓN DEL ART. 1113 DEL CÓD. CIVIL PARA OBJETIVIZAR LA RESPONSABILIDAD EN CONCORDANCIA CON LA LDC**

El producto viciado debe ser considerado como riesgoso y, por ende, comprendido en el ámbito de aplicación del art. 1113 del Cód. Civil, dado que la búsqueda del culpable para que responda a título subjetivo es una tarea imposible para la víctima, por ello, la ley se desentiende de las circunstancias internas de imputabilidad subjetiva y enfoca la cuestión desde la mira de la consecuencia: el vicio del producto.<sup>709</sup> En este orden, la Sala A de la CNCiv. consideró que el restaurante resulta res-

---

tuvo parte pues su responsabilidad no puede llegar a ser involucrada en las consecuencias dañosas que se producen por hechos extraños a su intervención directa. GALDÓS José M. en "Responsabilidad Extracontractual del estado en la Corte Suprema de la Nación. Principales pautas directrices"; Rev. Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. 9, p. 63.

<sup>705</sup> SAGARNA, Fernando Alfredo. "Responsabilidad del fabricante..." Ob. Cit. Pag. 1186

<sup>706</sup> Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, Benítez, Juan E. c. Foragro S.R.L., 08/09/2003, LLLitoral 2004 (mayo) , 425, AR/JUR/4902/2003

<sup>707</sup> Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, Ordóñez, Mario Raúl y otra c. Azzaretti, Patricia Isabel Silvana y otros, 20/09/2007, La Ley Online, AR/JUR/6641/2007

<sup>708</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, N., C. A. c. L. P. S.A. y otros, 21/08/2008, LLBA 2008 (octubre) , 1023, AR/JUR/6489/2008.

<sup>709</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, Soler, Miguel y otros c. Coca Cola S.A.I.C. y F., 11/12/2006, LA LEY 04/04/2007, 10 , LA LEY 2007-B , 613, RCyS 2007, 779, ED 222 , 355, AR/JUR/8859/2006.

ponsable, en los términos del art. 1113 del Código Civil y la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, por los daños y perjuicios sufridos por una persona al ingerir comida en mal estado en su establecimiento, ya que aquél incumplió con la obligación, propia de su actividad, de supervisar y vigilar las condiciones en que se prestaba el servicio para evitar las consecuencias dañosas.<sup>710</sup>

---

<sup>710</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, Ferradas, Olga B. c. Restaurant Turuleca de Jose Luis Barbero Gonzalesz, 21/11/2006, La Ley Online, AR/JUR/7571/2006.

CAPÍTULO XVII: CONTRATO DE CONCESIÓN DE  
OBRA PÚBLICA Y CONTRATO DE USO DE AUTOPISTAS  
SOMETIDAS AL PEAJE:  
EL USUARIO DE AUTOPISTAS Y LA LEY DE DEFENSA  
DEL CONSUMIDOR

---

**Por Graciela Ritto**



No es posible referirse al contrato de uso de autopistas sometidas al peaje sin abordar en primer lugar el tratamiento del contrato de concesión de obra pública y la evolución de la responsabilidad del concesionario en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Entre ambos contratos existe conexidad contractual, se trata de negocios jurídicos coordinados con un objetivo común: asegurar el deber de indemnidad desde el ingreso del usuario a la autopista hasta su arribo a destino.

Y ello, así, aun cuando el contrato de concesión es un contrato administrativo, con el régimen exorbitante que lo caracteriza y el contrato de uso de autopistas es comercial y se trata, en este supuesto, de una relación contractual de consumo entre el concesionario y el usuario.

Sin desconocer, además, la trascendencia que tuvo la Ley de Reforma del Estado, N° 23.696 en la regulación jurídica del contrato de concesión de obra pública.

**Contrato de concesión de Obra Pública:** es el contrato administrativo por el cual la Administración contrata a una empresa para realizar una obra pública y la remunera otorgándole la explotación de la obra por un plazo determinado. Está regulada a nivel nacional por la Ley 17.520 con las modificaciones introducidas por los arts. 57 y 58 de la ley 23.696.<sup>711</sup>

Cabe señalar que el artículo 58 de la Ley 23.696 de Reforma del Estado extendió el concepto de concesión de obra a la explotación, administración, reparación, ampliación o mantenimiento de obras ya existentes.

La diferencia esencial con el contrato de obra pública está dada por la modalidad de pago, en el primero la Administración paga un precio, en la concesión otorga la explotación por un tiempo determinado.

El artículo 57 de la Ley 23.696 se refiere a la ecuación económico – financiera del contrato: Las concesiones que se otorguen de acuerdo con la Ley 17.520 con las modificaciones introducidas por la presente ley, deberán asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión

**Modalidades de la Concesión:** tradicionalmente las modalidades de la concesión son tres: gratuita, onerosa o subvencionada según que la obra permita prestar un servicio que la torne rentable, muy rentable o no rentable. La rentabilidad se refiere al precio que es factible cobrar a los usuarios (en atención al flujo de clientes) y por un plazo determinado.

La modalidad se establece en el llamado a selección. En el supuesto de la concesión a título oneroso (servicio muy rentable) el concesionario tendrá que pagar una contribución en dinero, canon al Estado o existirá una participación en las ganancias a favor del Estado. Cuando es subvencionada habrá un pago único o entregas distribuidas del Estado al concesionario.

Roberto Dromi señala que según la forma en que se otorgue puede ser:<sup>712</sup>

**A iniciativa de la Administración:** se seguirá el procedimiento de licitación pública o la contratación directa si se trata de entes públicos o sociedades de capital estatal.

**A iniciativa privada:** regulada por el decreto N° 966/2005 y en este caso si la iniciativa es declarada de interés público por el Ejecutivo se podrá optar por la licitación pública o el concurso de proyectos integrales. En tal sentido, el Decreto N° 966/2005 establece en los arts. 6° y 8° los siguientes lineamientos:

<sup>711</sup> Ritto Graciela. "El contrato administrativo" en Manual de Derecho Administrativo, Dr. Alberto Biglieri, La Ley, Buenos Aires, 2011.

<sup>712</sup> Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2008.

ARTICULO 6° — Decidida la calificación de interés público de la propuesta y su inclusión en el Régimen de Iniciativa Privada, el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS determinará la modalidad de contratación, optando entre Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales:

a) En caso de Licitación Pública, el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS confeccionará los Pliegos de Bases y Condiciones y demás documentación respectiva, conforme los criterios técnicos, económicos y jurídicos del proyecto de Iniciativa Privada y convocará a Licitación Pública dentro del plazo de SESENTA (60) días a contar desde la fecha de la Resolución que adopte la presente modalidad de selección.

ARTICULO 8° — Considerase que en todos los casos en que las ofertas presentadas fueran de equivalente conveniencia, será preferida la de quien hubiera presentado la iniciativa, entendiéndose que existe equivalencia de ofertas cuando la diferencia entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta mejor calificada, no supere el CINCO POR CIENTO (5%) de esta última.

**Caracteres del contrato:** participa de los mismos caracteres que el contrato de obra pública (bilateral, oneroso, formal, intuito personae) pero tiene uno que la identifica: es aleatorio para el concesionario dado que los beneficios dependen de un hecho incierto, las ganancias que se obtengan durante el plazo de la concesión.

El contrato tiene para Roberto Dromi, dos fases, la primera que es la de la construcción de la obra pública o la conservación de la ya existente y la segunda que es la concesión para su explotación por un plazo determinado.<sup>713</sup>

**La tarifa o peaje:** El concepto por el cual el usuario de una ruta abona el peaje, reviste la entidad de un precio, pues se encuentra gravado con el Impuesto al Valor Agregado. (Del voto del doctor Zaffaroni en autos Ferreira Víctor Daniel y Ferreira Ramón contra V.I.C.O.V S.A, La Ley online, 2006).

### Formas de extinción del contrato

- Por cumplimiento del plazo
- Por rescisión bilateral (las partes de mutuo acuerdo deciden poner fin a sus obligaciones contractuales, de conformidad con el art. 1200 del CC.
- Por Rescate o revocación: explica Roberto Dromi que la Administración, por razones de interés público puede poner fin al contrato antes del vencimiento del plazo. Esta forma de extinción se llama rescate y se diferencia de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia en que si la actividad ha de cesar, el medio extintivo es la revocación y si ha de continuar a cargo del Estado el medio es el rescate. El rescate es una forma de extinción del servicio público, por la que el Estado asume la ejecución o prestación directa de él. 2)

**La responsabilidad del concesionario:** en "Colavita, Salvador y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros.", 07/03/2000, LA LEY, 2000-E, 498, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que no puede atribuirse responsabilidad a la concesionaria vial por el accidente provocado por la presencia de animales sueltos en la ruta, en tanto no puede asumir frente al usuario derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, máxime si en el reglamento de explotación se había pactado que las funciones de policía de seguridad y de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública.

<sup>713</sup> Obra citada

Dicha jurisprudencia fue modificada en el caso Ferreira, precedentemente citado, del año 2006, en el que nuestro más alto Tribunal consideró que: El concesionario vial debe responder ante el usuario por los daños provocados por animales que invaden la ruta concesionada y tal responsabilidad no resulta enervada, por lo que recae sobre el dueño o guardián del animal en los términos del art. 1124 del Cód. Civil, ya que la existencia de esta última no excluye a la primera, en tanto obedecen a un factor de imputación diverso. (Del voto del doctor Zaffaroni)

En tanto la relación entre el concesionario vial y los usuarios de la ruta concesionada posee naturaleza contractual, debe concluirse que existe una obligación objetiva de seguridad a cargo de aquélla. (Del voto del doctor Zaffaroni).

Un decisorio que es paradigma en lo relativo a la responsabilidad del concesionario:

Autos: “Ferreira Víctor Daniel y Ferreira Ramón contra V.I.C.O.V S.A, La Ley online, 2006” Del voto del Dr. Zaffaroni:

11) *Que el concepto por el cual el usuario abona la suma de dinero preestablecida denominado peaje, a cambio de la prestación del servicio, reviste la entidad de un precio pues se encuentra gravado con el IVA. Es que la propia norma de Derecho Público (resolución general DGI. 3545/1992), así lo define en la medida en que, en su art. 3 , prevé: “En los casos en que el comprobante a que se refiere al artículo anterior se emita a responsables inscriptos en el impuesto al valor agregado, podrá a los fines de discriminar el monto del impuesto al valor agregado contenido en el precio del servicio , consignarse en el frente o en el dorso del aludido comprobante el porcentaje que, aplicado al precio, represente el citado monto del impuesto”.*

12) *Que el vínculo así conformado exterioriza, entre concesionaria y usuario, la mediación de una relación de consumo que tiene recepción normativa en la ley 24240 aun cuando el acaecimiento de autos medió con anterioridad a la incorporación dispuesta, por el art. 4 ley 24999 (10), al art. 40 de dicho ordenamiento, y alcanzó la máxima jerarquía, al quedar incluido en el art. 42 CN., con la reforma constitucional de 1994.*

15) *Que tal armonización resulta viable, en tanto se entienda que la finalidad de la ley 24240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 CN.*

16) *Que aun cuando el Estado, dentro del marco de la concesión, ejerce los derechos fundamentales; la vinculación entre el concesionario y el usuario resulta comprensiva de derechos de naturaleza contractual de diversa entidad e intensidad, en tanto aquél realiza la explotación por su propia cuenta y riesgo, lo cual se corresponde con la noción de riesgo y ventura inherente a todo contrato de concesión.*

17) *Que, en consonancia con el riesgo asumido y la actuación que le es propia, cabe atribuirle la responsabilidad directa y personal por las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato celebrado con el usuario, no empecé a que en su ejecución pudiesen presentarse ciertos obstáculos, en la medida en que como contrapartida le asiste el derecho a los beneficios económicos derivados de aquella explotación.*

18) *Que las consideraciones vertidas, permiten afirmar que la relación resulta de naturaleza contractual de Derecho Privado y hace nacer una obligación objetiva de seguridad a cargo de la concesionaria, pues se trata de prestar un servicio de carácter continuado, modalmente reflejado por el ingreso a las rutas en forma masiva, y de uso simultáneo, sin que pueda existir una deliberación previa de forma que permita al usuario modificar las condiciones de la prestación.*

21) *Que esas expectativas, así configuradas, en la materia que se trata, se corresponden con la prestación del servicio, a cargo del concesionario, en términos tales que mantenga indemne la integridad física y patrimonial del usuario, pues en esa consecución éste ha depositado su confianza, la cual, objetivamente considerada, estriba en el tránsito por la vía concesionada sin riesgo alguno para dichos bienes.*

23) *Que, en su consecuencia, la naturaleza de esa relación determina la responsabilidad objetiva de la concesionaria, quien asume frente al usuario una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquél debe llegar sano y salvo al final del recorrido, en consonancia con el principio de buena fe (art. 1198 CCiv.) y el deber de custodia que sobre aquélla recae. El cumplimiento de este último deber se inscribe dentro de las prestaciones que se encuentran a su cargo, como resultan las de vigilancia permanente, remoción inmediata de obstáculos y elementos peligrosos, y alejar a los animales que invadan la ruta dando aviso, de inmediato, a la autoridad pública correspondiente.*

Hemos citado textualmente algunos considerandos del voto del Dr. Zaffaroni que pensamos decisivos en el fallo, atento modificar la jurisprudencia del caso Colavita, ya mencionado, y definir la relación de consumo entre el concesionario y el usuario.

Podríamos sintetizar los lineamientos que el caso introduce:

- El peaje es precio al estar gravado con el IVA (y no una contribución como se sostuvo hasta este caso)
- El vínculo entre concesionaria y usuario es una relación de consumo en los términos de la ley 24.240
- Aun cuando el Estado dentro del marco de la concesión ejerce los derechos fundamentales, la relación entre el concesionario y el usuario es de diversa entidad atento que el concesionario ejerce la concesión por su propia cuenta y riesgo
- La relación contractual de derecho privado entre el concesionario y el usuario hace nacer una obligación objetiva de seguridad a cargo de la concesionaria (de conformidad con el art. 1198 del CC “obligación de garantía” y el art. 5° de la LDC “obligación de seguridad”).
- Del voto del Dr. Lorenzetti:

5) *Que el vínculo que une al que contrata o usa el servicio y el concesionario de la misma, es una relación de consumo. Quien paga el peaje, como quien usa de la ruta para los fines del tránsito como acompañante, son consumidores en la medida en que reúnan los requisitos de los arts. 1 y 2 ley 24240. Por otra parte, las concesiones viales conforman un servicio público al que le son aplicables las normas de la ley 24240 (arts. 1 y 2). La fuente de esta relación jurídica puede ser un contrato o actos unilaterales o bien hechos jurídicos, que vinculen a los sujetos antes mencionados, lo cual es claramente diferente del vínculo que une a la concesionaria con el Estado. El poder público puede, legítimamente, conceder la explotación de los servicios viales, estableciendo las condiciones en que el mismo será desempeñado, así como los instrumentos para su financiamiento, todo lo cual es aceptado por el concesionario con perfecto conocimiento de sus obligaciones y riesgos frente a los terceros que se derivan de la prestación del servicio.*

6) *Que el concesionario no asume una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio. Esta calificación importa que hay una obligación nuclear del contrato, constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y, también, deberes colaterales con fundamento en la buena fe (art. 1198 CCiv.). Entre estos últimos existe un deber de seguridad, de origen legal e integrado en la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles. Al respecto, el art. 5 inc. m ley 24449 (17) al definir al concesionario vial señala que*

es “...el que tiene atribuido por la autoridad estatal la construcción y/o mantenimiento y/o explotación, la custodia, la administración y la recuperación económica de la vía mediante el régimen de pago de peaje u otro sistema de prestación...” (Énfasis agregado).

En síntesis:

- Se reafirma que el vínculo entre el concesionario y el usuario es una relación de consumo
- La obligación del concesionario es la de prestar un servicio
- Una vez calificada la existencia de una relación de consumo, surge un deber de seguridad de fuente constitucional (cit. art. 42 CN.) y legal (art. 5 ley 24449; ley 24240).

El fallo constituye, sin lugar a dudas, un avance en cuanto a la aplicación de la relación de consumo y la protección de los usuarios.

Como valores centrales, se prioriza en primer lugar la obligación de seguridad (art. 5º de la Ley 24.240) en la circulación por autopistas, como el bien más valioso relacionado con la vida de las personas.

En segundo lugar, el pronunciamiento pone de manifiesto la idea de la confianza con que los automovilistas ingresan en una autopista privatizada y a cargo de un concesionario, y que genera legítimas y objetivas expectativas de que ninguna situación imprevista se puede presentar en la circulación, como por ejemplo, un animal en la ruta.

### **Algunas consideraciones sobre la evolución jurisprudencial de la responsabilidad**

Explica el gran maestro Cassagne que a partir del caso “Ruiz” del año 1989 se aplicó la tesis de la irresponsabilidad del Estado (en el caso, de la Provincia de Buenos Aires) cuando el accidente resulta provocado por un animal respecto del cual la provincia no es propietaria ni guardadora.<sup>714</sup> (Cassagne, Juan Carlos, 2007) 3)

Dicha decisión recibió la crítica doctrinaria que sostuvo que no aplicó los principios de la responsabilidad objetiva y que el incumplimiento del deber de vigilancia no se habría producido de haber adoptado la Provincia las medidas necesarias de vigilancia y de seguridad en las rutas.

Al generalizarse la gestión privada de las rutas y autopistas y aparecer los concesionarios viales como colaboradores de la Administración, en los casos “Colavita” y “Bertinat” (“Bertinat Pablo J. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otro” LL 2000-E, 194), la Corte fijó los límites de la responsabilidad de dichos concesionarios en las cláusulas del contrato de concesión y en el plexo de disposiciones que la rigen, considerando que no pesaba sobre los mismos el deber de vigilancia de seguridad en las rutas.

Pero, al propio tiempo, como se mantenía la irresponsabilidad del Estado o de la Provincia por no ser el guardián o dueño de los animales, quienes accionaban por daños y perjuicios por accidentes viales no tenían, la mayoría de las veces, a quién reclamar, dado no sólo la dificultad, sino la imposibilidad que existe, en la mayor parte de los casos, para individualizar a los dueños de los animales sueltos.

Interesa destacar, además, que en el caso “Colavita” la Corte empleó, como argumento central, la circunstancia que no cabe imputar al concesionario, en tanto cumple una función que le ha

<sup>714</sup> Cassagne, Juan Carlos Juan Carlos. “Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte” LA LEY16/04/2007,1, LA LEY2007-B, 1293.



sido delegada, mayores deberes y derechos frente al usuario que los que posee al Estado concedente “por virtud de la delegación de funciones propias de la concesión”.

Frente a este escenario de injusticia, el Alto Tribunal en el fallo Ferreyra y “Bianchi, abandonó el criterio sentado en los casos “Colavita” y “Bertinat” antes citados y estableció la responsabilidad del concesionario vial con fundamento en “la relación de consumo”, que vincula a éste con los usuarios en virtud de lo prescripto en la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) y en el art. 42 de la Constitución Nacional.

El caso Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios. 7 de noviembre de 2006. CSJN:

Nos interesa relevar el considerando 3º y 4º del decisorio, en los que se reitera la doctrina Ferreira, aun cuando en autos no era aplicable la ley 24.240, por no estar vigente al momento de los hechos.

3) *Que el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de las mismas es calificado como una relación de consumo en el derecho vigente.*

*Efectuada esta precisión, y sin perjuicio de interpretar que la protección de la relación de consumo tiene sustento en el art. 33 de la Norma Fundamental, lo cierto es que en el caso no es posible la aplicación de la ley 24.240 y sus modificatorias, pues dicha norma se sancionó con posterioridad a la fecha del accidente que origina el reclamo de la parte actora (art. 3º del Código Civil).*

*Que en el derecho vigente a la época del evento dañoso, el vínculo era contractual, regulado por el Código Civil, ya que no cabe duda alguna que la relación entre el concesionario y el usuario es diversa a la que el primero tiene con el Estado, y que este último paga un precio o canon para el uso de la ruta y los servicios consiguientes.*

4) *Que existiendo una relación contractual, cabe sostener que el concesionario no asume una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio. Esta calificación importa que hay una obligación nuclear del contrato, constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y, también, deberes colaterales con fundamento en la buena fe (art. 1198, Código Civil). Entre estos últimos existe un deber de seguridad, de origen legal e integrado en la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles.*

Como colofón, en el caso, nuestro más alto Tribunal consagra

- La obligación del concesionario de prestar un servicio y los deberes colaterales de buena fe (art. 1198 del CC)
- El deber de seguridad integrado en la relación contractual (obligación de garantía).

### **Las obligaciones del concesionario**

- Las concesionarias prestan un servicio que tiene que ser ofrecido de buena fe (art. 1198 del CC) y con el cumplimiento del deber de información (art. 4º de la LDC) y de seguridad (art. 5º de la LDC).
- Deben proteger la indemnidad del usuario. (desde la entrada a la autovía hasta la finalización del viaje).
- Para Celia Weingarten se trata de un contrato comercial de uso vial.<sup>715</sup>

<sup>715</sup> Gherzi, Carlos, Weingarten Celia. Tratado de los Contratos, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010.



### Obligaciones del concesionario:

a) Brindar una correcta información al usuario: carteles indicadores, pintado de los carriles de circulación, señalización.

b) Mantener el estado de la ruta en buenas condiciones

c) Remover los obstáculos en la ruta (piedras, animales, manchas de aceite)

d) cumplir con una serie de servicios: colocación de postes cada 10 km con teléfonos para solicitar auxilio mecánico, vehículos de auxilio propio o contratado, información constante del estado de ruta, condiciones del tiempo, normalidad o anormalidad en la circulación.

### Reflexiones finales

El contrato de uso de autopistas sometidas al peaje implica una relación de consumo, por lo que se le aplica toda la normativa consumerista (deber de información del art. 4º de la LDC, obligación de seguridad del art. 5º, trato digno y equitativo del 8º bis, responsabilidad objetiva del art. 40, procedencia de los daños punitivos del 52 bis).

La responsabilidad objetiva del concesionario vial no admite dudas a partir de los casos Ferreira y Bianchi, precedentes que marcaron la nueva tendencia jurisprudencial y que constituyen un hito frente a la jurisprudencia de Colavita que consagraba la irresponsabilidad de los concesionarios viales.

Esa responsabilidad tendrá su fundamento en la obligación de seguridad del art. 5º de la Ley 24.240 o en la obligación de garantía del art. 1198 del CC.

En todos los casos, la relación es contractual de consumo y el concesionario es el prestador de un servicio, por lo que se impone la protección al usuario de las autopistas viales, en tanto es el débil jurídico en la relación.

### BIBLIOGRAFÍA

1) Ritto Graciela. "El contrato administrativo" en Manual de Derecho Administrativo, Dr. Alberto Biglieri, La Ley, Buenos Aires, 2011.

2) Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2008.

3) Cassagne, Juan Carlos. "Nuevos criterios en la jurisprudencia de la Corte" LA LEY16/04/2007,1, LA LEY2007-B, 1293.

4) Gherzi, Carlos, Weingarten Celia. Tratado de los Contratos, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010.

## Agradecimiento a los colaboradores:

Quienes han compartido con nosotros este espacio de investigación son todos docentes universitarios de vasta trayectoria, judicial en algunos casos, profesional en otros.

Muchos pertenecen a la UCES y ello también ha sido para nosotros muy satisfactorio. Pero lo esencial ha sido el trabajo en equipo, que nuestra Universidad nos facilitó. Gracias a todos y a la UCES

Graciela y Julián

### Colaboradores de este trabajo:

**Carla Rocha Pordeus- Possui Pós- Graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Campina Grande(2010), doutoranda em Direito com orientação em Direito Privado pela UCES- Universidade de Ciências Empresariais e Sociais de Buenos Aires, possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (2002). Atualmente é professora da Universidade Federal de Campina Grande e do Curso de Direito da FAFIC-**

**Pablo Truscello: Abogado por la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.) 2006. Se encuentra cursando el Doctorado en Derecho, con Orientación en Derecho Privado en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (U.C.E.S). Se encuentra cursando la Carrera Docente en la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.)**

**Maria Mônica de Almeida. Bacharela en Derecho por la Universidade Federal da Paraíba - UFPB; tiene especialización en Metodología de la Enseñanza en el Instituto de Educación Cajazeiras - IESC, cursa Especialización en Derecho Material y Procesal del Trabajo por la Universidad Gama Filho y Abogacía Laboral, por Universidade Anhanguera; estudiante de doctorado en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales - UCES, Buenos Aires / AR. Es Profesora de Derecho del Trabajo en Curso de Contabilidad de la Universidad Federal de Campina Grande; Profesora de Derecho Procesal y Laboral en el Curso de Bacharelado en Derecho, na Facultad de Filosofía, Ciencias y Letras de Cajazeiras, profesora en la Especialización en Derecho Material y Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social del Instituto de Derecho de Cajazeiras Educación - IESC; Investigadora do CNPq.**

**Prof. Heraldo FIORDELISI (Juez de la Exma. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, Prof. de Derecho Civil de la U. de Morón).**

**Prof. Guillermina L. SOSA (Sec. de Redacción Ed. La Ley, Prof. adjunta de la UBA)**

**Prof. Luis R. J. SÁENZ (Sec. de la Exma. Cámara Nacional de Apelaciones. Prof. de grado y posgrado de la UBA)**

**Prof. Walter KRIGER (Abog. en ejercicio profesional. Prof. de la UBA Doctorando UCES)**

**Abog. Eliana PESARESI (Especialista en Derecho de Daños de la UBA. Doctorando UCES)**

**Abog. Fernando YARROCH Apoderado del Banco de la Provincia de Buenos Aires (Secc. Perg). Especialista en Derecho Civil U. de Salamanca)**

**Prof. Pablo DI IORIO (Especialista en Derecho Civil de la U. de Salamanca. Prof. de la UBA)**

**Abog. Silvia ROSSINI (Posgraduada en Derecho de la Salud de la UBA. Abog. del PAMI).**

**Prof. Dra. Alba PAÑOS PÉREZ Prof. de la U. de Almería. (España) y Doctora en Derecho.**