

Daño extrapatrimonial en las relaciones de consumo

Autor:

Hernández, Carlos A.

Cita: RC D 227/2019

Tomo: 2018 3 Responsabilidad por daño no patrimonial

Revista de Derecho de Daños

Sumario:

I. Daño "extrapatrimonial o moral" y "relaciones de consumo": evolución y problemáticas convergentes. II. El diálogo de fuentes entre el Derecho de Daños y el Derecho del Consumidor. III. El Derecho del Consumidor y los intereses extrapatrimoniales. IV. Horizontes actuales del daño moral en las relaciones de consumo. 1. Alcances y proyecciones. 2. Aplicaciones jurisprudenciales. V. La prueba del daño moral en las relaciones de consumo. VI. Daño moral y daño punitivo en las relaciones de consumo. VII. Daño extrapatrimonial, intereses colectivos y Derecho del Consumidor.

Daño extrapatrimonial en las relaciones de consumo

I. Daño "extrapatrimonial o moral" y "relaciones de consumo": evolución y problemáticas convergentes, pág. 465

El título asignado a este estudio propone una conexión entre dos temas de alto impacto: el "daño extrapatrimonial" y las "relaciones de consumo".

Sobre ambos se ha operado una interesante evolución.

En el plano estrictamente legal^[1], el daño moral tuvo tres fases históricas: comenzó actuando en el Código de Vélez en supuestos excepcionales del ámbito extracontractual^[2]; pasó -con la reforma de la ley 17.711 del año 1968- a ser recepcionado en ambas órbitas, aunque con una redacción tortuosa en el campo contractual que contribuyó a restarle su plena potencialidad^[3], y ahora se encuentra tipificado en el artículo 1741 del Código Civil y Comercial (CCC) con la denominación de *Indemnización de las consecuencias no patrimoniales*, bajo un régimen de unificación de la responsabilidad civil, y con cierta ampliación de su encuadre, en cuanto el texto establece que "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas"^[4].

Del mismo modo, las relaciones de consumo registran un profundo cambio. La Ley de Defensa del Consumidor (LDC) -que ya tiene un cuarto de siglo de vigencia- estuvo sometida a múltiples avatares. Inicialmente tuvo un traspie inesperado, que llegó a calificarse de "muerte súbita"^[5], al ser promulgada mediante el decreto de veto 2089/93^[6], que se proyectó -total o parcialmente- sobre diez de sus sesenta y cinco artículos; su impacto no fue sólo cuantitativo, sino principalmente cualitativo al privar a la LDC de un sistema de garantía legal por buen funcionamiento de las cosas muebles no consumibles, de reglas especiales sobre responsabilidad por defectos, y de normas procesales tendientes a facilitar el acceso individual y colectivo de los consumidores al sistema judicial. La cláusula constitucional de protección del consumidor^[7] -de 1994-, en cuanto enuncia sus derechos fundamentales, explica y da fundamento a las innumerables reformas introducidas a la LDC, que han buscado lograr coherencia con aquellos postulados. Las leyes 24.568, 24.787, 24.999, 26.361 y 26.993 son pruebas elocuentes de ello, aunque en nuestra opinión la fase modificatoria de mayor relevancia sobrevino con el CCC -aprobado por la ley 26.994-, que tuvo impacto directo e indirecto sobre la LDC, por vía de reforma, coordinación o complementación. El ciclo de cambios legislativos, sin embargo, no parece haberse clausurado, como lo demuestra la irrupción de algunas intervenciones habidas a la LDC desde la entrada en vigencia del CCC^[8]. En

cualquier caso queda claro que aquélla se ha presentado en estos veinticinco años como un instrumento flexible para canalizar los intereses de los consumidores frente a las cambiantes exigencias económico-sociales[9], lo que hace probable que el camino de reformas continúe; es de esperar que, de acontecer, ocurra en clave de coherencia y sistematicidad.

Por tanto, la LDC integra un intersistema[10] con el CCC, en ajuste a la Constitución Nacional (CN) y a los tratados internacionales de derechos humanos (TIDH). En este contexto es importante resaltar que del primer párrafo del artículo 42 de la CN surge claramente que la tutela de las relaciones de consumo trasciende los aspectos meramente económicos, para extenderse a la protección de la salud, la seguridad -comprensiva de la integridad física- y el trato digno, otorgando preeminencia a aquellos valores que enfatizan la protección del consumidor en cuanto ser humano, a la par de ocuparse también de sus derechos económicos[11].

Lo dicho explica que el tema que nos proponemos tratar aquí exhibe una marcada intensidad, en tanto en él convergen diferentes aspectos que hacen a muchas de las problemáticas actuales del Derecho Privado argentino. Entre ellas pueden reseñarse de modo enunciativo las siguientes:

1) Se inscribe en el marco del diálogo de fuentes que se da entre el Derecho común -en este caso el Derecho de Daños- y el Derecho del Consumidor[12]. No se trata de desconocer la lógica especial de las relaciones de consumo, sino de lograr su adecuada integración con el sistema general. Para explicar ese diálogo es importante aceptar que la unificación de la responsabilidad civil no es absoluta, ni siquiera en lo que concierne a las órbitas tradicionales[13]. Lo mismo sucede con las reglas que rigen los daños causados en las relaciones de consumo, desde que a partir de la premisa de unidad de la teoría general de la responsabilidad civil es posible aceptar la existencia de especificidades en el régimen estatutario[14].

2) Refiere a áreas constitucionalizadas -el Derecho de Daños y el Derecho del Consumidor-, que incluso, en muchos casos, responden a la tutela de los derechos humanos. La vigencia del CCC afirmó el proceso de constitucionalización de nuestro Derecho Privado[15], que -como ya se adelantó- comenzó con la reforma a la CN en el año 1994[16]. Se trata de una orientación elegida por los redactores del Anteproyecto de CCC, especialmente puesta de relieve en los *Fundamentos* que acompañaron su elevación al Poder Ejecutivo, cuando expresan que "se establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos..."[17]. Indudablemente, esta nueva etapa muestra una continuidad con la línea de pensamiento que había inspirado a la reforma del Código Civil en el año 1968[18], haciéndolo más permeable a la recepción de reglas axiológicas, encaminadas a la protección de la persona[19], en especial de aquellos sujetos de Derecho caracterizados por su vulnerabilidad.

3) Da cuenta de las transformaciones operadas en el Derecho de Daños y en el Derecho del Consumidor, en donde aparece jerarquizada la tutela de los intereses extrapatrimoniales.

4) Expresa la apertura a la dimensión colectiva de los damnificados, que presenta múltiples proyecciones que merecen una consideración especial[20].

II. El diálogo de fuentes entre el Derecho de Daños y el Derecho del Consumidor, pág. 471

El plexo normativo de protección del consumidor se enriquece por vía de una pluralidad de reglas consagradas en diferentes "teorías generales" del CCC[21]. Para comprender cabalmente esta apreciación debe aclararse que el CCC ha mejorado y ampliado las "teorías generales" que consagraba el Código de Vélez. Ejemplos de ello son la "teoría general del contrato" (arts. 957 y ss., CCC) fuertemente remozada, y la nueva "teoría general de la responsabilidad civil" (arts. 1708 y ss., CCC). Por lo demás, muchas de esas reglas ahora "generalizadas" han sido importadas de la praxis consumeril[22], o encuentran en ese ámbito su más fértil aplicación.

En concreto, y en materia de daños, es posible constatar una pluralidad de normas generales, con marcada relevancia en el campo de las relaciones de consumo. A título enunciativo se ejemplifica con algunas de ellas[23]:

1) La función preventiva de la responsabilidad civil (art. 1708, CCC)[24] converge con temas tales como la legitimación de los consumidores expuestos, las prácticas abusivas y las obligaciones de información y seguridad. También aporta al marco general dentro del cual debe ser explicado el daño punitivo[25].

2) Las mejoras respecto de los derechos de las víctimas o damnificados, entre las que se destacan los avances en torno a los nuevos daños resarcibles y a los legitimados activos; las pautas adicionales en el régimen de responsabilidad objetiva, y la eliminación -en este último caso- de la suspensión del dictado de la sentencia civil

hasta que recaiga la penal[26].

3) En materia de prescripción, si bien el CCC sustituyó la redacción del artículo 50 de la LDC, es necesario reconocer que amplió los plazos más reducidos que fijaban los códigos derogados. Por su aplicación directa a los daños en las relaciones de consumo, se recuerdan los términos más relevantes que ahora rigen, a saber: "El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente..." (art. 2560); "El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años" (art. 2561, segundo párrafo); "Prescriben a los dos años [...] d) el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas" (art. 2562); "Prescriben al año: a) el reclamo por vicios rehdibitorios..." (art. 2564)[27]. No se niega que la articulación de algunos de esos plazos puede generar dudas. En dichos supuestos, como en otros similares, resultará determinante lo dispuesto en el artículo 1094, en cuanto manda a aplicar e interpretar las normas que regulan las relaciones de consumo conforme con el principio de protección del consumidor, dando prevalencia en caso de duda a la norma más favorable al consumidor.

Éste es el contexto general en el cual deben ser considerados los daños extrapatrimoniales en las relaciones de consumo.

III. El Derecho del Consumidor y los intereses extrapatrimoniales, pág. 473

Aunque la lógica intrínseca del Derecho del Consumidor adscribe tradicionalmente a la tutela de los intereses económicos, ello no supone negar el debido resguardo de los derechos extrapatrimoniales del consumidor, en tanto persona humana[28].

Más aún, la jerarquía constitucional asignada a los TIDH (art. 75, inc. 22) por parte de la reforma de 1994 ha supuesto la recepción del "principio *pro homine*", que supone estar a favor de la persona humana[29], lo que reviste particular interés en el Derecho del Consumidor puesto que marca la conexión entre los derechos de los consumidores, los derechos fundamentales y los derechos humanos[30].

En nuestro ordenamiento jurídico, constituye supuesto paradigmático la protección dispensada a la seguridad, a la dignidad del consumidor y a la prohibición de las prácticas discriminatorias[31].

El proceso de afirmación de los derechos de la persona humana consumidor en el mercado de bienes y servicios[32] puede observarse con claridad en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). En tal sentido, constituye un verdadero *leading case* el amparo colectivo deducido contra el Ministerio de Energía y Minería de la Nación con el objeto de que se garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios y de que, en forma cautelar, se suspendiese la aplicación del cambio del cuadro tarifario del servicio de gas[33]. La CSJN ratificó la nulidad de las resoluciones ministeriales cuestionadas aunque circunscribió el decisorio al colectivo de "usuarios residenciales", respecto de los cuales ordenó que se mantuviera vigente la tarifa social. Para así decidir sostuvo que "...resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad".

Por lo demás, la convergencia del Derecho del Consumidor con los derechos humanos ha encontrado en la doctrina de la CSJN una rica aplicación en materia de prácticas abusivas[34]. Varios de sus pronunciamientos van en ese camino. Así, se hizo lugar a una acción de amparo interpuesta por el defensor del pueblo de la Nación contra la empresa concesionaria del servicio de ferrocarriles y contra el Estado nacional, para que se garantizara la prestación del servicio en forma digna y eficiente, posibilitando el desplazamiento de personas con discapacidad[35]. También, en otra causa similar de la misma fecha, juzgó discriminatoria la práctica de brindar un servicio de peor calidad a los usuarios que utilizan el ramal eléctrico Once-Moreno, en relación a los usuarios que utilizan el ramal eléctrico Retiro-Tigre[36]. Más recientemente, en una acción promovida por una tabacalera contra la Provincia de Santa Fe con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley local en la que se establecieron prohibiciones y limitaciones relativas a la publicidad y promoción de los productos derivados del tabaco, a su consumo y a su venta, aunque la CSJN rechazó la demanda, en los fundamentos vertidos por el doctor Lorenzetti, sin embargo, se dijo que "...la norma impugnada pretende proteger la salud de quienes consumen cigarrillos, que constituyen un grupo especialmente vulnerable, en tanto -para muchos de ellos- el hábito de fumar se ha transformado en una adicción. En tales condiciones, también el artículo 42 de la Constitución Nacional justifica la existencia de disposiciones provinciales complementarias que tengan por finalidad lograr, junto a las normas nacionales en la materia, una aplicación más efectiva de los derechos del

consumidor".

En los tribunales inferiores dicha tendencia se ve acentuada. Por ejemplo, se han ponderado de modo particular las prácticas abusivas desplegadas por los proveedores mediando discapacidades del usuario o consumidor, sea para admitir reembolsos e indemnizaciones[37], o para justificar la imposición de un daño punitivo elevado[38].

IV. Horizontes actuales del daño moral en las relaciones de consumo, pág. 476

1. Alcances y proyecciones, pág. 476

Existe consenso en nuestra doctrina en cuanto a que el CCC ha diferenciado adecuadamente el daño en sentido amplio del daño resarcible, que "...no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés individual o colectivo no reprobado por el ordenamiento jurídico, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión"[39]. Del mismo modo, se acepta pacíficamente que "De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del artículo 1738 del CCC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo 'consecuencias no patrimoniales') como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole"[40], y que provoca "...una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir"[41].

A partir de esas premisas, y ciñendo el encuadre al ámbito específico del Derecho del Consumidor, es posible efectuar algunas afirmaciones liminares, a saber:

1) En nuestro entendimiento, el régimen de consumo permitió combatir la interpretación restrictiva del daño moral que campeaba en materia contractual.

Recuérdese que en la dualidad de órbitas de la responsabilidad civil que surgían del Código derogado, la redacción del artículo 522 -con la reforma del año 1968- llevó a algún sector de la doctrina a dudar sobre si la reparación del daño moral derivado del incumplimiento del contrato quedaba librada a las facultades judiciales. Más allá de que la discusión hermenéutica era caprichosa[42], la misma sirvió con frecuencia para generar un fuerte prejuicio contra la categoría, que condujo muchas veces a su rechazo o a la concesión de montos simbólicos o insuficientes.

Desde la vigencia de la LDC existen argumentos dogmáticos para neutralizar ese razonamiento, en cuanto la misma establece una visión unificada de las fuentes de la responsabilidad civil, ya que para determinar el ámbito de aplicación del régimen estatutario se recurre a la noción de "relación de consumo", expresada en un vínculo jurídico habido entre un consumidor y un proveedor (art. 3º), lo que importa una apertura a los comportamientos o prácticas, a los actos jurídicos unilaterales, a los actos ilícitos y a los contratos[43].

Ya la jurisprudencia de los primeros años de la LDC evidenciaba ese parecer, especialmente en los montos acordados en favor de los usuarios o consumidores. En tal sentido, cabe recordar que muchas veces las indemnizaciones respondían a las cifras reclamadas[44] o bien intentaban guardar una debida proporción con las cantidades reconocidas para otras vicisitudes más penosas o agraviantes[45]. En cualquier caso, se intentaba no incurrir en el error de fijar montos insignificantes, o desprovistos de cualquier relación con el perjuicio inferido.

Cabe ponderar que el CCC ha contribuido a consolidar este camino, en cuanto:

a) Unificó la responsabilidad civil, y prescindió de reiterar la regla del artículo 522;

b) ratificó la noción de "relación de consumo" como noción articuladora del régimen protectorio. Así, las normas del CCC referidas a la defensa de los consumidores y usuarios son situadas en el Libro Tercero, Título III, denominado *Contratos de consumo*, aunque precedidas de un Capítulo 1 denominado *Relación de consumo*. Ellas persiguen delimitar las categorías básicas de "relación de consumo" (art. 1092) y "contrato de consumo" (art. 1093), junto a la reafirmación de la vigencia del principio de tutela que dimana del artículo 42 de la Constitución Nacional.

2) Las normas de consumo también permiten atender con mayor ajuste a la personalidad del damnificado a fin de ponderar adecuadamente la lesión a sus intereses extrapatrimoniales, en miras del reconocimiento y cuantificación del daño moral. En precedentes casi coetáneos con la vigencia de la LDC se evaluaron las condiciones personales del consumidor a fin de medir el impacto sobre él y su grupo familiar[46].

En los últimos tiempos, la cuestión se ha visto acentuada. Aunque no puede dudarse de que "...la vulnerabilidad que da lugar a la protección del consumidor está vinculada con una falla estructural del mercado, que da origen a una vulnerabilidad general, que afecta a toda la categoría de sujetos que realizan prácticas de consumo"[47], es evidente que dicha debilidad muchas veces se potencia con otras, como la de los adultos mayores, las niñas, niños y adolescentes, los enfermos, etcétera.

La consideración del Derecho del Consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos permite reconocer, con mayor facilidad, niveles más exigentes para la protección de los consumidores particularmente vulnerables. Aunque dicha categoría no ha recibido una tipificación especial en nuestro régimen, es posible reconocerla del diálogo de fuentes al que invita el CCC, en especial con la LDC, la CN y los TIDH[48]. Se trata de una cuestión compleja, que suscita debates en la doctrina[49] y en la legislación comparada[50]. En nuestro país se visibiliza una tendencia firme hacia su aceptación, que ha dado lugar a diferentes estudios e investigaciones[51], y que encuentra acogida en el plano judicial, aunque quizás sin una referencia expresa a la categoría.

2. Aplicaciones jurisprudenciales, pág. 481

Sólo a modo de justificación de las premisas antes enunciadas, pasaremos revista a recientes precedentes que dan cuenta de algunas tendencias.

Así, en materia de medicina prepaga se sostuvo que "La afiliada debe ser indemnizada por el daño moral padecido, pues la expectativa de contar con un servicio de salud del cual no pudo gozar, encontrándose luego cada vez más endeudada con la demandada, quien desde el año 2014 no ha dado ninguna respuesta a lo acontecido pese a los reiterados reclamos, constituyen circunstancias de suficiente entidad como para haber afectado el estado de ánimo de la actora"[52]. En igual sentido se dijo que "El daño moral padecido por una persona que fue desafiliada de su empresa de medicina prepaga días antes de efectuar una operación debe ser resarcido, pues el sosiego y tranquilidad de ánimo del demandante se vieron afectados por el accionar del demandado, siendo evidente la preocupación y consternación que pudo sentir, preparándose psíquica y físicamente para una intervención quirúrgica que intempestivamente se vio obstaculizada por su prestatario de salud"[53].

En el vínculo entre el derecho a la salud y el derecho a la seguridad se inscribe la condena a un centro comercial que fue demandado por los daños sufridos por un cliente al explotar una botella de cerveza en la línea de caja. Allí se afirmó que "El resarcimiento que corresponde por daño moral está destinado a reparar al individuo cuando se lesionan sentimientos o afecciones legítimas como persona, es decir cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos, o cuando de una manera u otra se ha perturbado su tranquilidad y el ritmo normal de su vida. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia"[54].

También, el trato digno y las prácticas abusivas aparecen adecuadamente relacionadas al daño moral. Por caso, en una acción preventiva y de daños deducida contra la prestataria del servicio telefónico por el envío de mensajes de contenido *premium* no solicitados y facturados, la sentencia confirmatoria de Cámara entendió que "El reclamo del daño no patrimonial interpuesto por un consumidor por habersele facturado un servicio que no contrató es procedente, pues si bien podría sostenerse que los daños no patrimoniales alegados se derivan de meros inconvenientes propios de cualquier relación contractual en el ámbito de las telecomunicaciones, el avasallamiento y desprecio de la accionada frente a los derechos del usuario resulta palmario; máxime cuanto no es la primera vez que la demandante y su grupo familiar sufren inconvenientes similares, y que la facturación del servicio continuó, obligando al consumidor a acudir a la justicia; la actora experimentó, cuando menos, padecimientos como irritación y hartazgo que, no obstante surgir de autos que se vinculan a conflictos y situaciones anteriores, es el último inconveniente sufrido, groseramente menospreciado por la accionada, el hecho detonante de aquéllos y, en definitiva, la causa del daño"[55].

En todos los casos reseñados aparecen afectados diferentes derechos fundamentales del consumidor -la salud, la seguridad, el trato digno[56]-, con claras repercusiones extrapatrimoniales, que evidencian proyecciones disvaliosas del espíritu[57].

V. La prueba del daño moral en las relaciones de consumo, pág. 483

En el ámbito del Derecho común han existido -y en parte subsisten- diferentes criterios en orden a la prueba del daño moral. Sin embargo, se afirma con acierto que muchas de esas posturas parten de desencuentros terminológicos que pueden perfectamente superarse; que como regla cabe su acreditación, a menos que el bien jurídico lesionado refiera a derechos personalísimos o a la dignidad de la persona; y que, en su caso, la prueba siempre será indirecta a través de indicios o presunciones[58].

Por ello pensamos que en las relaciones de consumo la cuestión probatoria se encuentra favorecida para el consumidor, dado que habitualmente la lesión que éste sufre ataca a su dignidad o a sus derechos de la personalidad, lo que hace que no requiera su acreditación por inferirse de la mera conducta lesiva[59]. Tal

entendimiento resulta coherente con la flexibilización de la carga probatoria consagrada en el artículo 53, párrafo tercero de la LDC, y encuentra correlato en la jurisprudencia[60].

VI. Daño moral y daño punitivo en las relaciones de consumo, pág. 484

En un reciente trabajo que dedicamos a los daños punitivos[61], sostuvimos que cabe considerarlos "...como verdaderas y auténticas sanciones civiles, penalidades que buscan atacar conductas especialmente reprochables, con la finalidad de disuadir y prevenir su reiteración en el futuro", razón por la cual juzgamos plausible la tendencia jurisprudencial que reconoce cifras acordes con los propósitos axiológicos de la figura[62]. La cuestión no resulta intrascendente para el objeto de este trabajo, toda vez que en el Derecho vigente su campo de actuación se circunscribe a las relaciones de consumo, de modo que resulta imprescindible diferenciarlos de la categoría del daño moral o extrapatrimonial.

El derogado artículo 522 del Código Civil establecía 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 los primeros tiempos de aplicación de la LDC, y antes de la incorporación del instituto de los daños punitivos, el criterio de ponderar "la índole del hecho generador" supuso evaluar el proceder del proveedor en miras a la imposición de sanciones ejemplares. Así, en la causa "Cannizzaro, Juan C. c/Banco Mercantil Argentino"[63], se juzgó que la cancelación de una tarjeta de crédito le provocó al actor -al enterarse de la situación con motivo de un viaje al extranjero- "...innegables sinsabores y perturbaciones, que tuvieron repercusión en su estado de ánimo y en sus legítimas expectativas, a cuya reparación va dirigida esta indemnización por daño moral. Pero no sólo eso. Este concepto de daño moral también involucra una sanción al responsable del perjuicio. Tal como he señalado en otros casos, «la condena al responsable del daño moral ha de entenderse en su doble función, como sanción ejemplar al proceder reprochable y como reparación a quienes padecieron las afflictivas consecuencias de dicho poder» [64]. Si bien dicha perspectiva no resultaba compatible con el moderno Derecho de Daños que pone el acento en la víctima antes que en el obrar del lesionante, era evidente que buscaba instrumentar un reproche en miras de prevenir la repetición de dichos comportamientos, por la gravedad intrínseca que revestían.

En cualquier caso, tal posición carece de sentido en el régimen actual, en donde las relaciones de consumo cuentan con diferentes instrumentos preventivos, sean los generales emergentes de los artículos 1710 y siguientes del CCC, o el que resulta de los daños punitivos o sanciones pecuniarias disuasivas (arts. 8º bis y 52 bis, LDC).

Por esta razón, la doctrina y jurisprudencia actuales diferencian adecuadamente la naturaleza de tales institutos, dado que el daño punitivo es visto como una sanción impuesta para la disuasión de actos particularmente descalificables, mientras que al daño moral o extrapatrimonial se le reconoce exclusivamente una naturaleza resarcitoria. En un valioso y reciente precedente del doctor Jorge Galdós, en autos "O. María del Rosario c/AMX Argentina (Claro) SA s/Daños y perjuicios"[65] -en donde se impuso una cifra elevada en materia de daño punitivo coherente con la magnitud del ilícito del autor[66]-, se dijo con acierto que "El daño moral tiene carácter resarcitorio aunque a veces encubiertamente suele contener -erróneamente a mi juicio- un 'plus' como sancionador de la conducta del dañador"[67]; por tal razón, al reconocer el daño extrapatrimonial consideró que el accionado "...incurrió en una serie de incumplimientos que pudieron alterar y modificar disvaliosamente la esfera anímica y espiritual del consumidor; tales como no darle de baja al servicio, exigirle enviar una carta postal, exigirle pagar un saldo por cancelación anticipada que resultó sorpresivo y abusivo, reclamar dos veces por carta remitida por dos departamentos distintos de gestión por cobro, reclamar por carta documento, otorgar el trámite de suspensión del servicio en lugar de su cese y no asistir a la audiencia conciliatoria fijada en el expediente administrativo", más aún cuando "...el daño moral consiste 'no sólo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo', sino también en la «privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado -víctima o reclamante- y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas»".

VII. Daño extrapatrimonial, intereses colectivos y Derecho del Consumidor, pág. 487

La CN, luego de la reforma de 1994, explicita en la llamada cláusula ambiental (art. 41) que "...Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales..." El CCC, cumpliendo el mandato constitucional, ha explicitado una pluralidad de principios y reglas sobre la

materia[68]. Sólo a modo introductorio, reseñamos aquí las relativas a la tutela de los derechos individuales y de incidencia colectiva y sus límites (art. 14 *in fine* y art. 240); la recepción del principio de acceso al consumo sustentable (art. 1094, primer párrafo); la tutela preventiva en materia contractual y resarcitoria (arts. 1031, 1032, 1708, 1710, 1711, 1712 y 1713); las inmisiones (art. 1973), entre otras.

En ese contexto, no se duda sobre la procedencia del daño moral colectivo en materia ambiental, en sintonía con los criterios prevaletentes en el Derecho latinoamericano[69]. Se señala al respecto que "En el denominado daño ambiental moral colectivo o puro, los intereses patrimoniales y espirituales afectados gravitan sobre toda la comunidad o sobre una parte significativa de ella"[70].

En materia de consumo -altamente relacionada a la cuestión ambiental- la problemática presenta mayor complejidad, puesto que, como lo ha reconocido la CSJN en la causa "Halabi"[71], en materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En estos últimos, 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.

Por ello, a priori, no cabe descartar la configuración de un daño moral colectivo, que en las relaciones de consumo puede presentar notas especiales[72]. Así:

a) El daño extrapatrimonial puede producirse sobre el colectivo de consumidores, o sobre un grupo de ellos. Pensemos en una publicidad ilícita, que es abusiva o discriminatoria, o peligrosa a la salud o seguridad (art. 1101, inc. c). Nuestra doctrina se muestra abierta a esos horizontes[73], puesto que "...no se trata propiamente de una 'minoración anímica y espiritual de la comunidad', sino de la que experimentan sus integrantes en la vida comunitaria"[74]. Por lo demás, la situación sería allí similar a la que se presenta en materia de daños punitivos, donde no se cuestiona que la acción colectiva pueda pretender una sanción pecuniaria disuasiva[75].

b) El daño extrapatrimonial puede tener una incidencia colectiva por afectar intereses individuales homogéneos. Aquí la cuestión es más opinable. De aceptarse requerirá acreditar la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparezca plenamente justificado (consid. 13, "Halabi"). Aunque no puede desconocerse la difícil armonización del daño moral con las particularidades de las *class actions*[76], ello de ningún modo autoriza a postular de modo genérico su improcedencia. Parece prudente la consideración de las circunstancias del caso a la luz de los presupuestos de procedencia de las acciones colectivas, los que, por lo demás, siguen sujetos a parámetros jurisprudenciales, atento a la mora del legislador[77]. Su admisión genérica podrá suponer una liquidación a título personal -lo que armoniza con la naturaleza individual del daño moral-, en consonancia con lo que planteaba el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012[78].

Es que el Derecho del Consumidor no puede ser eficaz si no brinda, en toda su potencialidad, herramientas que hagan operativa su dimensión colectiva.

El entendimiento que proponemos encuentra consenso en el Derecho Comparado. En tal sentido recordamos que próximamente operará una reforma muy importante a la "Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores" de Chile (19.496)[79], ámbito en donde se reconoce expresamente al daño moral causado por una infracción a intereses colectivos o difusos de los consumidores.

- [1] No desconocemos los riquísimos aportes de la doctrina y jurisprudencia que posibilitaron en cada época histórica hacerlo jugar más allá de las fronteras legales. Un valioso aporte que muestra ese recorrido puede verse en BREBBIA, Roberto H., Evolución de la doctrina del daño moral en los últimos treinta años, comunicación presentada en el marco de la conferencia sobre la Evolución del Derecho Civil argentino (1960-1990) en homenaje a la Prof. doctora María Antonia Leonfanti, organizada por el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario y realizada en la ciudad de Rosario durante los días 17 y 18-10-91.
- [2] El artículo 1078 anterior a la reforma de la ley 17.711 decía que "Si el hecho fuese un delito del 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".
- [3] El artículo 522 del Código Civil según la reforma de la ley 17.711 establecía que "En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado..." Guillermo A. Borda señalaba que dicho texto era el resultado de

la interpretación amplia que los tribunales de la Capital y de las provincias hicieron de la figura; ver La reforma de 1968 al Código Civil, Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 200. Por su parte, el artículo 1078 de dicha reforma disponía que "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 ocasionado a la víctima. 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".

- [4] Utilizamos como sinónimos las expresiones "daño moral" y "daño extrapatrimonial", conforme resultaba del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 -base del CCC- y de la opinión prevaleciente de nuestra doctrina; ver PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Tratado de responsabilidad civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 139. Entre las obras clásicas sobre la materia en el Derecho argentino, puede verse, entre otras, a BREBBIA, Roberto H., El daño moral, Orbir, Rosario, 1967, y PIZARRO, Ramón Daniel, Daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004. Para el régimen vigente puede consultarse con provecho a PIZARRO y VALLESPINOS, Tratado de responsabilidad civil cit. Un interesante aporte en clave de retrospectiva y prospectiva se encuentra en GALDÓS, Jorge M.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; GROSMAN, Lucas S.; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N.; PICASSO, Sebastián; PIZARRO, Ramón D.; SAUX, Edgardo I. y TRIGO REPRESAS, Félix A., Diálogos de doctrina sobre daño extrapatrimonial, en Responsabilidad Civil y Seguros 2013-IV-5.
- [5] ALTERINI, Atilio A., Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura 20 años después, en L. L. 2008-B-1239.
- [6] RIVERA, Julio C., El veto presidencial a la ley 24.240, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 31 y ss.
- [7] En ese proceso es menester destacar la importancia del "Anteproyecto de declaración de los derechos del consumidor", elaborado por Gabriel Stiglitz y validado por el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Rosario, 1994) -organizado por el Instituto Argentino de Derecho del Consumidor-, el que fue presentado a la Constituyente por Roberto Irigoyen, y sirvió de base del texto vigente; ver STIGLITZ, Gabriel, La constitucionalización del Derecho del Consumidor. La experiencia argentina, en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, Thomson Reuters L. L., Buenos Aires, 2015, t. I, p. 225.
- [8] Se trata de dos enmiendas -además de una fallida recientemente- y el agregado de un nuevo artículo. Las dos primeras versan sobre la obligación de información (art. 4º, LDC, ley 27.250) y el control de inclusión de los contratos por adhesión (art. 38, LDC, ley 27.266). El nuevo artículo (10 quáter, LDC, ley 27.265) concierne a la facultad rescisoria a favor del consumidor. En clave sistémica, se observa que tales cambios no siempre han resultado armónicos con las orientaciones emergentes del CCC, tanto en lo instrumental como también desde lo conceptual. Dos ejemplos resultan elocuentes: en materia de información el debate parece centrarse sobre el alcance que debe darse a la expresión "soporte físico", exigido ahora para proporcionarla, en evidente tensión con los artículos 286 y 1006 -entre otros- del CCC; mayor desarmonía se evidencia respecto del "contrato por adhesión" (arts. 984 y ss., CCC), al que la reforma enuncia de manera inadecuada como "contrato de adhesión". Sobre las mismas puede verse: HERNÁNDEZ, Carlos A. y QUAGLIA, Marcelo, Consideraciones sobre las recientes reformas a la LDC (Una mirada desde el subsistema de protección del consumidor), en Dossier: Derecho del Consumidor, dir. por Carlos A. Hernández, J. A. 2016-IV-30; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., Modificación del deber de información al consumidor. Incidencia en el Código Civil y Comercial, en ADLA 2016-15-3; WAJNTRAUB, Javier, Un paso atrás en los derechos del consumidor. Ley 27.250 modificatoria del deber de información genérico, en L. L. 2016D-957; CHAMATRÓPULOS, Alejandro, Los (por lo menos) diez interrogantes de la nueva ley 27.250 sobre deber de información a los consumidores, en Responsabilidad Civil y Seguros 2016-VIII, tapa.
- [9] Natalino Irti afirma que "El período entre las dos guerras ve la explosión de las normas especiales. Cambian los equilibrios económicos y los fondos ideológicos: el Estado de espectador se hace protagonista de la vida productiva; el Derecho regula campos de actividad, antes dejados al acuerdo

entre las partes..."; La edad de la descodificación, Bosch, Barcelona, 1992, p. 61. Aunque la reflexión formulada desde Europa expresa un fenómeno que se expandió a muchos ámbitos geográficos, en especial a Latinoamérica.

- [10] IRTI, ob. cit., p. 59. El citado autor explica que no es conveniente utilizar la expresión subsistema, "...ya que entre normas generales y especiales no se establece en rigor un nexo de subordinación, ni las segundas están sujetas a los criterios de las primeras. Se da lugar a un intersistema, es decir, a una relación entre sistemas de normas definidas en base a su contenido".
- [11] HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, en Dossier: Derecho del Consumidor, dir. por Carlos A. Hernández, J. A. 2017-III-32.
- [12] En los fundamentos expresados por la Comisión reformadora se ha dicho que "En el campo de la interpretación, se establece un 'diálogo de fuentes' de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor", en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Buenos Aires, p. 635.
- [13] Se afirma con precisión que las diferencias subsisten en el nuevo Código en lo que concierne a la distinción entre el valor de la prestación y los mayores costos; la configuración de la antijuridicidad y del factor de atribución; el rol del caso fortuito; la previsibilidad del daño contractual; la ejecución de la obligación por un tercero, entre otras; ver PICASSO, Sebastián, La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación, en L. L. Supl. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación, dir. por Ricardo L. Lorenzetti, L. L., Buenos Aires, 2014, ps. 158 y ss.
- [14] HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., Daños en las relaciones de consumo: el impacto del Código Civil y Comercial de la Nación, en PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis R. J. (dirs.), El Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial. Prevención. Reparación, t. II, Parte especial, L. L., Buenos Aires, en prensa.
- [15] RIVERA, Julio C., La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en RIVERA, Julio C. (dir.) y MEDINA, Graciela (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 4.
- [16] Luego de la reforma constitucional el tema comenzó a ser analizado por nuestra doctrina; puede verse: RIVERA, Julio C., El Derecho Privado Constitucional, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 27 y ss.; NICOLAU, Noemí L., La Constitución Nacional y los Códigos de Derecho Privado, en Trabajos del Centro, N° 1, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho UNR, Rosario, 1995, p. 33, entre otros.
- [17] Ver también LORENZETTI, Ricardo, Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en L. L. 2012-C-581.
- [18] BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Parte general, Perrot, Buenos Aires, 1980, t. 1, ps. 143 y ss.
- [19] LORENZETTI, Ricardo L., El Derecho Privado como protección del individuo particular, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 77 y ss., y también en Las normas fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- [20] GALDÓS, Jorge M., El daño moral colectivo. Su problemática actual, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Derecho Ambiental y daño, L. L., Buenos Aires, 2009, p. 253.
- [21] STIGLITZ, Gabriel, La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación, en L. L. Supl. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación, dir. por Ricardo L. Lorenzetti, L. L., Buenos Aires, 2014, p. 140.

-
- [22] HERNÁNDEZ, Carlos A., ¿Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor? (El diálogo entre el Derecho común y el Derecho del Consumidor), en Libro homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, ps. 197 y ss.
- [23] HERNÁNDEZ y FRUSTAGLI, Daños en las relaciones de consumo: el impacto del Código Civil y Comercial de la Nación cit.
- [24] GALDÓS, Jorge M., Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales, en L. L. 2017-E-1142.
- [25] CHAMATRÓPULOS, Alejandro, Estatuto del Consumidor comentado, Thomson Reuters L. L., Buenos Aires, 2016, t. II, p. 267.
- [26] STIGLITZ, La constitucionalización del Derecho del Consumidor. La experiencia argentina cit., p. 140.
- [27] Lamentamos que las relaciones de consumo habidas en el marco de seguros no hayan merecido un tratamiento especial, que recogiera la experiencia de los últimos años emergente de nuestra doctrina y jurisprudencia.
- [28] FRUSTAGLI, Sandra A., La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino, en Revista de Derecho del Consumidor, N° 1, noviembre de 2016, IJ Editores, accesible desde: <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=70c95fe26afcead21622866207afa8f2>; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, La debilidad del consumidor, en Investigación y Docencia, N° 28, FIJ, Rosario, p. 34.
- [29] ALTERINI, Atilio A., en Responsabilidad Civil y Seguros 2011-II, tapa; DE LORENZO, Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, en L. L. 2011-E-1258.
- [30] SOZZO, Gonzalo, Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del Derecho del Consumidor, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2012-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 139; SAHIÁN, José Humberto, Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores, Thomson Reuters L. L., Buenos Aires, 2017, p. 484.
- [31] HERNÁNDEZ y FRUSTAGLI, La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales cit., p. 45.
- [32] Ídem.
- [33] "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/Amparo colectivo", del 18-8-2016, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7327882&cache=1532643306119>.
- [34] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Prácticas abusivas en los contratos de consumo, en L. L. Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015, dir. por Rubén Stiglitz, L. L., Buenos Aires, 2015, p. 237.
- [35] "Defensor del Pueblo de la Nación c/Trenes de Buenos Aires (TBA) y otro s/Amparo ley 16.986", del 24-6-2014, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7123381&cache=1532725892370>.
- [36] "Unión de Usuarios y Consumidores c/EN, MO V. E. Inf., Sec. Transporte, dec. 104/2001 y otros s/Amp. proc. Sumarísimo", del 24-6-2014, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7123371&cache=1532727428675>.
- [37] CNCiv., sala A, 18-11-2016, "M., N. A. c/Empresa San José SA s/Cobro de sumas de dinero", L. L., AR/JUR/85055/2016.
- [38] CNCiv., sala A, 17-10-2017, "M., M. S. y otro c/Organización de Servicios Directos Empresarios

s/Daños y perjuicios", L. L., AR/JUR/78248/2017. En la causa se dijo que "La conducta reprochable de la demandada importó el ejercicio de una práctica violatoria del deber jurídico impuesto por el art. 8º bis de la ley 24.240 por resultar abusiva y vejatoria de los consumidores, pues se tradujo no sólo en una primera negativa que sirvió para demorar el cumplimiento de las prestaciones urgentes que eran requeridas por la persona discapacitada, sino también en la imposición de trámites burocráticos que agregaron a la coactora una carga extra a la compleja situación que estaba padeciendo al someter a su hijo a estudios innecesarios, dada la evidente discapacidad y la existencia de un cuadro que ya había sido comprobado médicamente".

- [39] PIZARRO, Ramón D., El concepto de daño en el Código Civil y Comercial, en RCyS 2017-X-13.
- [40] PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis R. J., en HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2015, p. 453.
- [41] PIZARRO y VALLESPINOS, Tratado de responsabilidad civil cit., p. 138.
- [42] ESBORRAZ, David F.; FRESNEDA SAIEG, Mónica L. y HERNÁNDEZ, Carlos A., El daño moral en la responsabilidad contractual, en L. L. 1995-D-778. En un reciente y valioso precedente, "B. N., A. S. y otros c/Hospital Británico s/Daños y perjuicios", de la CNCiv., sala A, del 13-7-2018, el Dr. Sebastián Picasso sostiene con precisión que "...no desconozco que cierta doctrina interpreta la referencia que hace el art. 522 del Código Civil, en el sentido de que en el campo contractual el juez 'podrá' condenar a la reparación del daño moral, como si fuese facultativo del juzgador conceder o no una reparación por ese concepto, y se lo diferencia del terreno aquiliano en donde, por disposición del art. 1078 de ese mismo cuerpo normativo, sería imperativo reconocerlo ante el reclamo de la víctima. Como lo expuse en otra oportunidad, pienso que esa concepción nace de un triple equívoco. En primer término, el de considerar que en la responsabilidad 'contractual' (rectius: obligacional) están en juego cuestiones meramente patrimoniales, por lo que el incumplimiento sólo excepcionalmente afectaría intereses espirituales del deudor con suficiente entidad como para que proceda el resarcimiento del daño extrapatrimonial. Se olvida así que -particularmente a partir del desarrollo de la obligación de seguridad- la responsabilidad 'contractual' tutela también 'la persona y bienes del acreedor' -para utilizar una expresión cara a la doctrina-, razón por la cual no corresponde efectuar ninguna diferencia con la delictual en punto a la procedencia más o menos amplia de la reparación del daño moral. En segundo lugar, tampoco es exacto que en la responsabilidad extracontractual el resarcimiento del daño moral proceda siempre de manera automática, como parecería sugerirlo la interpretación 'dualista' de los arts. 522 y 1078 del Código Civil. Por el contrario, tanto en materia obligacional como aquiliana es necesario acreditar la efectiva producción del perjuicio extrapatrimonial. Por último, la interpretación literal del vocablo 'podrá' -empleado por el art. 522- no sólo conduce a una inaceptable consagración de la arbitrariedad del juez sino que tampoco tiene en cuenta que no sólo aquí, sino también en otras partes del Código, ese término es empleado con un sentido imperativo, para indicar que el juez deberá hacer tal o cual cosa, como por ejemplo, el art. 1185 bis del Código Civil"; elDial.com - AAAB5A, publicado el 10-9-2018.
- [43] LORENZETTI, Ricardo, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 74; HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra, Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo, en L. L. Supl. Esp. Obligación de seguridad, L. L., Buenos Aires, 2005 (septiembre), p. 21.
- [44] Ver autos "Jaraguionis, Nefi c/Banco de Boston", de la CNCom., sala C, del 21-5-98, L. L., AR/JUR/3230/1998; allí se dijo que "...desde la perspectiva de razonabilidad antes mencionada y teniendo particularmente en cuenta que ha quedado consentida la decisión del a quo en el sentido que la suma por daño moral no devengará intereses -salvo incumplimiento de la parte demandada-, estimo que este rubro indemnizatorio debe ser elevado a \$ 6.000. Dicha suma, que fuera la solicitada en la demanda, resulta finalmente ajustada al contexto de la situación aquí juzgada y a las señaladas particularidades de la presente causa".
- [45] CCom. de Rosario, sala II, 10-2-99, "Stucchi, Susana c/Telecom SA", L. L. Litoral 1999-17 y ss.

-
- [46] Así fue considerado en autos "Coman, Gumersinda c/Viviendas La Solución", de la CCom. de la Plata, sala II, del 17-12-92, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 9, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, ps. 360 y ss., en donde se tuvo en cuenta la edad avanzada del consumidor para ponderar el daño moral.
- [47] LORENZETTI, Ricardo L., La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor, en LORENZETTI, Ricardo L. y SCHÖTZ, Gustavo J. (dirs.), Defensa del consumidor, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 78; ver también CIURO CALDANI, Miguel A., Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la filosofía del Derecho Privado), en E. D. 159-1026.
- [48] PUCCINELLI, Oscar, Una mirada a los subconsumidores desde las normativas constitucionales, convencionales y legales (A propósito de la sanción del Código Civil y Comercial), en ARIAS, Paula y URRUTIA, Liliana (coords.), Protección jurídica de los subconsumidores, Juris, Rosario, 2017, p. 67.
- [49] DÍAZ ALABART, Silvia, en DÍAZ ALABART, Silvia y ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83, Reus, Madrid, p. 9; HERNÁNDEZ DÍAZ-AM-BRONA, María Dolores, Consumidor vulnerable, Reus, Madrid, 2015.
- [50] En estas tensiones puede verse al Derecho Comunitario europeo. Así, si bien la Directiva 2011/83 alude expresamente a la figura en su considerando 34, en donde señala que "El comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de éstos o por una oferta contractual correspondiente. Al facilitar esa información, el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables debido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever", en la parte final del mismo considerando se afirma que "No obstante, la toma en consideración de estas necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores". Posteriormente, en cumplimiento de la Resolución del Parlamento Europeo "Sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables", del 22 de mayo de 2012, se dictó el Reglamento Nº 254, cuyo considerando 8 establece que "El Programa debe garantizar un elevado nivel de protección para todos los consumidores, atendiendo en particular a los consumidores vulnerables para tener en cuenta sus necesidades específicas y reforzar sus capacidades, como se pide en la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 2012 sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables. El Programa debe velar, en particular, por que los consumidores vulnerables tengan acceso a la información sobre bienes y servicios para que exista igualdad de oportunidades para elegir de manera libre e informada, sobre todo habida cuenta de que los consumidores vulnerables pueden tener dificultades para acceder a la información al consumidor y para comprenderla, por lo que corren el peligro de ser inducidos a error".
- [51] HERNÁNDEZ, Carlos A., Aportes de Atilio A. Alterini al Derecho del Consumidor. A propósito del Código unificado y la tutela de los subconsumidores, en Investigación y Docencia, Nº 51, <http://www.centrodefilosofia.org/lyD/lyD513.pdf>; ARIAS y URRUTIA (coords.), Protección jurídica de los subconsumidores cit.; FRUSTAGLI, Sandra A., La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino, en Revista de Derecho del Consumidor, Nº 3, Información Jurídica Editores, p. 31; entre otros.
- [52] CCom. de Salta, sala III, 22-12-2017, "Filtrin, María Cristina c/Swiss Medical SA s/Sumarísimo: daños y perjuicios (Ley 24.240 de Defensa del Consumidor)", L. L., AR/JUR/90575/2017.
- [53] CNFed.CC, sala II, 23-3-2018, "M. M. c/Omint SA de Servicios s/Sumarísimo de salud", L. L., AR/JUR/14978/2018.
- [54] CNCiv., sala D, 20-10-2017, "Davalos, Jorge Alberto c/Coto Cicsa s/Daños y perjuicios", L. L., AR/JUR/78411/2017.

-
- [55] C1ªCCom. de Bahía Blanca, sala II, 15-8-2017, "Frisicale, María Laura c/Telecom Personal SA s/Daños y perjuicios", L. L., AR/JUR/51432/2017. En sentido similar ver CNFed.CC, sala II, 14-6-2017, "Serra, Melchor E. c/AMX s/Incumplimiento de contrato", L. L., AR/JUR/43022/2017.
- [56] Incluso se ha ponderado correctamente que la inejecución del plan de prestaciones, en ciertas circunstancias, puede configurar un daño moral. Así, en un caso de ahorro previo se consideró que "Y si bien constituye una contingencia negocial normal que, eventualmente, el adquirente de un automotor tenga que hacer uso, alguna vez, de la garantía legal de compra, cuando por el contrario el consumidor es sometido a tardíos actos de ejecución de la garantía legal, reiteradamente insuficientes o inadecuados, con el efecto de someterlo a un largo e irrazonable peregrinar para lograr una reparación satisfactoria, la cuestión escapa a la de una contingencia negocial normal, para convertirse, lógicamente, en causa de mortificaciones, injustificados disgustos, desazón o angustia, que merece resarcimiento como daño moral"; CNCom., sala D, 10-11-2016, "Fraga, Eugenio José c/Car One SA y otros s/Ordinario", L. L., AR/JUR/77345/2016.
- [57] PIZARRO y VALLESPINOS, Tratado de responsabilidad civil cit., p. 138. Esta orientación también se reconoce en materia de servicios educativos privados, en donde se ha admitido la reparación del daño moral sobre la base de que "...al ofertarse públicamente por intermedio de un Instituto Terciario el dictado de carreras universitarias se habría de generar en la comunidad de esta ciudad la ilusión de poder seguir las sin necesidad de trasladarse a decenas de kilómetros de distancia. La frustración de esa expectativa, luego de tomar conocimiento de que se perdió un año, cursando y aprobando materias sin utilidad práctica alguna, con expedición de certificados inservibles, no puede haber generado en la actora más que sufrimiento, indignación y dolor"; CCom. de Mercedes, sala I, 1-3-2012, "Pacheco, María E. c/Universidad Católica de La Plata s/Daños y perjuicios", elDial.com - AA76AB, publicado el 1-6-2012.
- [58] PIZARRO y VALLESPINOS, Tratado de responsabilidad civil cit., p. 218.
- [59] Al respecto, el recordado profesor Carlos Ghersi sostuvo que "En el Derecho del consumo y usuarios de servicios el incumplimiento siempre genera daño moral porque es un hecho notorio en cuanto a que lesiona los sentimientos y afectos del consumidor o usuario que ha aportado sus horas de trabajo (como unidad productiva) para alcanzar la tasa de satisfacción por el acceso a bienes y servicios y la confianza depositada en las empresas proveedoras, generando la frustración del fin de consumo o ser usuario, por lo cual el daño moral no necesita prueba de su existencia, sí de su intensidad"; Las relaciones en el Derecho del Consumo especialmente la responsabilidad y el daño moral, en L. L. C. 2013-134. Ver también GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, El contrato de asistencia médica al viajero. El alcance de la cobertura frente al reclamo del paciente, en L. L., AR/DOC/791/2018.
- [60] En una causa en donde se ventilaba el incumplimiento de un contrato de ahorro previo, se afirmó que "La doctrina apunta como presupuestos del daño moral que sea cierto, personal del accionante, y derivar de la lesión a un interés suyo no ilegítimo y que el reclamante se vea legitimado sustancialmente. En lo que atañe a lo primero, el daño moral debe ser cierto y no meramente conjetural, el que no es indemnizable; lo cual significa que debe mediar certidumbre en cuanto a su existencia misma. Sin embargo, esta exigencia de certeza del daño debe ser adaptada al supuesto del daño moral posible en el sector del Derecho del Consumidor, dado que no se trata de un daño que pueda ser probado en base a pautas objetivas y materialmente verificables de acuerdo a las circunstancias del caso", CNCom., sala F, 27-4-2017, "Martínez Aranda, Jorge R. c/Plan Óvalo SA de Ahorro p/f. determinados y otros s/Ordinario", L. L., AR/JUR/26582/2017. También, en un fallo reciente, se dijo que "En el caso, es presumible que el retraso en la cobertura de la prestación médica por parte de la demandada -lo que puso a los demandantes en la necesidad de realizar reclamos a fin de que aquella fuera efectivizada- haya generado en el ánimo del Sr. B. N. un estado de angustia e incertidumbre que califica fácilmente como daño moral (art. 163, inc. 5º, Código Procesal)", CNCiv., sala A, 13-7-2018, "B. N., A. S. y otros c/Hospital Británico s/Daños y perjuicios", elDial.com - AAAB5A, publicado el 10-9-2018.
- [61] HERNÁNDEZ, Carlos A., Daños punitivos: ¿resarcimiento o sanción?, en Revista de Derecho de

Daños, Nº 2017-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 469. Alejandro Chamatrópulos, en sentido concordante, afirma que "Resulta indudable asignar el carácter de sanción a los daños punitivos. Es que todo conduce a ello: se trata de atacar conductas especialmente reprochables (intervención de culpa grave o dolo directamente); mediante su imposición se busca castigar y disuadir; y evidencian un carácter 'extra' a aquellos montos de dinero que tienden a compensar a la víctima", agregando luego que la Corte norteamericana en el caso "Gertz c/Robert Welch" de 1974 "...ha caracterizado a los daños punitivos como una sanción, más específicamente, como una multa privada", en Estatuto del Consumidor comentado cit., t. II, ps. 264 y ss. Ver también IRIGOYEN TESTA, Matías, ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009, t. 5, p. 111. En igual sentido, JUNYENT BAS, Francisco, Recaudos de procedencia del daño punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Teijeiro" y "Esteban", en L. L. 2017-D-554.

- [62] HERNÁNDEZ, Daños punitivos: ¿resarcimiento o sanción? cit., ps. 480 y ss.
- [63] CNCom., sala C, 30-9-97, L. L., AR/JUR/661/1997.
- [64] Recurrimos a la cita de este precedente porque el mismo ha sido utilizado -incluso después de la vigencia de los daños punitivos- para fundamentar el daño moral concedido -al menos parcialmente- en un reproche o sanción. Entre muchos otros puede verse al pronunciado por la CNCom., sala C, 1-6-2012, en autos "Duronto, Guillermo V. y otro c/Visa Argentina SA y otro", L. L., AP/JUR/2176/2012, en donde se sostuvo que "No es entonces necesario realizar mayor esfuerzo para tener por configurado un menoscabo que exorbitó lo estrictamente patrimonial y se proyectó como un agravio moral que debe ser atendido en su doble función: como sanción ejemplar a un proceder reprochable, y como una reparación de quien padeció las aflictivas consecuencias de ese modo de obrar (esta sala, 'Gaudiosi, Gerardo c/BankBoston NA', del 10-11-2009; 'Vasile, Viviana A. c/Banco Itaú Buen Ayre SA', del 4-12-2009; 'González Arrascaeta, María Eloisa c/Scotiabank Quilmes SA', del 19-3-2010; 'Vera, Guillermo A. R. c/Ford Credit Compañía Financiera SA', del 13-5-2011; 'Luchetta, Daniel M. c/Banco Santander Río SA', del 19-8-2011; 'Kolevitch, Nilda B. c/Llano, Raúl A.', por mayoría, del 12-2-2012)".
- [65] CCom. de Azul, sala II, 28-8-2018, L. L., AR/JUR/46959/2018.
- [66] Sobre el caso se condenó a la empresa de telefonía demandada "...a pagar un monto por daño punitivo -en el caso, de \$ 1.200.000-, pues actuó con grave menosprecio de los derechos del cliente e incurrió en una ilicitud en contra del deber de información al, entre otras cosas, no comunicarle anticipadamente cuál era el trámite de cancelación del servicio; exhibiendo una mecánica u operatoria comercial abusiva, que se aprovecha y se beneficia con la sumatoria de pequeños daños".
- [67] Ver GALDÓS, Jorge, Daños a las personas, en Responsabilidad Civil y Seguros 2005-35; Nuevos daños a las personas en la sociedad de riesgo, en Libro homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe cit., p. 159.
- [68] CAFFERATTA, Néstor A., La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial, en Responsabilidad Civil y Seguros, Año XVII, Nº 4 (abril de 2015), p. 304; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., Los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (art. 14), en Revista de la Facultad -UNC- (2015-1), AR/DOC/1648/2015, y HERNÁNDEZ, Carlos A., Ambiente, biodiversidad y contrato (Reflexiones sobre el régimen jurídico argentino), en Revista de Derecho Ambiental, Nº 47 (julio/septiembre de 2016), ps. 125 y ss.
- [69] La Sala Segunda del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, en la causa "Brasilit Industria e Comercio Ltda. y otro c/Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro", del 12-9-2013, ha dicho que "La condena a indemnizar por daño moral colectivo emergente del daño ambiental es admisible, pues sería contra el sentido jurídico admitir el resarcimiento individual sin que pueda darse a la colectividad el mismo trato, si, en definitiva, la honra de cada uno de los individuos de ese grupo se ve afectada"; ver L. L., BR/JUR/1/2013.
- [70] PIZARRO y VALLESPINOS, Tratado de responsabilidad civil cit., p. 202. En nuestro país el leading case sobre la materia ha sido la causa "Municipalidad de Tandil c/Transporte Automotores La Estrella

SA y otro", del 22-10-96, fallada por la CCom. de Azul (voto del Dr. Jorge Galdós). En la misma se sostuvo que "Hay daño colectivo cuando se lesiona un interés difuso, que afecta a toda la comunidad, que tiene autonomía y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad grupal, siendo de dicho interés público su titular la comunidad y el legitimado el Estado, quien ejerce el rol de demandante", L. L., AR/JUR/4304/1996.

- [71] "Halabi, Ernesto c/Estado Nacional", del 24-2-2009, L. L., 70051373.
- [72] Una posición similar puede verse en CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, en STIGLITZ y HERNÁNDEZ (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor cit., t. IV, p. 494; también interesantes aportes formula ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, con colaboración de GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni, Córdoba, 2016, t. II, ps. 501 y ss.
- [73] PIZARRO y VALLESPINOS, Tratado de responsabilidad civil cit., p. 203.
- [74] ZAVALA DE GONZÁLEZ, con la colaboración GONZÁLEZ ZAVALA, La responsabilidad civil en el nuevo Código cit., p. 502.
- [75] LORENZETTI, Consumidores cit., p. 564.
- [76] ANDRADA, Alejandro Dalmacio, El daño moral y las acciones colectivas, en L. L., AR/DOC/193/2018. Se trata de una nota al fallo "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/Banco de la Provincia de Buenos Aires SA s/Ordinario", de la CNCom., sala F, del 8-6-2017, L. L., AR/JUR/47283/2017. En el mismo se dijo que "La demanda colectiva interpuesta por una asociación cuyo objeto es la protección de usuarios y consumidores, para reclamar el daño moral que habrían sufrido los titulares de cajas de seguridad de un banco cuyos cofres no fueron violentados en ocasión de un hecho delictivo, pero que habrían sido objeto de 'destrato' por parte de la entidad por la excesiva demora en la información sobre sus bienes, es inadmisibile, dado que los consumidores representados no sufrieron daño patrimonial alguno, por lo cual la eventual afectación de cada uno de ellos descarta la existencia de intereses individuales homogéneos que justifiquen la promoción de la acción del modo en que fue intentada".
- [77] Ello explica que la CSJN: a) reglamentara, mediante las Acordadas 32/2014 y 12/2016, las pautas de actuación procesal de los tribunales federales en todos aquellos casos en que se encuentren planteadas pretensiones en las que se requiera la tutela de bienes colectivos o intereses individuales homogéneos; b) mantuviera su claro activismo en la materia; y recientes pronunciamientos son representativos de lo dicho. Entre ellos se destaca el que validó la decisión de radicar en un mismo tribunal las 18 causas dirigidas a obtener la devolución de lo percibido por entidades financieras por "riesgo contingente", con el argumento de preservar la necesaria unidad de criterio sobre lo debatido en los diferentes procesos colectivos, evitando que un grupo de personas incluidas en el colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras que reclaman algo similar resulten excluidas, permitiendo además que los demandados conozcan con precisión cuáles son sus obligaciones, sin que haya riesgo de que se dicten sentencias contradictorias ("Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA y otro s/Ordinario", del 107-2018, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7456521&cache=1532780286942>). En el considerando 7 de tal decisorio se afirmó de modo contundente que "...la insuficiencia normativa no impide que, con el fin de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal, se adopten, por vía de interpretación integrativa, pautas mínimas indispensables para evitar el dictado de pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos".
- [78] La redacción original del Anteproyecto incluía una sección sobre los daños a los derechos de incidencia colectiva, cuyo artículo 1748 disponía que "En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto erga omnes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no

impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado".

- [79] FERRANTE, Alfredo, Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía, en Revista de Derecho Privado, N° 35 (julio-diciembre de 2018), nota 19, p. 168. La reforma supone sustituir el N° 2 del artículo 51. En el Mensaje de Elevación del Proyecto se dice que "Con el objeto de reparar íntegramente los daños causados a los consumidores, se ha estimado que resulta necesario eliminar la restricción que contempla el N° 2 del artículo 51 de la ley, de modo que sí procedan las indemnizaciones que reparen el daño moral causado por una infracción al interés colectivo o difuso de los consumidores".

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.