

## CONTRATOS\*

Director de área: JORGE MOSSET ITURRASPE

Colaborador: RICARDO LUIS LORENZETTI

### DERECHO A LA DIGNIDAD EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

#### I. Los fallos

*CSJN, 22-4-2008, "Ledesma, María c/Metrovías SA" (Lexis Nº 70044232)*

*Dictamen del procurador general de la Nación:*

1. Los magistrados integrantes de la sala E de la Cámara Nacional Civil revocaron la sentencia del juez de grado y desestimaron, en consecuencia, la pretensión ejercida en la demanda (ver fs. 244/245 vta.).

Se trata en autos de una acción contra Metrovías SA, por los daños y perjuicios que dijo haber sufrido la actora a raíz de un accidente ocurrido al descender de un vagón del subterráneo línea "D", en la Estación Facultad de Medicina, cuando, arrastrada por la excesiva cantidad de personas que viajaban, introdujo su pie izquierdo en el espacio comprendido entre el vagón y el andén.

Para decidir como lo hicieron, los jueces de la Alzada señalaron que el inferior destacó que en diversos horarios durante el día la gente debe viajar en el subte en muy deficientes condiciones de espacio, lo que lleva a empujarse, pisarse y golpearse de manera totalmente involuntaria. Advirtieron, sin embargo, que introducir el pie en el mencionado espacio, no es un hecho ordinario y frecuente, lo que se ve reforzado por la acreditación de su imposibilidad fortuita, con lo que entendieron que sólo puede obedecer a una incorrecta maniobra de la víctima. Indicaron que el peritaje de ingeniería rendido a fs. 179/190, da cuenta de que el espacio entre vagón y andén, llamado "gálibo", en los tres tipos de formaciones que circulan por el lugar del hecho, se ajusta a las medidas que los usos y costumbres aconsejan.

\* El presente trabajo es de autoría del Dr. Gonzalo Sozzo.

Concluyeron por ello que, o bien el accidente se produjo en otras circunstancias y no por la introducción del pie en ese espacio, o bien por un hecho de la víctima que pone de relieve su propia impericia o negligencia a la salida del coche, lo que releva de responsabilidad a la transportista.

Contra este pronunciamiento la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 248/254, cuya denegatoria de fs. 259, motiva la presente queja.

2. Señala que el transporte de personas se halla regulado por el artículo 184 y concordantes del Código de Comercio, que establece claramente una responsabilidad de carácter objetivo, asumiendo el transportador una obligación de resultado que consiste en trasladar sano y salvo al pasajero desde el punto de partida al de destino. Si esta obligación resulta incumplida –prosigue– dispone la norma que únicamente podrá eximirse de responsabilidad por culpa de la víctima o por el hecho de un tercero por el cual no deba responder.

Alega que si los juzgadores tomaron por ciertas las falencias que ostentan las condiciones de transporte que la demandada ofrece a sus usuarios y que obligan a éstos a la realización de actos totalmente involuntarios, no pueden luego imputarle a la actora negligencia porque se le trabe el pie en el espacio antes referido, cuando ello ha sido producto de la acción de los demás ocasionales pasajeros debido a las deficiencias de las que adolece el transporte.

Tacha de arbitraria a la sentencia porque no resulta una derivación razonada del Derecho vigente y porque se aparta de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Alega que el legislador ha sido estricto en la carga del *onus probandi* sobre la figura del transportador a los fines de demostrar la causa de la exoneración invocada. Expresa que, mientras la actora ha demostrado su condición de pasajera y la existencia del accidente, extremos que no desconoce la sentencia recurrida, la demandada en modo alguno demostró la existencia de una acción voluntaria por parte de la víctima que contribuyera de manera activa a la producción del siniestro.

Con cita de jurisprudencia sostiene que si la empresa ferroviaria no tomó recaudo alguno para impedir el masivo ingreso del público a los vagones, viajando en condiciones antirreglamentarias, el daño sufrido por la víctima es imputable a la negligencia de la demandada en el cumplimiento de su obligación de transportar al pasajero sano y salvo a su destino.

3. Corresponde señalar en primer lugar que, si bien los agravios reseñados conducen al estudio de cuestiones de hecho, prueba y Derecho común, materia ajena –como regla y por su naturaleza– al remedio federal del artículo 14, ley 48, tal circunstancia no constituye óbice decisivo para invalidar lo resuelto

cuando, en forma manifiesta, se ha prescindido de dar tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a los términos en que fue planteada, el Derecho aplicable y la prueba rendida (ver doctrina de *Fallos*: 318:953; 324:1344; 328:533, entre otros).

A partir de esta premisa, se observa que en el *sub lite* los jueces de la Alzada entendieron que el caso “encuadra en las disposiciones referidas al contrato de transporte, por lo que, no hallándose discutida la condición de pasajera de la actora, resulta evidente que se encuentra puesto en juego el deber genérico de seguridad que el prestatario ha asumido por disposición de la ley (art. 184, Cód. Com.) de velar por la integridad del pasajero (Y a quien debe llevar sano y salvo a destino” (ver fs. 244, último párr. y vta.). También dieron por cierto, como se ha visto, que en distintas horas del día, los usuarios deben viajar en subte en insuficientes condiciones de espacio lo que los lleva a empujarse, pisarse y golpearse de manera totalmente involuntaria (ver fs. 244 vta., párr. 3º). No obstante ello presumieron, sobre la base de que el “gálibo”, según el peritaje de ingeniería, se ajusta a las medidas que los usos y costumbres aconsejan, que el accidente se produjo por otra causa y no por la introducción del pie en ese espacio, o bien por culpa de la víctima (ver fs. 244 *in fine*/245).

Lo expuesto evidencia que la interpretación dada por los juzgadores, invierte el curso de razonamiento que impone el artículo 184 del Código de Comercio en cuanto a los daños sufridos por el pasajero en su persona, y que comprende el ascenso y descenso del vehículo, sin descartar la aplicación del artículo 1113 del Código Civil, en cuanto ambos establecen una responsabilidad objetiva del porteador o dueño de la cosa riesgosa (ver doctrina de *Fallos*: 316:2774; 321:1462; 323:2930), desvirtuando estas normas hasta tornarlas inoperantes al restringir dogmáticamente el alcance de las mismas, particularmente de la última, cuyo fin específico es posibilitar la indemnización del daño causado por el riesgo o vicio de la cosa en las situaciones en que éste se produce (ver doctrina de *Fallos*: 312:145; 323:3251; 324:1344, entre otros).

En el marco de accidentes ferroviarios, a los que cabe asimilar el presente caso, el tribunal ha establecido además que, más allá de la posible imprudencia de la víctima, es menester precisar en qué medida las circunstancias que determinaron el accidente, pudieron ser evitadas si se hubiese observado la conducta apropiada, pues la responsabilidad sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias (ver doctrina de *Fallos*: 317:768; 327:5082).

En tales condiciones, frente a la afirmación dogmática de los sentenciadores

en orden a que el accidente o bien acaeció en otras circunstancias (y no por la introducción del pie en el “gálibo”), o bien por un hecho de la propia actora, cabe recordar que V. E. tiene reiteradamente dicho que, no habiéndose demostrado de modo fehaciente que la culpa haya sido exclusiva de la víctima o de un tercero, no puede liberarse totalmente a la empresa transportista por los daños causados por el riesgo de la cosa, ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad que pudiera corresponder en función de la concurrencia de culpas de encontrarse ellas efectivamente probadas (ver doctrina de *Fallos*: 323:3251; 324:1344; 326:3089, entre otros).

En atención a lo expuesto, la decisión impugnada no constituye derivación razonada del Derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, por lo que, al afectar las garantías constitucionales invocadas, corresponde admitir el recurso y descalificar el pronunciamiento sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad.

Por ello, opino que corresponde declarar procedente la queja, admitir el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y disponer que vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, agosto 21 de 2007. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

*Sentencia de la Corte:*

Buenos Aires, abril 22 de 2008.

Considerando:

1. Que la sala E de la Cámara Nacional Civil, al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda iniciada por María L. Ledesma –empleada doméstica– contra la empresa Metrovías SA, por daños y perjuicios originados como consecuencia del accidente que aquella sufriera, el 8-8-2003, a las 8.15 h, al descender del vagón de la línea “D” de subterráneos, en el medio del tumulto de pasajeros que viajaba en dicho transporte público.

2. Que para así resolver, el tribunal a quo sostuvo que en el caso se hallaba en juego el deber genérico de seguridad que el prestatario asume, de acuerdo con el artículo 184 del Código de Comercio, que obliga al deudor a velar por la integridad del pasajero, a quien debía llevar “sano y salvo” a su destino. Sin embargo, afirmó que nadie puede ignorar que en diversos horarios, durante el día, la gente debe viajar en el subte en condiciones de espacio muy deficientes, pero el hecho de introducir el pie, como lo hizo la actora, en el hueco existente entre el vagón de la formación del subterráneo y el andén de la Estación Facultad de Medicina, no era un acaecimiento “ordinario o frecuente” sino que sólo podía obedecer a una “incorrecta ma-

niobra” de la Sra. Ledesma. Enfatizó que el peritaje de ingeniería dio cuenta de que el “gálibo” (espacio que debe existir entre el vagón y el andén destinado a evitar rozamientos debidos a los movimientos laterales del primero) en las tres distintas formaciones que circulaban por el lugar del hecho se ajustaban a las medidas que los usos y costumbres aconsejan.

Concluyó que el hecho, entonces, se habría producido en otras circunstancias y no por la introducción del pie en el espacio denominado “gálibo”, “o bien por efecto de un hecho de la víctima, de naturaleza tal que pone en evidencia su propia impericia o negligencia al salir del vagón”. Tal extremo permitía –a su entender– relevar de responsabilidad a la empresa Metrovías.

3. Que la actora alega que la sentencia es arbitraria y violatoria de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Se agravia en cuanto la Cámara incurre en contradicción pues si bien considera cierto –como lo dijo el juez de 1ª instancia– que en diversos horarios la gente debe viajar en el subte en muy malas condiciones, luego concluye, sin dar mayores razones, que la introducción del pie de la actora en el “gálibo” sólo podría haber obedecido a una maniobra incorrecta de la víctima.

Destaca que las falencias que se aprecian en las condiciones de transporte de subte, obligan a los usuarios a la realización de actos “totalmente involuntarios” que no pueden ser imputados a la víctima de un accidente como el de autos. Enfatiza que la Cámara no puede ignorar que en las denominadas “horas pico”, tales infortunios –como el sucedido a la actora a las 8.15 h– se repiten como algo natural. Asevera que dadas las condiciones “azarosas” en las que los pasajeros son obligados a viajar por la transportista, resulta evidente que las consecuencias de ese riesgo –como se pretende en el fallo de Cámara– no pueden recaer exclusivamente sobre los que sufren accidentes.

4. Que el análisis de admisibilidad del recurso fundado en la arbitrariedad de la sentencia, requiere la identificación de un defecto grave de fundamentación o de razonamiento en la sentencia que torne ilusorio el derecho de defensa o conduzca a la frustración del Derecho federal invocado (*Fallos*: 310:234). Pero no incumbe a la Corte Suprema juzgar el error o acierto de la sentencia que decide cuestiones de Derecho común (*Fallos*: 286:85), y su objeto no es corregir en tercera instancia pronunciamientos equivocados (*Fallos*: 310:676). En ese limitado marco, en consecuencia, corresponde indagar sobre la existencia de un defecto grave en el sentido indicado.

5. Que la sentencia impugnada sostiene que hay un deber de seguridad a cargo del prestador del servicio quien debe llevar al pasajero sano y salvo a destino (art. 184, Cód. Com.), y luego lo exime invocando culpa de la

pasajera por introducir el pie en el hueco que había entre el vagón y el andén. Este razonamiento revela un defecto grave de fundamentación que obliga a calificar como arbitraria a la sentencia en recurso.

6. Que el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley como los invocados por la recurrente. En el presente caso, se trata de la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el artículo 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos.

La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el artículo 184 del Código Comercial, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios.

7. 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.

Un comerciante exigiría a un colega una serie de pruebas y de información para celebrar un contrato de transporte de mercaderías valiosas, y si no lo hace, no podrá invocar su propia torpeza. En cambio, el usuario de un servicio de subterráneos, que sale del vagón rodeado de gente, sin poder ver siquiera el piso, apretujado y empujado hacia la salida, no puede desempeñar el mismo estándar de diligencia. Sería contrario a las costumbres y hasta absurdo que antes de subir exigiera información sobre las medidas de seguridad que tiene el vagón, o en los momentos previos al descenso interrogara al guarda, que tampoco suele estar presente, sobre los riesgos que existen en ese acto.

El ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para quienes los reciben. El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del Estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifican y los hacen posible. Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad creada y representada por el derecho. El fortalecimiento de la apariencia jurídica y de

la confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir tanto si se negara protección jurídica a las marcas, como si se exigiera que el consumidor se comportara como un contratante experto que exigiera pruebas e información antes de usar el servicio.

Por estas razones, cabe concluir que en la sentencia atacada se aplicó un criterio de interpretación de la diligencia contrario a la protección constitucional de la seguridad de los consumidores y usuarios.

8. Que aun enfocando la controversia desde la sola aplicación del Derecho común, la sentencia incurre en un defecto grave de fundamentación.

La obligación de seguridad en este caso es, como lo señala la propia decisión en recurso, objetiva, de modo que las eximentes sólo pueden referirse a la ruptura del nexo causal. El hecho de la víctima, consistente en poner el pie en el hueco del andén, es un acto que no tiene aptitud alguna para configurarse en una eximición de responsabilidad. No hay una imputación clara a la conducta de la propia víctima porque el descenso se produjo grupalmente y pudo haber sido empujada; no hay gravedad alguna que permita darle entidad causal interruptiva. Pero además, la sentencia omite examinar que la falta que se imputa a la víctima es una consecuencia de una omisión previa del prestador como se analizará en el considerando siguiente.

9. Que los prestadores de servicios públicos deben cumplir sus obligaciones de buena fe que, en el caso, exige un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte, entre las cuales está la de preparar el descenso de modo que nadie más sufra daños.

Desde esta perspectiva, aun cuando por la vía de hipótesis pudiera achacarse algún tipo de “maniobra incorrecta” a la actora cuando descendió del vagón, lo cierto es que en el *sub examine*, la Alzada no ponderó la circunstancia de que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del accidente (*Fallos*: 312:2413; 317:768). Ello es así, porque la empresa debió adoptar las medidas necesarias para asegurar el ordenado ascenso y descenso de los pasajeros de los vagones; ya sea, por ejemplo, mejorando la frecuencia de las formaciones para evitar las aglomeraciones en los andenes o instruyendo a su personal para que el servicio se desarrolle –principalmente en las “horas pico”– sin tropiezos ni peligros; originados usualmente en empujones, golpes y pisotones –por regla involuntarios– entre los usuarios (ver disidencia del juez Fayt en *Fallos*: 312:1379). No se puede soslayar, por otra parte, que dicho servicio es también utilizado por menores y personas de edad avanzada o con ciertas disminuciones físicas que, como consecuencia de los “tumultos” de pasajeros en determinadas horas del día, pueden ver seriamente comprometida su integridad física.

Un contratante racional y razonable juzgaría adecuado invertir dinero, prestar un servicio, obtener ganancias, así como adoptar los cuidados para que los usuarios puedan gozar del mismo en paz y seguridad. La persecución racional de la utilidad no es incompatible con la protección de la persona, sino por el contrario, es lo que permite calificar a un comportamiento como lo suficientemente razonable para integrar una sociedad basada en el respeto de sus integrantes.

10. Que la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a los consumidores a brindarles un trato digno (art. 42, Const. Nac.).

El trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece. Ello incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo.

11. Que en razón de lo expuesto la sentencia impugnada no satisface las condiciones de validez de las decisiones judiciales, ya que ha omitido totalmente las normas constitucionales que protegen a los consumidores que eran de aplicación al caso.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la procuradora fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario federal y se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas a la vencida (art. 68, CPCCN). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase. *Ricardo L. Lorenzetti. Carlos S. Fayt. Juan C. Maqueda. E. Raúl Zaffaroni.* Por su voto: *Elena I. Highton de Nolasco.* En disidencia: *Enrique S. Petracchi.*

*Voto de la Dra. Highton de Nolasco:*

Considerando:

Que este tribunal comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la procuradora fiscal, al que cabe remitirse para evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, y lo concordemente dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas a la vencida (art. 68, CPCCN). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento por intermedio de quien corresponda. Hágase saber, agréguese la queja al principal y remítase.



*Disidencia del Dr. Petracchi:*

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibile (art. 280, CPCCN).

Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y archívese.

*CCCom. de Córdoba, sala 4ª, 29-3-2005, "Cuello, Fernando c/Telecom Personal SA" (Lexis Nº 35002549, Supl. J. A. del 16-8-2006, J. A. 2006-III-318)*

2ª Instancia, Córdoba, marzo 29 de 2005.

1ª. ¿Procede el recurso de apelación?

2ª. ¿Qué pronunciamiento corresponde emitir?

1ª cuestión. La Dra. González de la Vega de Opl dijo:

I. Contra la sentencia cuya parte resolutive ha sido transcripta supra, la demandada articula recurso de apelación, concedido a fs. 320 y mantenida en esta instancia por la expresión de agravios vertida a fs. 331/344 que fuera respondida por la contraria a fs. 346/351; habiendo el fiscal de Cámara expedido su opinión en el escrito de fs. 356/365.

II. La resolución recurrida luce una relación de causa que responde a lo establecido en el artículo 329 del CPCC, por lo que me remito a sus términos por razones de brevedad.

III. Las quejas vertidas por el apelante pueden resumirse del siguiente modo: Primer agravio, la parte recurrente argumenta que ha quedado probado en la causa que la relación que vinculó a la empresa demandada con el actor no es de consumo, y por lo tanto la resolución de primera instancia, al fundarse en este tipo de contrato, carece de sustento normativo y resulta arbitraria. Alega que no se encuentra tipificado este contrato pues la Ley de Defensa del Consumidor exige que se contrate a título oneroso para consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar y de las constancias de autos surge que el servicio está destinado a ser aplicado al proceso productivo, estando en consecuencia excluido de dicha ley (art. 2º, ley 24.240), por lo que solicita se acoja la excepción de falta de acción.

Segundo agravio: sostiene que la sentencia es contradictoria pues por un lado entiende que se han vulnerado obligaciones derivadas de un contrato de consumo y, por el otro, que la antijuridicidad deriva de la contravención al artículo 1066 del Código Civil.

Tercer agravio: sostiene que el supuesto daño provocado al actor no estaba subsistente al momento de promoverse la demanda como así tampoco al dictado de la sentencia, pues el problema del actor (activación de la línea) había

sido superado a través de una excepción comercial que realizara el gerente que representa la demandada y en consecuencia no existe tal agravio moral.

Cuarto agravio: refiere a la valoración de la prueba testimonial y pericial. En relación con la primera se queja por el mérito atribuido a la testimonial vertida, lo que lo condujo a dictar una sentencia infundada; señala que el Sr. Moreno no fue testigo presencial del hecho, como tampoco se tuvo en cuenta la declaración de la Sra. Landaburu y, respecto del testigo Reuter, afirma que su declaración no confirma lo sostenido por el actor en demanda.

Por otro costado, se agravia por el valor convictivo asignado al informe pericial psicológico presentado por el perito oficial que, valorado conforme a las reglas de la sana crítica racional, carece de idoneidad probatoria.

IV. Vinculado al primer agravio, cabe recordar que la apelación en nuestro sistema formal se la concibe como una instancia revisora, por la que se someten a un nuevo examen las cuestiones propuestas al primer juez, con exclusión de nuevas defensas y pruebas. Con relación a este sistema, expresa Palacio que “la apelación constituye un procedimiento que tiene por objeto verificar sobre la base de la resolución impugnada el acierto o error con que el juez de primer grado ha valorado los actos instructorios producidos en la instancia anterior, no se trata de renovar o reiterar esos actos; se confronta el contenido de la sentencia con el material fáctico y jurídico ya incorporado, a fin de determinar si ese material ha sido o no correctamente enjuiciado. De ahí que –agrega– en materia de alegaciones y de prueba, la primera instancia tiene efectos preclusivos” (Azpilicueta, Juan J. y Tessone, Alberto, *La Alzada. Poderes y deberes*, La Plata, 1993, LEP, p. 82).

En el caso, la pretensión resarcitoria del actor se fundamenta en la Ley de Defensa del Consumidor y Reglamento General de los Servicios de Comunicaciones Móviles, que establece que el consumidor debe ser tratado con cortesía, corrección y diligencia, y su transgresión por parte de una empleada de la demandada ha suscitado en el actor el daño moral que reclama. Por su parte, el demandado resiste la pretensión argumentando la inexistencia del daño moral y obrar antijurídico por parte de su mandante (contestación de demanda de fs. 84/88). De allí entonces que el agravio vertido en la Alzada dirigido a negar la existencia de una relación de consumo –por ser aplicado el servicio de telefonía celular a operaciones de corretaje y, consecuentemente, de las responsabilidades enmarcadas en los términos de la ley 24.240–, deviene extemporáneo al no haber sido introducido en tiempo propio (arg. art. 332, CPCC) por lo que corresponde sin más su desestimación.

V. Con relación al segundo agravio, cuadra señalar que el artículo 42 de la Constitución Nacional otorga protección a los consumidores y usuarios de

bienes y servicios, garantizando entre otros una información adecuada y veraz; la libertad de elección, y condiciones de trato equitativo y digno. Se trata del reconocimiento del aspecto social de modernas formas de contratación que se caracterizan por ser sus destinatarios los consumidores y usuarios, que en algunos casos son individuales, plurales o colectivos. La filosofía que inspira el precepto constitucional se inspira en la protección del cocontratante que negocia en posición de inferioridad. De allí que el mandato impone la obligación de dictar leyes necesarias para desarrollar el principio de protección a los consumidores y usuarios, que se encausa a través de la ley 24.240 y demás normas que la complementan. Es así que el Derecho del Consumidor encuentra tutela, en lo que hace al aspecto resarcitorio, específicamente en el artículo 40 de la LDC, y en otros, sin perjuicio de que concurren las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio. La doctrina ha señalado que “en el Derecho del Consumidor se tiende a la supresión del distingo entre la responsabilidad contractual y extracontractual” (Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los contratos*, t. I, 1999, Rubinzal-Culzoni, p. 147).

En este sentido, se ha dicho que “en principio, todo individuo que adquiere un bien o utiliza un servicio ha de ser considerado consumidor o usuario para el ejercicio individual de los derechos que la ley 24.240 establece, salvo prueba o presunción fundada en contrario” (Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 2000, Astrea, p. 42).

Por su parte, el artículo 4º, LDC, regula el deber de información al consumidor o usuario sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere; esta obligación comprende otros deberes accesorios o secundarios que acompañan al cumplimiento. Se trata de los deberes de conducta, tales como los de actuar de buena fe, con la cooperación y diligencia debidas que dependen según sea la naturaleza de la obligación de que se trate. Ahora bien, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de este deber de información, en el caso de que ocasione daños, puede acarrear la responsabilidad fijada en el artículo 40 de la ley. El citado artículo refiere al daño ocasionado al consumidor en sentido amplio; por lo que al usuario o consumidor le asiste el derecho a reclamar a los responsables enumerados en el artículo 40, no sólo por el daño físico sufrido y por los perjuicios patrimoniales, sino también por el daño moral. Por su parte, el artículo 522 del Código Civil refiere a 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”. El régimen diseñado por la ley 24.240 se completa con las normas diseminadas en este instrumento legal

que regulan la responsabilidad: artículos 10, 14, 17, 25, 30 y en su mayor extensión y de aplicación al caso, en el artículo 40.

El artículo 9° del Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles RSC 490/1997 establece el derecho a favor del cliente de ser tratado con cortesía y corrección. De allí, entonces, que el maltrato vertido por la empleada de la accionada queda captado en la previsión genérica del artículo 1066 del Código Civil, que delimita el marco jurídico de lo ilícito, como todo aquello que se contrapone a los preceptos del Derecho, tal como lo señalara el juez de la instancia anterior. Tal proceder contraviene el artículo 42 de la Constitución Nacional, y en particular, el artículo 9° del Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles –resolución SC 490/1997–. Es que “Las empresas prestatarias de servicios que se vinculan al usuario mediante contratos por adhesión a condiciones generales también han de responder por el daño que causen, sin interesar la prueba de la culpa; esto nos permite captar en la actualidad el fenómeno de la unicidad de lo ilícito” (Zannoni, Eduardo A., *Responsabilidad por daños y protección del consumidor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 5, 1994, Rubinzal-Culzoni, p. 256).

Como se advierte, la resolución opugnada en torno al encuadramiento jurídico efectuado no presenta contradicción, sino por el contrario ensambla el régimen especial de la Ley de Defensa del Consumidor, con las normas generales que rigen la responsabilidad civil, que resultan de directa aplicación al caso. Por consiguiente, el agravio no se configura y corresponde su rechazo.

VI. En lo que hace al tercer agravio, tampoco merece recibo. En efecto, el daño que se reclama y que se tipifica como daño moral proviene del maltrato de que fue objeto el actor, y no como lo sostiene el apelante en que la demandada al tiempo de demandar había obtenido la activación de la línea.

Cuadra recordar que “el daño moral es, en términos generales, aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos, o sea de esos derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las ‘facultades’ o ‘presupuestos’ de la personalidad: la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o el derecho de privacidad (art. 1071 bis incorporado al Cód. Civ.), la libertad individual, la integridad física, etcétera, todo lo cual puede resumirse conceptualmente como la seguridad personal, y el honor, la honra, los sagrados afectos, etcétera, o sea, en una palabra, lo que se conoce como afecciones legítimas” (Cazeaux, Pedro N., *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance*, en *Temas de responsabilidad civil en honor de Augusto M. Morello*, 1981, Platense, p. 17). Este concepto lato ha sido precisado por la doctrina cordobesa como “una

modificación disvaliosa anímicamente perjudicial del espíritu..., 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” (Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. 2-a, Hammurabi, p. 36; Pizarro, Ramón D., *Reflexiones en torno al daño moral y a su reparación*, en J. A. 1986-II-900; íd., *Daño moral contractual*, en J. A. 1986-IV-925, N° 115; íd., *Daño moral*, 1996, Hammurabi, ps. 47 y ss.). Tal perjuicio afecta la capacidad de entender, querer y sentir; jurisprudencialmente, se ha definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (CNCiv., sala J, 1693, “Silvero Rodríguez de Aquino, Eugenia c/Empresa Transporte Alberdi SA y otro”, L. L. 1993-E-109 y D. J. 1994-11-41).

Ahora bien, es claro que la noción de daño moral no es equiparable a las simples molestias o perturbaciones que puede llegar a producir el incumplimiento contractual, toda vez que esas contrariedades son propias de cualquier contingencia contractual, lo contrario importaría que cualquier incumplimiento sería viable para producir un daño moral resarcible (en este sentido, CNCCom., sala C, 151.298, “Iglesias Paíz c/España y Río de la Plata Compañía Argentina de Seguros SA”, E. D. 185-335; íd., 91.188, “Zanino, Armando N. c/Empresa de Transporte Fournier SA y otros”, L. L. 1989-B-374 y D. J. 1989-1-1032; en similar sentido, SCJBA, 12.690, “Donsini, Miguel A. c/Teveles, Naum y otros”, D. J. B. A. 139-6-831; íd., 6896, “Dos Santos, José L. c/Laboratorios Hetty SRL”, L. L. B. A. 1996-100-1). Sin embargo en el caso, el incumplimiento deviene de concretas obligaciones de “buen trato” impuestas por el reglamento antes aludido y que fueron transgredidas por la demandada a título de culpa (art. 512, Cód. Civ.).

Y en este punto, no deben olvidarse las enseñanzas de Von Ihering, que se pronunció por la afirmativa, sosteniendo que cualquier interés, aunque sea moral, es merecedor de protección por parte del Derecho; agregando que no es razón para dejar sin reparación al titular del derecho afectado, la circunstancia de que éste no resulte apreciable en dinero. El dinero no siempre cumple una función de equivalencia, ya que ésta sólo se da cuando se trata de prestaciones de contenido patrimonial; en los demás casos cumple una función satisfactoria, posibilitando al titular del derecho violado la obtención de otros goces o sensaciones agradables o placenteras que lo distraigan y le hagan o mitiguen los padecimientos sufridos (Ihering, Rudolph Von, *De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires*, en *Œuvres choisies por O. de Meulenaere*, Che-

valerMaresq et Cie., Paris, 1893, t. II, especialmente ps. 178 y ss., cit. en Trigo Represas y López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, 2004, La Ley, p. 482).

Ello así, el daño moral en el sector analizado debe ser debidamente acreditado, en el sentido de que la inexecución de la obligación o transgresión de lo normado sea susceptible de ocasionar en el reclamante un daño en el interés de sus afecciones. 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 y que ha sido discutido por la demandada, el daño moral debe ser cierto y no meramente conjetural, el que no es indemnizable (arg. art. 1132, Cód. Civ.); 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, dado que no se trata de un daño que pueda ser probado sobre la base de pautas objetivas y materialmente verificables. Por ello se ha dicho con agudeza que “la relatividad e imprecisión forzosa del daño moral impiden una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial pero, por lo mismo, ello exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa” (Trib. Supremo de España, sala 1ª, sent. 9584, ponente: Sr. de la Vega Benayas, La Ley [Esp.], t. 19.843, p. 615 [5425R]).

Y este modo de estar diferente en el bienestar de la persona del actor, después de sucedido el hecho, ha sido considerado suficientemente acreditado por el juez de la instancia anterior, por vía de prueba testimonial y principalmente por la pericial psiquiátrica.

En este punto se advierte que el sentenciante ha considerado acreditada la base fáctica alegada, a través del relato del Sr. Sebastián Reuter, que reviste el carácter de testigo “presencial” del maltrato. En este sentido, conforme a los párrafos que se transcriben en la sentencia recurrida, declara: “...espera de una hora fácil...”, “...la empleada lo trataba de manera muy prepotente [...] cortante y prepotente [...] la empleada no tenía muchas ganas de solucionarle el problema a Cuello [...] que el modo era malo, de tal forma que en lo sucesivo el testigo trató de que esa empleada no lo atendiera nunca más...”, “...Cuello trataba de explicarle con demasiada paciencia...”, “...que luego, medio gritándole, esta mujer le dijo que se fuera y que se retirara, medio gritándole, y que no le iba a hacer el trámite...”, “...Esta empleada era la única que atendía...” Recuérdese que en la demanda se alude a que “el día 10-2-99, concurrí a dichas oficinas con el fin de activar uno de los aparatos cedidos al denominado plan llámame, atendíendome,

luego de una tediosa espera de más de dos horas, una señora de nombre Beatriz, cuyo apellido sería Landaburu, a quien impuse de mi intención. Esta persona me manifestó que debía contar con una fotocopia del documento de identidad del cedente del aparato [...] insistió y me pidió que me retirara pues en esas condiciones no podía atenderme; se suscitó un intercambio de palabras con aumento paulatino del tono de voz, hasta que cansado intenté buscar el elemento pedido, no sin antes dejar reclamo expreso sobre el indecoroso trato brindado y el prolongado tiempo de espera...” (fs. 1 vta.). Como se advierte, no existe contradicción entre lo atestiguado y lo relatado en demanda, coincide el tiempo, las circunstancias de la atención, espera prolongada, y el maltrato recibido, cuyo diálogo no es posible pedir al demandante que reproduzca en su escrito introductivo, teniendo en cuenta las circunstancias de tensión que rodearon el hecho, propias de quien padece un altercado como el descrito, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por otra parte, de la documental glosada por la accionante, esto es, las notas del 23-2-99, del 27-2-99 y del 3-3-99, pone en evidencia los sucesivos reclamos del actor respecto del trato que le propició la empresa, sin que se le hubiera dado una solución. Si bien dicha documental fue negada por la accionada en oportunidad del responde, *a posteriori*, resultó convalidada mediante informativa de la Comisión Nacional de Comunicaciones Delegación Córdoba, expediente interno N° 29 y acumulados (fs. 137/209), que no ha sido impugnada por la contraria (art. 324, CPCC).

A su vez, algunas de las circunstancias señaladas también se corroboraron por la testimonial de la Srta. Beatriz A. Landaburu (fs. 254/256): “...que recuerda que lo atendió por la cantidad de gente que había [...] que en ese momento era la única vendedora porque la otra estaba con licencia por enfermedad...” A lo que se añade el reconocimiento de la innecesidad del requisito que le exigía al cliente atento a que el cesionario había viajado al extranjero con copia del documento de identidad del cedente para cotejar la firma de la cesión, cuando explica: “...el cotejo de la firma se podía realizar con la solicitud del servicio original del titular del aparato” y que “si quiere solicita por mail esa documentación y se la envían por un sistema interno. Que ese sistema es diario. También se puede pedir por fax que se responde por orden de entrada de cada fax, que no es instantáneo...” Tal como lo señalara el juez, en la sentencia apelada: “Pero tal actividad no debía desplegarla ‘si quiere’. Ella estaba obligada a actuar de tal modo e informar de tal posibilidad al cliente, a los fines de allanarle el camino hacia la consecución del objetivo perseguido por el mismo; esto es, la activación de la línea telefónica del celular cedido (art. 4°, ley 24.240)”, resultando además aplicable lo normado por el artículo 5°, ley 24.240.

Ahora bien, en lo atinente a la relación de causalidad, se tiene por existente en virtud del testimonio del Sr. Fabián W. Roy, quien relata que “en el año 1999, a poco que el testigo ingresara a trabajar a la inmobiliaria, tuvo conocimiento de un problema que tuvo Cuello con una chica, con una empleada de la empresa. Que recuerda que un día llegó Cuello a la inmobiliaria muy deprimido porque lo habían tratado muy mal...”, con clara referencia al hecho relatado en la demanda.

En este punto debe advertirse que la prueba del hecho psicológico entra en el campo del *difficilioris probationis*, que permite acudir y completar el conocimiento probatorio por la prueba presuncional. Esto es así porque la impresión psicológica es conocida a partir de lo que el sujeto cognoscente manifiesta y de datos objetivos que deben ser ponderados por quienes en virtud de su arte, oficio o profesión, se encuentran especialmente dotados del conocimiento científico o técnico para la más acertada y correcta valoración.

Así, ponderando las probanzas arrimadas, consistentes en la testimonial y prueba pericial oficial (fs. 230/237), el juzgador llega a la conclusión de que el hecho ha ocasionado en la personalidad del actor un “trastorno de ansiedad generalizado [...] y trastorno psicósomático [...] la patología se inició con los conflictos que presentó con la empresa Telecom, o sea desde febrero de 1999 [...] existe una relación de causalidad entre la patología que padece el examinado y las circunstancias vivenciadas con la demandada...” Asimismo, el perito brinda las razones y fundamentos de su diagnóstico, conforme a la bibliografía consultada, *Manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (DSM.IV) y la *Clasificación Internacional de Enfermedades* (CIE.10), cuya parte pertinente reproduce a fs. 234 *in fine* y 235. De allí entonces que se trata de un dictamen fundado que, sirviéndose de técnicas específicas, llega a una conclusión y corresponde atenerse a sus conclusiones (art. 278, CPCC), tal como lo expone el sentenciante. No es posible apartarse de la misma, con fundamento en la sana crítica racional. Vinculado a ello, se ha dicho que “existe por parte de las profesiones jurídicas una especie de completud o autosuficiencias en virtud de las cuales se piensa que las leyes de la psicología son reglas del sentido común que todo jurista se encuentra en condición de dominar perfectamente, habida cuenta del largo aprendizaje conductual que generalmente experimentan los hombres del foro. Ignoran que la psicología científica actual nada tiene que ver con la psicología especulativa que antes se insertaba como un capítulo más en los libros de filosofía” (Muñoz I. Sabaté, Luis, *Tratado de probática judicial*, t. I, *La prueba del hecho psicológico*, Barcelona, 1992, Bosch, p. 49). Temperamento que se comparte a mérito de la naturaleza del hecho objeto de prueba.

*Voto por la negativa.*



El Dr. Fernández dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones que propicia el vocal preopinante y, en consecuencia, *voto en idéntico sentido*.

El Dr. Bustos Argañarás dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones que propicia el vocal de primer voto y, en consecuencia, *voto en idéntico sentido*.

2ª cuestión. La Dra. González de la Vega de Opl dijo:

Atento a las consideraciones realizadas, propongo que se confirme la sentencia opugnada en todo cuanto decide y ha sido motivo de agravio, con costas al apelante (art. 130). Los honorarios del letrado de la parte actora se deben regular de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del CA, estimándolos en el 40% del punto medio de la escala del artículo 34 del CA.

*Así voto.*

El Dr. Fernández dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones que propicia el vocal preopinante y, en consecuencia, *voto en idéntico sentido*.

El Dr. Bustos Argañarás dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones que propicia el vocal de primer voto y, en consecuencia, *voto en idéntico sentido*.

Por lo expuesto, se resuelve: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia confirmar la sentencia recurrida en todo cuanto decide y ha sido motivo de agravio, con costas al apelante (art. 130, CPCC). 2) Los honorarios del Dr. Juan A. Lascano Pizarro se regulan en el 40% del punto medio de la escala del artículo 34 del CPCC. Protocolícese, hágase saber y bajen. *Cristina González de la Vega de Opl. Raúl E. Fernández. Miguel A. Bustos Argañarás.*

## II. El comentario

Las sentencias que comento se vinculan en razón de la cuestión de la dignidad de trato que debe ser dispensada a los consumidores en el contexto de una relación de consumo. En particular, la sentencia de la CSJN tiene relevancia en cuanto reconoce diversos aspectos de las relaciones de consumo tales como: la existencia de un derecho de los consumidores a la seguridad con base en la Carta Constitucional; una especial forma de consideración de la culpa del consumidor; la necesidad de que la culpa de la víctima se desempeñe en el plano causal para constituir una eximente en el campo de la

responsabilidad objetiva, para lo cual se exige que sea particularmente grave; el deber del proveedor de ejecutar sus obligaciones de buena fe, lo que implica procurar que el consumidor no sufra daños, y, por último, la existencia de un derecho fundamental al trato digno en las relaciones de consumo.

Me detengo en este último aspecto para mostrar (1) cómo el microsistema de protección del consumidor ha consagrado este derecho que humaniza la relación de consumo y le otorga perfiles solidaristas y (2) cuáles son los campos de aplicación de este derecho tipificados.

## 1. *El derecho fundamental a la dignidad en las relaciones de consumo*

### 1.1. *Derecho de acceso digno, equitativo y libre al consumo*

El derecho de acceso al consumo constituye la prerrogativa fundamental dentro del marco de los derechos sustanciales del consumidor. Se trata de un presupuesto lógico y cronológico del ejercicio de todos los demás derechos sustanciales e instrumentales, y, en este sentido, tiene como contrapartida el deber del Estado de garantizar a todos los sectores de la población la posibilidad de transformarse en sujetos activos del mercado.

Ahora bien, el ejercicio de este derecho implica la facultad de participar de las relaciones de consumo con el resguardo especial de ciertas condiciones.

En efecto, a lo largo de todo el trayecto: acceso, permanencia y egreso de la relación de consumo, el consumidor debe ver respetados los atributos esenciales que constituyen su condición de persona humana.

El artículo 42 de nuestra Carta Magna consagra expresamente este derecho fundamental al trato equitativo y digno como uno de los contenidos de la relación de consumo.

En cuanto a los antecedentes de este derecho fundamental, corresponde apuntar la resolución 39/248, de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobada el 16 de abril de 1985 sobre las Directrices para la protección del consumidor que, en el apartado III.B, establece: “Las prácticas de promoción empleadas en la comercialización y la venta deben basarse en el principio de trato justo de los consumidores y deben satisfacer los requisitos jurídicos”.

También puede citarse el artículo 23, inciso e, 3, de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (26/84) que hace referencia a las reclamaciones y quejas con respecto a las “esperas, permanencias excesivas o circunstancias lesivas para la dignidad de las personas”. La Ley General de Publicidad de 1988 del mismo país, que prohíbe como ilícita, en su artículo 3º, inciso a, la publicidad que atente contra la dignidad de las personas. Y por último, en el artículo 4º del Código de Defensa de los Con-

sumidores de Brasil que expresa: “La política nacional de relaciones de consumo tiene por objeto la atención de las necesidades de los consumidores, respeto a su dignidad...”

Todos los habitantes de la Nación, al momento de establecer a través de actos jurídicos negociales relaciones de consumo en calidad de consumidores y usuarios, poseen el derecho, que debe ser garantizado adecuadamente por el Estado, de no sufrir discriminaciones ni arbitrariedades por parte del otro extremo de dicha relación, que se encuentra en una situación de superioridad técnica y económica. El derecho que comento es una traducción a la problemática del consumo del Principio General del Derecho receptado en la Constitución Nacional de 1853, en el artículo 16: “Todos los habitantes son iguales ante la ley...”

En cuanto a los antecedentes, cabe hacer mención al Código de Defensa del Consumidor de Brasil que define la publicidad abusiva como aquella que contenga discriminaciones de cualquier naturaleza (art. 37.2); en idéntica línea se encuentra la ley mexicana de los derechos de los consumidores, que en su artículo 4º, inciso c, otorga derecho a un trato no discriminatorio ni arbitrario por parte del empresario; y por último, la Ley de Protección al Consumidor de Venezuela, que consagra en el Capítulo IV, *De los tratos abusivos, arbitrarios o discriminatorios*, toda la temática relativa a la igualdad de trato.

El consumidor, además, debe gozar de una efectiva libertad de elección al momento de la obtención de bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades básicas. Señalan al respecto Stiglitz y Stiglitz: “La libre elección, basada en precios justos y variedad de productos y servicios, supone un adecuado funcionamiento de las reglas de libre competencia y abastecimiento, y fundamentalmente la eliminación de políticas económicas que excluyan a determinados sectores de la población al acceso al consumo”<sup>1</sup>.

En lo que hace a los antecedentes, podemos mencionar las Directrices para la protección del consumidor, que en su apartado III, sección B, artículo 13, aseguran protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar las posibilidades de los consumidores de elegir en el mercado.

Deben atenderse especialmente las situaciones de inferioridad. Es el caso de los subconsumidores. Con esta idea se pretende, refiriéndose al derecho de todos los habitantes de la Nación de acceder al consumo, prestar especial atención a ciertas situaciones particulares en las que la debilidad típica del consumidor o usuario se ve potenciada en razón de diversos factores (pobla-

<sup>1</sup> STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Rubén, *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 42.

ciones carenciadas, poblaciones rurales, etc.). Hemos simplificado aquí la fórmula empleada por la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, que en su Capítulo VII (arts. 23 y 24) se refiere a las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión. La simplificación en la redacción propuesta se debe a que ni normativamente ni doctrinariamente se han establecido diferenciaciones entre los distintos términos que contiene dicha fórmula: inferioridad, indefensión y subordinación. A fin de facilitar la interpretación, hemos pues optado por una de estas palabras, que condensa el significado global.

En el mismo sentido, en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, en el artículo 5º, inciso I, se establece el “mantenimiento de asistencia jurídica, integral y gratuita para el consumidor carenciado” y en el artículo 6º, inciso VII *in fine*, se refiere a la “protección jurídica, administrativa y técnica a los necesitados”.

## 2. *El derecho a la dignidad del consumidor: su desarrollo en la ley 24.240*

### 2.1. *Derecho de trato digno en las prácticas comerciales abusivas*

#### 2.1.1. *El trato inequitativo o indigno como práctica abusiva*

La ley 26.361 ha introducido en la primera parte del primer párrafo del artículo una regla que desarrolla el derecho fundamental establecido en el artículo 42 de la Constitución Nacional al trato equitativo y digno<sup>2</sup>.

La regla es uno de los agregados más interesantes y significativos de la última reforma.

Se trata de un derecho que se manifiesta en el momento del acceso del consumidor al consumo de bienes y servicios. En el campo contractual, esto se traduce en una obligación precontractual de base constitucional –y ahora legal– de garantizar la dignidad del consumidor como persona.

Esta obligación precontractual se traduce en deberes concretos y circunstanciados de “atención al público”:

- Organizarse de modo de no producir esperas excesivas para la atención;
- informar acerca de los plazos de espera;

<sup>2</sup> Otra aplicación de esta regla existe en materia de servicios públicos domiciliarios, capítulo en el cual la ley establece, en el artículo 26, que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben brindar al consumidor reciprocidad de trato. Se trata de otro aspecto de la idea de trato igualitario diferente del aspecto aquí previsto: trato equitativo. Mientras que el primero remite a la idea de igualdad entre proveedor y consumidor, el último aspecto referido es una aplicación de la de igualdad pero entre consumidores.

- informar y asesorar a través del personal de la empresa acerca de cómo conducirse con máquinas predispuestas para contratar o recibir pagos;
- garantizar condiciones humanas para efectuar esperas;
- deber de “abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias e intimidatorias”.

El trato equitativo consiste también en una obligación precontractual de no discriminación por parte del otro extremo de dicha relación, que se encuentra en una situación de superioridad técnica y económica.

La norma que anoto a título ejemplificativo en la segunda parte del primer párrafo de este artículo señala una situación específica de trato inequitativo: la de los consumidores extranjeros, a quienes no deberá diferenciarse:

- En el precio;
- en las calidades técnicas;
- en las condiciones comerciales;
- en cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice.

Como explicamos al desarrollar los derechos fundamentales del consumidor, el derecho que comentamos es una traducción de la problemática del consumo del Principio General del Derecho receptado en la Constitución Nacional de 1853 en el artículo 16: “Todos los habitantes son iguales ante la ley...”

Por último, me parece realmente criticable que el artículo 8° bis –que integra el grupo de reformas de la ley 26.361 que recogen la experiencia administrativa– en la parte final del primer párrafo señale: “Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas”. La base constitucional de las obligaciones de trato digno y equitativo no permite de modo alguno que exista una autorización administrativa a una excepción. En todo caso, en razón de la regla del artículo 28 de la Constitución Nacional, los derechos fundamentales podrían ser reglamentados restrictivamente pero nunca aniquilados por la decisión que se tome; esto último es lo que sucedería si se autoriza una “excepción” a los derechos.

### *2.1.2. La idea de prácticas comerciales abusivas en el Derecho del Consumidor*

Sin embargo, la expresión “prácticas abusivas” que se encuentra en el título del artículo 8° bis no parece hacer referencia al género que en el campo del Derecho del Consumidor se conoce con el nombre de “prácticas comer-

ciales abusivas”, con el cual se designa el conjunto de técnicas de marketing y comercialización agresivas que emplean los proveedores de bienes y servicios, verbigracia, las conocidas como ventas agresivas o las publicidades abusivas y engañosas, el denominado *overbooking*, las ventas por sistema de “promociones” cuando sean abusivas.

El texto finalmente aprobado es mucho más escueto que el proyectado, que se aproximaba más al del Código de Defensa del Consumidor de Brasil. Este Código es una noción sumamente amplia que comprende no sólo las prácticas de comercialización por oposición a las prácticas de producción, lo que limitaría la idea a aquellas que están dirigidas a comercializar los productos. En efecto, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil cuenta con un capítulo que se denomina *De las prácticas comerciales*, es el Capítulo V (arts. 29 y ss.). Antônio H. Benjamin señala: “...en la búsqueda de la construcción de una teoría jurídica de las prácticas comerciales, podríamos decir que éstas son los procedimientos, mecanismos, métodos y técnicas utilizados por los proveedores para [...] fomentar, mantener, desarrollar y garantizar la circulación de sus productos y servicios hasta el destinatario final”.

Conforme dijimos, sobre la base de tal concepto “inclúyase un sinnúmero de técnicas, todas dirigidas al fomento del consumo de productos y servicios colocados en el mercado. También se comprenden, bajo la misma denominación, ciertas prácticas que, aunque no se vinculan directamente con la circulación de productos o servicios, influyen decisivamente en la velocidad y eficiencia del proceso de comercialización, facilitando sobremanera el crédito, verdadero pilar de la sociedad de consumo y los mecanismos de cobro de deudas contraídas por el consumidor”<sup>3</sup>.

Dada la gran velocidad con la cual se transforman estas prácticas conforme mudan las exigencias del mercado<sup>4</sup>, los derechos positivos optan por construir enumeraciones más o menos abarcativas, pero siempre ejemplificativas de este tipo de prácticas<sup>5</sup>. En teoría, para que una práctica comercial abusiva

<sup>3</sup> BENJAMIN, Antônio H., *De las prácticas comerciales*, en AA. VV., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, Forense Universitaria, 8ª ed., 2004, ps. 242-243.

<sup>4</sup> A este fenómeno hace referencia Antônio H. Benjamin cuando dice: “Las prácticas comerciales [...] su visibilidad, complejidad y mutabilidad –informadoras de las sociedad de consumo– representan un desafío extraordinario para el legislador [...] No se conceptualizan fácilmente estas prácticas comerciales. De cara a la mutabilidad del mercado, en particular en la era de la sociedad de consumo, aquello que hoy se manifiesta como práctica comercial, mañana, a causa de la transformación de las necesidades mercadológicas, puede simplemente desaparecer o perder actualidad” (BENJAMIN, *De las prácticas comerciales* cit., ps. 242-243).

<sup>5</sup> Así lo hace el CDC de Brasil en el artículo 39.

sea recogida en una legislación de defensa del consumidor serían deseables dos condiciones: a) que la práctica tenga cierta tipicidad, y b) que sea abusiva.

En el sentido que le asigna el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, el marketing, la publicidad dentro de él, la oferta, son “prácticas comerciales” que pueden ser abusivas; por ello regula estos fenómenos en el mencionado Capítulo V.

#### *2.1.3. El significado de la expresión “prácticas abusivas” en el artículo 8º bis*

En nuestra ley, el significado es evidentemente mucho más puntual. Entiendo que la expresión “prácticas abusivas” apunta a designar las conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias e intimidatorias, en las cuales el proveedor perjudica al consumidor utilizando para ello derechos o prerrogativas que la ley le concede, aunque contra la finalidad con la cual le fueron otorgados por el ordenamiento o en contra del principio general de buena fe (art. 1071, Cód. Civ.).

De este modo, existe un hilo de unión entre la idea de derecho al trato equitativo y digno y el problema de las prácticas comerciales abusivas. Es que el texto legal se limita a considerar una especie o tipo de prácticas abusivas: las que afectan la dignidad (colocando a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias e intimidatorias) o la igualdad entre los consumidores.

Independientemente de ello, dogmáticamente puede sostenerse una idea integradora de prácticas abusivas, recuperando algún nivel de mayor sistematicidad, aunque más no sea en el plano teórico que el que presenta la ley.

Hubiera sido deseable al menos que se aclarara que, dentro de esta especie particular de prácticas abusivas, las que se enuncian son sólo un ejemplo. A esta conclusión debe llegarse ahora vía interpretación pro consumidor del texto de la ley (vid. comentario art. 3º).

#### *2.1.4. Las prácticas abusivas de gestión de cobro de créditos a consumidores*

El segundo párrafo de la norma establece una regla, a primera vista parece no guardar relación alguna con el título del artículo ni con el contenido del primer párrafo. Sin embargo, se refiere a que los “reclamos extrajudiciales de deudas” no deben ser efectuados a través de medios que creen la apariencia de tratarse de un reclamo judicial, con el objetivo de intimidar y atemorizar al consumidor.

Se trata de un caso concreto de una práctica comercial abusiva –género–

por la cual se coloca al consumidor en una situación intimidatoria, a la que hace referencia el primer párrafo, segunda parte, al desarrollar la idea de prácticas abusivas.

Consagra así una práctica abusiva que constituye un caso de una especie de práctica abusiva –las prácticas abusivas en el cobro de deudas–, y dentro de esta especie, de aquellas que son abusivas por afectar la dignidad del consumidor, haciendo uso de la intimidación a través de una afirmación engañosa (que se trata de un reclamo judicial).

Al respecto, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, en el Capítulo V, Sección V, artículo 42, señala: “En la cobranza de deudas, el consumidor incumplidor no será expuesto al ridículo, ni será sometido a cualquier tipo de constreñimiento o amenaza”. La norma es más amplia, abstracta y por tanto resistente al transcurso del tiempo y a las metamorfosis de este tipo de prácticas, lo que es siempre recomendable para un texto legal, salvo que se trata de una normativa intencionalmente dirigida a durar sólo transitoriamente.

En fin, debería preverse una norma genérica para las “prácticas abusivas de cobro de deudas”, lo que incluye además: los reclamos extrajudiciales efectuados en horarios de descanso, en el trabajo del consumidor, utilizando datos falsos o engañosos, amenazando al consumidor, etcétera.

Pienso que de todas formas, por vía hermenéutica, puede llegarse a la idea de que en la norma se encuentran reguladas todas las prácticas comerciales que afecten la dignidad del consumidor –y las que afecten la igualdad de los consumidores entre sí, que sería la otra especie– y entre ellas, como una especie, las prácticas abusivas de gestión de cobro de deudas a consumidores, no sólo las que dentro de esta especie consistan en la gestión abusiva de cobro de un crédito mediante el engaño que significa hacer parecer mediante sellos u otros ardides que se trata de un reclamo judicial, pero ello exige al operador del campo jurídico un trabajo hermenéutico y una argumentación previa empleando el principio de la aplicación analógica (art. 16, Cód. Civ.).

#### 2.1.5. *Las sanciones frente a las prácticas comerciales abusivas*

El tercer párrafo del artículo 8° bis fija las sanciones de que es posible el proveedor, las que deben ser interpretadas sistémicamente:

1) Las sanciones “previstas en la presente ley”; se trata de las sanciones administrativas previstas por el artículo 47;

2) la “multa civil” regulada en el nuevo artículo 52 bis; esto significa que es posible aquí, según la ley, fijar daños punitivos, obviamente en sede judicial;



3) “sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondan al consumidor”; se refiere a los que puedan ser fijados judicialmente en una demanda por incumplimiento del contrato o para obtener la indemnización de daños y perjuicios como ocurrió en las sentencias que comento, las que no quedan disminuidas o afectadas por el hecho de que se haya ordenado abonar “daños punitivos”.

La parte final de este tercer párrafo prevé la extensión extraordinaria de la responsabilidad –la norma refiere a la extensión de “ambas penalidades”, esto es, las sanciones administrativas y las multas civiles– del proveedor fijada por el mismo párrafo, hacia “quien actuare en nombre del proveedor”.

Entiendo que respecto de las sanciones administrativas no existe inconveniente en que las mismas sean aplicadas por la autoridad de aplicación de la ley 24.240 también a los representantes del proveedor.

Más compleja es la legitimación pasiva extraordinaria en el segundo caso. En efecto, siendo que las “multas civiles” que permite la ley deben ser fijadas en sede judicial, éstas presuponen la existencia de una acción judicial en la que se traten los daños y perjuicios, lo que la regla que comento en definitiva está haciendo es incluir un “proveedor” más entre los legitimados pasivos del artículo 40: el representante del proveedor –que habría devenido en una especie de proveedor asimilado– cuando incurrió en una práctica abusiva o en un trato inequitativo o indigno ocasionando daños y perjuicios al consumidor.

## 2.2. *El trato al consumidor en los servicios públicos domiciliarios*

El artículo 26 de la ley 24.240 establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben “otorgar reciprocidad de trato” a los consumidores.

Como ya tuve oportunidad de comentar, la idea de igualdad de trato se trata de una aplicación del principio de igualdad real que rige en el campo del Derecho del Consumidor y que a su vez se incardina con el de igualdad constitucional. Asimismo, desarrolla el derecho fundamental establecido en el artículo 42 de la Constitución Nacional al trato equitativo y digno.

Esta regla, original de la ley 24.240, ahora se ha visto reforzada por la inclusión del artículo 8° bis, que regula otros aspectos de la igualdad de trato y desarrolla la regulación del problema de las prácticas abusivas, entre las cuales ocupan un lugar preferente las que afectan la igualdad a través del trato inequitativo.

Son aspectos vinculados que derivan de la idea de igualdad de trato: a) el trato equitativo, entre consumidores, y b) la reciprocidad de trato entre

proveedores y consumidores. El artículo 26 se ocupa específicamente del segundo aspecto, mientras que el artículo 8° bis lo hace con el primero.

Luego, el artículo 26 trae lo que debe ser entendido como un caso de aplicación concreto de esta idea de reciprocidad de trato: la práctica comercial por la cual se cobran intereses por mora diferenciados (una tasa para la mora del consumidor y otra para los reintegros que debe efectuar para el proveedor) que atenta contra esta idea de la reciprocidad de trato y, por tanto, no puede ser desarrollada. En otras palabras, tanto en los casos de mora del proveedor del servicio público domiciliario como del consumidor de dicho servicio debe aplicarse la misma tasa de interés –impropiamente la norma hace referencia a “criterio”– para cubrir el daño derivado del retraso: del consumidor, en el pago de la tasa; del proveedor, en efectuar reintegros o devoluciones.

Esta última aplicación de la idea de reciprocidad de trato que comento también se encuentra en el caso de existir sobrefacturación del proveedor del servicio público domiciliario.