



Dossier doctrinario

Autores de Chubut



Daniel Kahneman

Primera Parte

Dr. Fernando E. Shina

Compilado por TSB Adriana Martínez y TSB Patricia Lincheo
Una producción de la **Biblioteca de Tribunales Trelew**
Editado por la Dirección de Bibliotecas - Superior Tribunal de Justicia
Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne, en una primera parte, todos los trabajos doctrinarios realizados por el Dr. Fernando Ezequiel Shina, hasta el año 2015.

Dirección de Bibliotecas

Superior Tribunal de Justicia del Chubut

Dirección de Bibliotecas – Superior Tribunal de Justicia del
Chubut Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut
biblio@juschubut.gov.ar

Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

Horario de atención: de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs

Biblioteca de Tribunales de Trelew - Av. 9 de julio 7º piso –
Trelew – Chubut bibliotw@juschubut.gov.ar

Teléfonos: (0280) 4427117 – 4427452

Horario de atención de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs.

Contenido

| | |
|---|-----|
| Sobre el autor | 7 |
| Adler et al. v. board of education of the city of New York..... | 11 |
| La interpretación de la ley: evolución en la jurisprudencia norteamericana..... | 31 |
| Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos: su aplicación en el derecho comparado. La situación en la Argentina, ley 26.361..... | 53 |
| La libertad de expresión vs. el derecho al honor ¿Cómo superar el conflicto?..... | 75 |
| Ley N° 24.240. 17° Aniversario. Una adolescencia traumática..... | 89 |
| Una interpretación piadosa del daño directo..... | 114 |
| Medicina prepaga. El aumento de precios por edad avanzada: un enfoque económico de la cuestión..... | 139 |
| Consumo on line. Problemática del contrato informático..... | 160 |
| Del Privity of Contract al contrato conexo: 150 años de evolución en la Teoría General de los Contratos. Breve ensayo de derecho comparado..... | 180 |

| | |
|---|-----|
| Interpretación de la ley. Breve ensayo de derecho comparado. Primera parte..... | 182 |
| La Interpretación de la ley. Breve ensayo de derecho comparado. Segunda parte..... | 191 |
| Los daños punitivos en el derecho argentino. Experiencia en el derecho comparado..... | 202 |
| El largo camino hacia la responsabilidad objetiva. Homenaje a Roger John Traynor, Juez. Parte 1 | 264 |
| El largo camino hacia la responsabilidad objetiva. Homenaje a Roger John Traynor, Juez. Parte 2 | 267 |
| El artículo 48 de la Ley de Defensa del Consumidor. Los peligros de una norma que no se usa..... | 307 |
| Denuncias maliciosas y juicios frívolos | 322 |
| La publicidad engañosa | 370 |
| Acciones de clase. Primera parte | 413 |
| Las acciones colectivas. Segunda parte | 457 |
| Las acciones de clase en el derecho comparado. Un caso reciente... 'Dukes vs. Walmart' | 498 |
| El deber de información en las relaciones de consumo. Primera parte | 537 |

| | |
|--|-----|
| El deber de información en las relaciones de consumo. Segunda parte | 555 |
| El deber de información en las relaciones de consumo. Tercera parte | 568 |
| Las relaciones de consumo y la alta tecnología. El dinero electrónico..... | 594 |
| La prescripción en las relaciones de consumo. Una cuestión de orden público | 616 |
| Los derechos constitucionales y la relación de consumo. Derecho de litigar sin gastos y la justicia gratuita..... | 635 |
| La legitimación activa en las acciones de clase. ¿Quién es el defensor y quiénes los defendidos en las acciones de clase?..... | 663 |
| La justicia gratuita y el derecho de litigar sin gastos..... | 692 |
| Las acciones de clase en el anteproyecto de Código Civil y Comercial | 709 |
| Los daños punitivos en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial | 734 |
| El daño directo en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación..... | 749 |
| La prescripción en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación..... | 763 |

| | |
|---|-----|
| El bystander en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial - Invitado a una decapitación..... | 777 |
| El fallo PADEC y la legitimación activa de las asociaciones para estar en juicios de clase..... | 794 |
| Las Asociaciones de Defensa de los Consumidores..... | 818 |
| El caso Buffoni. La resucitación de la autonomía de la voluntad. | 836 |
| Nulidad del acuerdo homologado - Comentario al fallo “Adecua vs Banco Privado de Inversiones” de la CNCOM | 851 |

Este ejemplar recopila todos los trabajos
doctrinarios publicados por el Dr. Fernando E.
Shina hasta el año 2015.

Sobre el autor



FERNANDO EZEQUIEL SHINA

Abogado, Mediador, Docente Universitario, bilingüe en inglés y Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina (2019).

Desempeño laboral y profesional

Abogado independiente, 1987-1997.

Universidad Nacional de Buenos Aires, 1992-2002. Profesor de los cursos Derecho Civil 1; Contratos y Teoría General de la Responsabilidad Civil.

Open Sports Group SA. 1999-2002. Abogado corporativo.

Institute for International Research, Buenos Aires, 1998-2002. Conferencista y responsable de los seminarios de Derecho Comercial, tales como Contratos comerciales modernos, Derecho comercial para no especialistas; Derechos de marcas y Derecho del consumidor.

International House of Rhode Island, Providence, Rhode Island. Coordinador de actividades culturales, 2002-2004.

Providence School Department, Providence, Rhode Island. United States. Docente de Estudios Sociales y español, 2002-2004.

Asociacion Escuelas Lincoln, Buenos Aires: Docente de Estudios Sociales y español para el Bachillerato Internacional, 2004-2005.

Staffing IT: Consultor de Recursos Humanos, 2006-2007.

Poder Judicial, Provincia del Chubut: Mediador. 2008-2011.

Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios, Provincia del Chubut: Asesor Legal, 2008-2011.

Estudio de Arazi, Prato, Mariani de Vidal, Merola & Asociados, Abogado asociado, 2011-2014.

Editorial Astrea, asesor de contenidos editoriales, 2014-2017.

Poder Judicial, Provincia del Chubut. Letrado Auxiliar, Cámara de Apelaciones de Trelew, 2017 a la fecha.

Ejercicio de la docencia Universitaria

Profesor de la Maestría en Derecho Civil Patrimonial, en la materia Derecho del Consumidor de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Profesor invitado de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios en la Universidad de la Sabana, Bogotá. Colombia.

Profesor y fundador del Curso de Posgrado de Defensa del Consumidor, Pontificia Universidad Católica Argentina.

Profesor de la materia Neurociencia y Derecho en el Doctorado Internacional Intensivo, Universidad Nacional de Buenos Aires.

Obras publicadas

Shina, Fernando E. *La libertad de expresión y los derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009. **(Disponible en Bibliotecas Rawson y Trelew)**

Shina, Fernando E. *Daños al consumidor : soluciones jurisprudenciales a casos célebres*. Buenos Aires: Astrea, 2009. **(Disponible en Biblioteca Trelew)**

Shina, Fernando E. *Daños al consumidor : Análisis de la ley 1480 de Colombia*. Bogotá: Astrea, 2009.

Shina, Fernando E. *Sistema legal para la defensa del consumidor*. Buenos Aires : Astrea, 2016. **(Disponible en Biblioteca Trelew)**

Shina, Fernando E. *Tutela judicial del consumidor: como hacer una exitosa demanda de consumo*. Buenos Aires: 20XII Grupo Editorial, 2017 **(Disponible en Biblioteca Trelew)**

Shina, Fernando E. *Estatuto del consumidor*. Bogotá: Astrea SAS - Universidad del Rosario, 2017.

Shina, Fernando E. *Los contratos de adhesión*. Buenos Aires : Hammurabi, 2019. **(Disponible en Biblioteca Trelew)**

Shina, Fernando E. *Las neurociencias en la actuación profesional : su análisis e impacto en las nuevas relaciones jurídicas*. Buenos Aires : Hammurabi, 2020. **(Disponible en Biblioteca Rawson)**

En co-autoría, colaboración y/o en obras colectivas

Zannoni, Eduardo A., y otros. *Código Civil y Comercial : concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente*. Buenos: Astrea, 2015. **(Disponible en Bibliotecas Rawson, Puerto Madryn, Esquel y Trelew)**

Shina, Fernando E. y Silvio Battello. *Fundamentos para la protección del Consumidor*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2016.

Adler et al. v. board of education of the city of New York.

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://www.juschubut.gov.ar/>

Publicado en: El Reporte N° 5 (junio 2009), p. 26-30.

[Consultado el: 05/07/2020]

Sumario:

Introducción. Sumario de los hechos. Opinión de la minoría. Disenso del juez Frankfurter. Disenso de los jueces Douglas y Black.

1952 (1)

-Director de Escuela: Profesor Adler, ¿es o ha sido usted miembro de alguna organización comunista?

-Profesor Adler: Me niego a contestar a esa pregunta.

-Director de Escuela: Esa respuesta constituye un acto de insubordinación

Introducción.

La Gran Depresión y el final de la Segunda Gran Guerra habían dejado un sucesor: la Guerra Fría. Durante los gobiernos de Harry S. Truman (1945-1953) y Dwight D. Eisenhower (1953 – 1961) se inicia la más importante y triste cruzada anti-comunista que Estados Unidos haya conocido en su historia. En el año 1947, aterrado por la idea de que los espías estaban por todos lados, pero fundamentalmente cerca de su oficina, Truman ordena una gigantesca investigación entre los empleados estatales para determinar su grado de lealtad a la patria. Como era previsible, la mayoría de los encuestados no pudo mostrar la honradez requerida y tuvo que ir a

buscarla a la calle y agregarla en algún formulario de empleo. En el medio de estas diatribas aparece la figura de un senador que fue emblema de esta primera parte de la Guerra Fría: Joseph McCarthy. Tanto brillo tuvieron sus opacos logros que la historia bautizó a este breve período como Macartismo. Padedieron sus persecuciones trastornadas, dirigentes políticos, intelectuales, artistas, académicos, sindicalistas, homosexuales. Ninguna profesión estuvo a salvo de las listas negras que McCarthy iba haciendo lentamente. Infinidad de artistas, a los que se creía vinculados a organizaciones izquierdistas, no pudieron trabajar por muchos años en su país. Unos cuantos escritores y directores de cine sufrieron penas de prisión. Se los condenaba por la simple negativa a dar los nombres de otros colegas supuestamente emparentados al Partido Comunista. Hacia 1954, el inefable Joe ya estaba ebrio de poder; no obstante o quizás por esa misma razón, inició una campaña pública contra los militares de su país, acusándolos de sostener ideologías comunistas. Los libros de historia dicen que durante una memorable reunión en el Congreso un parlamentario lo interrumpió y le hizo una pregunta algo retórica: Senador, ¿acaso usted no tiene ningún sentido de la decencia? La sala entera comenzó a aplaudir sin parar. Probablemente, durante el lento transcurso de estos aplausos McCarthy haya visto un anticipo de su porvenir. Algunos estudiosos dicen que ese incidente fue la gota que rebalsó el vaso de su carrera política. Otros, afirman que su carrera política rebalsó porque en su vaso nunca dejaba ni una gota. Lo cierto es que sin el apoyo de Eisenhower, y aislado políticamente, el más famoso cazador de brujas de la historia reciente de los Estados Unidos muere en el año 1957, siendo todavía Senador. En su ocaso, el delirio del alcohol ocupó el lugar de sus ideas delirantes. Cuando murió tenía 48 años.

El caso Irvin Adler v Board of Education tuvo lugar en este contexto político. Y en tales circunstancias es difícil imaginar una Corte Suprema libre de las miradas vigilantes de Truman, Eisenhower, McCarthy, y un ejército de ojos obedientes que sólo miran para encandilar al amo transitorio. A lo largo de la historia, el Poder Ejecutivo, sobre todo en sistemas republicanos de tradición

presidencialista, siempre quiso cortejar a la inquietante y solitaria Justicia. El poder tiene muchas mañas, pocos escrúpulos y peores modales. Pero no hay que confundir ojos ven-dados con ceguera, ni pudor con debilidad, que es casi su opuesto. Normalmente, el enojo de los poderosos procede de su poder extenuado. Y los encantos de la Justicia, de la dignidad tranquila de sus veredictos.

Por entonces, Irvin Adler era un destacado maestro de matemáticas. Se desempeñaba como docente en algunos colegios secundarios de la ciudad de Nueva York. Además, desarrollaba una intensa actividad gremial que lo llevó a sumarse a las filas de la poderosa New York Teachers Union. En ese sindicato llegó a ser jefe de la comisión de asuntos salariales y legislativos. En 1947, la administración del Presidente Truman decretó una “ley de lealtad”, conocida como Feinberg Law, que obligaba a los empleados públicos a manifestar si tenían, o habían tenido, alguna actuación en organizaciones comunistas. En cumplimiento de esa ley, el Superintendente de Escuelas de Nueva York mandó a llamar a todos los maestros de su distrito y los interrogó en ese sentido. Los que se negaban a contestar eran despedidos. Irvin Adler, se negó. Pero llevó su causa a la justicia. En el año 1952 la Corte Suprema de Justicia falló en su contra. Pasaron más de 10 años, pero finalmente la Corte Suprema cambió su criterio en el marco de otro caso. Entonces, los maestros despedidos durante la vigencia de la Ley Feinberg solicitaron ser reintegrados a sus antiguas posiciones. Ese pedido fue concedido y Adler recupera su puesto de trabajo. En el año 1977, este luchador incansable, protagonista de una época de histerias acentuadas y derechos atenuados, se jubila como docente del sistema escolar de la ciudad de Nueva York.

Sumario de los hechos

Diversas leyes nacionales prescriben que no podrán acceder a puestos públicos aquellas personas que tengan vinculaciones con organizaciones que postulan derrocar al gobierno por medios ilegales. La ley de Educación, modificada por la llamada Ley Feinberg, les

requiere a las Juntas Escolares que tomen las medidas necesarias para excluir de sus posiciones al personal que se aparte de la normativa antes citada. La providencia indica que la sola pertenencia a una organización como las descritas es causa de despido e inhibición para acceder a un empleo como docente de la escuela pública (2)

Las normas citadas no son violatorias de la libertad de expresión, o de otros derechos políticos de los docentes del sistema público de enseñanza, ni de quienes se postulen para cubrir posiciones en ese sector. Tampoco viola la garantía constitucional del debido proceso la circunstancia de que, prima facie, los miembros de organizaciones subversivas no puedan acceder a posiciones en el sistema público de escuelas. Por otra parte, el uso de la palabra “subversiva”, que aparece en la Ley Feinberg, no puede ser impugnado a causa de su vaguedad, porque esa misma ley define – unos párrafos más adelante – con total precisión lo que significa una organización subversiva. Se trata, dice la norma, de formaciones que proclaman derrocar al gobierno por la fuerza o por la violencia (3)

En la exposición de motivos, los autores de la Ley Feinberg explican que tras exhaustivas investigaciones se descubrió que miembros de agrupaciones subversivas, especial-mente del Partido Comunista, y otras relacionadas con ese partido, están infiltrando elementos en el Estado. Con ese objetivo, intentan incorporar a su gente en el Estado, a través de posiciones que se ofrecen para cubrir cargos en el sector público. Este modus operandi se repite con los puestos para cargos docentes del sistema escolar de enseñanza oficial. De esta forma, la propaganda ideológica de esos sectores, que proclaman el derrocamiento de gobierno por medios violentos o ilegales, sería fácilmente diseminada entre los niños y los jóvenes que asisten a la escuela pública. Los legisladores afirman que esa propaganda es sutil y que puede infiltrarse en las aulas escapando a los controles de las autoridades escolares. Por esa misma razón, agregan, se hace necesario prohibir el acceso a puestos docentes a las personas que sean miembros del Partido Comunista u otras asociaciones que tengan la misma ideología. La Ley Feinberg promueve que toda

persona que sostenga que un gobierno puede derrocar por la fuerza o medios violentos debe ser desplazada de su cargo docente, o inhibida de acceder a un cargo dentro de la escuela pública (4)

Texto del fallo original: The preamble of the Feinberg Law, 1, makes elaborate findings that members of subversive groups, particularly of the Communist Party and its affiliated organizations, have been infiltrating into public employment in the public schools of the State; that this has occurred and continues notwithstanding the existence of protective statutes designed to prevent the appointment to or retention in employment in public office, and particularly in the public schools, of members of any organizations which teach or advocate that the government of the United States or of any state or political subdivision thereof shall be overthrown by force or violence or by any other unlawful means. As a result, propaganda can be disseminated among the children by those who teach them and to whom they look for guidance, authority, and leadership. The Legislature further found that the members of such groups use their positions to advocate and teach their doctrines, and are frequently bound by (342 U.S. 485, 490) oath, agreement, pledge, or understanding to follow, advocate and teach a prescribed party line or group dogma or doctrine without regard to truth or free inquiry. This propaganda, the Legislature declared, is sufficiently subtle to escape detection in the classroom; thus, the menace of such infiltration into the classroom is difficult to measure. Finally, to protect the children from such influence, it was thought essential that the laws prohibiting members of such groups, such as the Communist Party or its affiliated organizations, from obtaining or retaining employment in the public schools be rigorously enforced. It is the purpose of the Feinberg Law to provide for the disqualification and removal of superintendents of schools, teachers, and employees in the public schools in any city or school district of the State who advocate the overthrow of the Government by unlawful means or who are members of organizations which have a like purpose.

No está en discusión que toda persona tiene derecho a expresarse libremente, o reunirse en asambleas, o pensar y creer en lo que quiera. Pero también es claro que no existe el derecho constitucional a trabajar para el Estado. Las personas que aspiren a trabajar en el sistema escolar oficial, deberán hacerlo bajo determinados términos y condiciones que fija el propio Estado. No hay ninguna violación a derechos individuales, porque únicamente se limitan algunos derechos a quienes aspiran a un trabajo específico. El Estado no prohíbe hacer o no hacer una determinada conducta, o decir o no decir un determinado discurso, o pensar o no pensar de una forma determinada. El Estado solamente impone algunos requisitos para ocupar cargos. Uno de esas exigencias es que los candidatos a posiciones laborales no sean partidarios de derrocar a un gobierno por la fuerza, la violencia u otros medios ilegales. Por otra parte, antes de tomar la decisión de no contratar o de despedir a un docente, se realiza un proceso administrativo con todas las garantías constitucionales de defensa y debido proceso. Se toma una audiencia donde el docente tiene derecho de expresar sus mejores argumentos defensivos, y ofrecer las pruebas de su descargo. Además, lo resuelto en esa audiencia puede ser revisado en los tribunales judiciales (5)

El Estado tiene derecho a interrogar a quienes van a formar parte de su staff. Esas averiguaciones sirven para saber qué candidato se adapta mejor a la posición ofrecida. Es importante saber qué conducta tuvo en el pasado, y cuáles fueron sus lealtades. Porque estar al tanto de estas cuestiones ayudan a determinar si se trata del candidato adecuado para cubrir el puesto, o si es quien mejores chances tiene de acomodarse bien en el trabajo. También sirven para establecer si merecerá la confianza de sus jefes. Cuando el empleador es una persona o empresa o industria del sector privado, todas estas cuestiones son tratadas en las entrevistas, y nadie cuestiona sus validez. No es una afrenta a la Constitución que el Estado también lo haga. Los docentes tienen a cargo una tarea muy sensible que se desarrolla en las aulas donde asisten los niños y los jóvenes de nuestro país. Tienen la función de formar conciencias y prepararlas para su futuro desarrollo en la sociedad. Las escuelas tienen la obligación de

controlar al personal que contratan, procurando que sea el más apropiado para la importante misión que tiene que cumplir. Para eso es relevante saber qué conducta tuvo el individuo en el pasado, o en qué asociaciones políticas o sociales participó. Al momento de tomar personal las autoridades no deben tener limitaciones para averiguar esos aspectos de la vida de un individuo. Este obrar no es lesivo de ningún derecho constitucional. No es otra cosa que la aplicación del viejo refrán popular que dice, “dime con quién andas y te diré quién eres.” (6)

Una persona que ha participado en alguna de las organizaciones políticas sindicadas, no puede ser docente del sistema de enseñanza oficial. Pero esto no significa que esa persona no tenga el derecho de expresarse como mejor le parezca o de reunirse con quien quiera. Solamente significa que no es apta para obtener la posición a la que aspira. Lo que se limita es la capacidad de las personas de pertenecer, simultáneamente, al Estado y a determinadas organizaciones políticas. Si se es miembro de esas organizaciones, no se puede ser miembro del Estado. Pero no se restringe ni su expresión ni sus derechos políticos. En todo caso, es inherente a cada una de las elecciones que hace el sujeto en su vida. Siempre se renuncia a algo cuando se toma una decisión. Este es un problema de la naturaleza humana, no del derecho constitucional (7)

El Estado presume que la sola pertenencia a una organización que proclama el derrocamiento de los gobiernos por medios no democráticos es causal para no contratar a un aspirante, o para desplazarlo de su posición. Pero esta presunción, que sigue una regla general de prudencia, admite la prueba en contrario. Es decir, la persona indicada tiene amplias facultades para demostrar que esta pertenencia no afecta su idoneidad para el trabajo requerido. Si alcanza esa prueba, la presunción desaparece. De manera tal que la queja referida a la violación de la garantía del debido proceso, también debe desestimarse (8)

También se afirma que la Ley Feinberg utiliza la palabra “subversiva” en forma vaga y confusa. Sin embargo, en la parte especial de esa ley se delimita con toda precisión ese término: se trata de toda organización que predica y apoya el derrocamiento de los gobiernos por medio de la fuerza o la violencia. Por tanto, también debe desestimarse ese agravio, y confirmarse la decisión tomada por no ser violatoria de ninguna norma constitucional (9)

Opinión de la minoría

El fallo que comentamos fue dividido. Las opiniones de la minoría son, a la luz de la historia, más importantes que dadas por la mayoría. Anticiparon el final de una década oscura para la democracia. Pronosticaron la llegada de los años 60, quizás la época más dorada en términos de libertades individuales.

La Ley Feinberg es otra de las tantas promulgadas por el Congreso, cuya única finalidad es convertir en peligroso decir o hacer cualquier cosa que sea diferente al pensar que hoy tiene esta mayoría transitoria. En este caso, la ley se refiere a la actividad escolar. La idea básica de la norma es la creencia de que el gobierno debe supervisar y limitar el flujo de ideas que ingresan a la conciencia de las personas. El efecto que el gobierno quiere lograr, sancionando leyes de este tipo, es moldear a la gente dentro de un patrón intelectual único. Pero, de acuerdo a nuestra Constitución, y sobre todo de acuerdo a la Primera y Decimocuarta Enmienda Constitucional, los gobiernos deben dejar en absoluta libertad el espíritu y la conciencia de los justiciables. Esos son los pilares de la libertad. Se contraviene la Constitución si se permite al gobierno controlar lo que la gente piensa o dice, o su participación en actividades políticas o sociales. Un gobierno con tales atribuciones, deja de ser un servidor de la sociedad y se convierte en un patrón de las personas que viven en esa sociedad. Por eso disiento con la opinión de la mayoría (10). La opinión de la minoría dice, sin ningún camuflaje, que la Ley Feinberg se dictó para castigar a los docentes que tengan un pensamiento disidente, o que adhieran a organizaciones políticas opositoras

Disenso del juez Frankfurter

La Ley Feinberg fue promulgada en el año 1949. En su exposición de motivos explica que su finalidad es evitar la infiltración en el Estado de elementos pertenecientes a organizaciones subversivas. Particularmente, se refiere a miembros del Partido Comunistas que, a través de obtener posiciones laborales en el sector de la enseñanza oficial, procurarían inculcar su ideología diabólica a los estudiantes. Además, la Ley Feinberg manda a las escuelas a tomar medidas muy estrictas para evitar esta maligna infiltración filosófica. Entre esas medidas se intima a confeccionar listas de las organizaciones subversivas existentes. Luego, se prescribe que cualquier persona que forme parte de esas organizaciones será, prima facie, descalificado para acceder, o conservar una posición docente. También se obliga a las escuelas a informar a la legislatura qué medidas fueron tomadas para llevar adelante los mandatos de la Ley Feinberg (11)

A partir de esta ley, se han creado verdaderas maquinarias para elaborar informes anuales sobre cada uno de los empleados del sistema escolar. Se investiga a cada docente con la finalidad de sancionar toda posible infracción cometida en contra de esta ley. Las Juntas Escolares avisaron que las listas de organizaciones políticas subversivas serían publicadas, enfatizando que la sola membresía a esas asociaciones es causal de despido. La máxima autoridad del sistema de escuelas de Nueva York apoyó estas medidas, acentuando que las escuelas tenían una obligación esencial que no podían omitir: tomar, de manera urgente y conclusiva, las medidas más positivas para erradicar de los colegios a todo el personal subversivo (12)

Disenso de los jueces Douglas y Black

Los argumentos de estos Jueces en contra la Ley Feinberg son durísimos. Su oposición al fallo de la mayoría es absoluta. Quizás sean los magistrados que mejor supieron interpretar las consecuencias futuras de esta norma atroz. Y lo más destacable es que trataron de

luchar asumiendo el lugar de la minoría. Ellos dieron batalla contra el autoritarismo cuando los autoritarios tenían autoridad. Parecían saber que cuando el despotismo se apodera de las aulas son varias las generaciones que terminan pagando las consecuencias. Las quejas de las minorías tienen ese orgullo tan particular de las derrotas anticipadas que no quieren evitarse. Pocas cosas irritan más que ver a políticos, legisladores y jueces lanzando bravuconadas contra los enflaquecidos poderosos que ayer cortejaban en reuniones de opíparo beneplácito.

No puedo aceptar esta doctrina que sostiene que un ciudadano que entra a trabajar en el sector público debe sacrificar sus derechos civiles. No encuentro en nuestro sistema constitucional una norma que le dé al Estado el poder para convertir a sus empleados en ciudadanos de segunda clase. Porque justamente esa es la consecuencia de la Ley Feinberg. Esta norma permite crear una categoría de ciudadanos a los que no les corresponde los derechos de expresión y de pensamiento. Por el contrario, la Constitución les asegura esas libertades a todos los habitantes de la sociedad. Es cierto que todos tienen esos derechos, pero también es cierto que pocos lo necesitan tanto como los docentes para realizar su trabajo. La escuela pública es la cuna de nuestra democracia. Prueba de esa importancia es la misma Ley Feinberg, que se ocupa especialmente de ella. Pero lo hace de manera equivocada. El propósito de la Primera Enmienda fue liberar a la expresión y al pensamiento de esta clase de actos de censura (13)

Esta ley reposa sobre un principio que repugna a nuestra sociedad: la culpabilidad por pertenecer a una asociación. Un maestro puede ser descalificado (rechazada su candidatura o removido de su posición) por ser miembro de una organización que es considerada subversiva. Pero lo más grave de todo, es que el carácter subversivo de la organización surge de investigaciones previas en las cuales el maestro no puede intervenir. El docente únicamente participa de la cuestión al momento de ser acusado de pertenecer a organizaciones subversivas. No puede probar que la organización sea efectivamente

subversiva porque ese debate cerrado para el empleado acusado. Es decir, el carácter subversivo de la organización es inapelable. Llevar a un docente a una audiencia donde se lo acusa de pertenecer a una organización subversiva, pero no permitirle al acusado que pruebe que la organización no es subversiva es una burla constitucional. La sola pertenencia a esa organización lo hace, prima facie, culpable. Se dice que puede demostrar su inocencia, pero en esas condiciones no es posible (14)

La verdadera amenaza de este procedimiento es que pretende emparentar la libertad académica con la destrucción. De esta forma, cualquier organización que intente una protesta contra una medida impopular o por alguna acción del gobierno será sospechosa. Usualmente, el Partido Comunista logra infiltrarse en este tipo de estructuras. Y entonces ningún maestro se anima a participar en ellas por temor a perder su empleo y, por tanto, la libertad de expresión terminará siendo asfixiada.

Esta ley, inevitablemente, terminará por convertir a las escuelas en centros de inteligencia o espionaje. En ella se prescribe la necesidad de efectuar reportes anuales para comprobar la lealtad de los maestros. Los directores de escuelas terminan actuando como agentes secretos. Por su parte, los estudiantes, los padres y el resto de la comunidad pasan a ser informantes. Y lo que es peor, todos los prejuicios de la sociedad son protagonistas en esta verdadera cacería contra los maestros desleales. Este no es el tipo de control que debe hacerse sobre un docente para probar su competencia. La ley es en sí misma establece un sistema de secreto de persecución contra los docentes (15)

Las situaciones que plantea esta ley son típicas de los estados autoritarios. Los maestros están bajo vigilancia constante; se busca en su pasado alguna marca de deslealtad; en sus declaraciones, claves que indiquen un pensamiento peligroso. Las aulas están cubiertas por un velo. No puede existir verdadera libertad académica en este contexto. Las sospechas se esparcen por el aire, todos tienen miedo de perder su

trabajo; ni siquiera hay libertad para el ejercicio intelectual. El dogmatismo ha tomado el lugar de la investigación, de la curiosidad por saber; el pensamiento tiene que estar alineado con el de la mayoría, con el enfoque que es aceptado. El miedo se ha instalado en las aulas. Los maestros han dejado de ser un estímulo y una guía para que los alumnos se atrevan a recorrer la aventura del pensamiento. Los maestros son ahora divulgadores de información segura. Se desalienta el libre debate de ideas; las discusiones en clase terminan en el mismo lugar en que deben comenzar. Esta ley ha esterilizado la educación (16)

Exactamente eso es lo que sucede cuando el censor está al acecho de los maestros. Este sistema de espionaje escolar, de vigilancia, de reportes acusatorios, contaminado por delaciones inciertas no puede traer nada bueno. La libertad académica debe primar en la educación, porque estandarizar el pensamiento no es la manera correcta de acercarse a la verdad. Un sistema escolar que entrena estudiantes como si fueran robots pone en peligro aquello que fue nuestro mayor orgullo. Los Fundadores de la Patria sabían que la verdadera fortaleza solo procede de las mentes libres. Apoyar esta ley es dejar en el olvido sus ideales y despreciar las enseñanzas de la Primera Enmienda (17)

Desde luego, los colegios no deben convertirse en células del partido Comunista, ni las aulas en foros de propaganda Marxista. Pero la culpabilidad de los maestros debe seguir el camino de sus actos, no el de sus ideas. En la medida que un docente cumpla su trabajo de enseñar, su vida privada, su parecer político, su pensamiento filosófico, su actividad social no debe ser causa de revanchas en su contra (18)

Referencias Bibliográficas

- (1) U.S. Supreme Court, ADLER v. BOARD OF EDUCATION, 342 U.S. 485 (1952)

(2) Texto del fallo original: The Civil Service Law of New York, 12-a, makes ineligible for employment in any public school any member of any organization advocating the overthrow of the Government by force, violence or any unlawful means. Section 3022 of the Education Law, added by the Feinberg Law, requires the Board of Regents (1) to adopt and enforce rules for the removal of any employee who violates, or is ineligible under, 12-a, (2) to promulgate a list of organizations described in 12-a, and (3) to provide in its rules that membership in any organization so listed is prima facie evidence of disqualification for employment in the public schools. No organization may be so listed, and no person severed from or denied employment, except after a hearing and subject to judicial review. Held: This Court finds no constitutional infirmity in 12-a of the Civil Service Law of New York or in 3022 of the Education Law. Pp. 486-496

(3) Texto del fallo original: 1. Section 3022 and the rules promulgated there under do not constitute an abridgment of the freedom of speech and assembly of persons employed or seeking employment in the public schools of New York. *Garner v. Los Angeles Board*, 341 U.S. 716. Pp. 491-493.

2. The provision of 3022 directing the Board of Regents to provide in rules there under that membership in any organization so listed by the Board shall constitute prima facie evidence of disqualification for employment in the public schools does not deny members of such organizations due process of law. Pp. 494-496.

3. The use of the word “subversive” in 1 of the Feinberg Law, which is a preamble and not a definitive part of the Act, does not render the statute void for vagueness under the Due Process Clause, in view of the fact that in subdivision 2 of 3022 it is given a very definite meaning - i. e., an organization that advocates the overthrow of government by force or violence. P. 496.

(4) Texto del fallo original: The preamble of the Feinberg Law, 1, makes elaborate findings that members of subversive groups, particularly of the Communist Party and its affiliated organizations,

have been infiltrating into public employment in the public schools of the State; that this has occurred and continues notwithstanding the existence of protective statutes designed to prevent the appointment to or retention in employment in public office, and particularly in the public schools, of members of any organizations which teach or advocate that the government of the United States or of any state or political subdivision thereof shall be overthrown by force or violence or by any other unlawful means. As a result, propaganda can be disseminated among the children by those who teach them and to whom they look for guidance, authority, and leadership. The Legislature further found that the members of such groups use their positions to advocate and teach their doctrines, and are frequently bound by (342 U.S. 485, 490) oath, agreement, pledge, or understanding to follow, advocate and teach a prescribed party line or group dogma or doctrine without regard to truth or free inquiry. This propaganda, the Legislature declared, is sufficiently subtle to escape detection in the classroom; thus, the menace of such infiltration into the classroom is difficult to measure. Finally, to protect the children from such influence, it was thought essential that the laws prohibiting members of such groups, such as the Communist Party or its affiliated organizations, from obtaining or retaining employment in the public schools be rigorously enforced. It is the purpose of the Feinberg Law to provide for the disqualification and removal of superintendents of schools, teachers, and employees in the public schools in any city or school district of the State who advocate the overthrow of the Government by unlawful means or who are members of organizations which have a like purpose.

(5) Texto del fallo original: It is clear that such persons have the right under our law to assemble, speak, think and believe as they will. *Communications Assn. v. Douds*, 339 U.S. 382 . It is equally clear that they have no right to work for the State in the school system on their own terms. *United Public Workers v. Mitchell*, 330 U.S. 75 . They may work for the school system upon the reasonable terms laid down by the proper authorities of New York. If they do not choose to work on such terms, they are at liberty to retain their beliefs and

associations and go elsewhere. Has the State thus deprived them of any right to free speech or assembly? We think not. Such persons are or may be denied, under the statutes in question, the privilege of working for the school system of the State of New York because, first, of their advocacy of the overthrow of the government by force or violence, or, secondly, by unexplained membership in an organization found by the school authorities, after notice and hearing, to teach and advocate the overthrow of the government by force or violence, and known by such persons to have such purpose.

(6) Texto del fallo original: We think that a municipal employer is not disabled because it is an agency of the State from inquiring of its employees as to matters that may prove relevant to their fitness and suitability for the public service. Past conduct may well relate to present fitness; past loyalty may have a reasonable relationship (342 U.S. 485, 493) to present and future trust. Both are commonly inquired into in determining fitness for both high and low positions in private industry and are not less relevant in public employment.” 341 U.S., at p. 720.

We adhere to that case. A teacher works in a sensitive area in a schoolroom. There he shapes the attitude of young minds towards the society in which they live. In this, the state has a vital concern. It must preserve the integrity of the schools. That the school authorities have the right and the duty to screen the officials, teachers, and employees as to their fitness to maintain the integrity of the schools as a part of ordered society, cannot be doubted. One’s associates, past and present, as well as one’s conduct, may properly be considered in determining fitness and loyalty. From time immemorial, one’s reputation has been determined in part by the company he keeps. In the employment of officials and teachers of the school system, the state may very properly inquire into the company they keep, and we know of no rule, constitutional or otherwise, that prevents the state, when determining the fitness and loyalty of such persons, from considering the organizations and persons with whom they associate.

(7) Texto del fallo original: If, under the procedure set up in the New York law, a person is found to be unfit and is disqualified from employment in the public school system because of membership in a listed organization, he is not thereby denied the right of free speech and assembly. His freedom of choice between membership in the organization and employment in the school system might be limited, but not his freedom of speech or assembly, except in the remote sense that limitation is inherent in every choice. Certainly such limitation is not one the state may not make in the exercise of its police power to protect the schools from pollution and thereby to defend its own existence. (342 U.S. 485, 494)

(8) Texto del fallo original: The statute also makes it clear that . . . proof of such membership ‘shall constitute prima facie evidence of disqualification’ for such employment. But, as was said in *Potts v. Pardee* (220 N. Y. 431, 433): ‘The presumption growing out of a prima facie case . . . remains only so long as there is no substantial evidence to the contrary. When that is offered the presumption disappears...

(9) Texto del fallo original: It is also suggested that the use of the word “subversive” is vague and indefinite. But the word is first used in 1 of the Feinberg Law, which is the preamble to the Act, and not in a definitive part thereof. When used in subdivision 2 of 3022, the word has a very definite meaning, namely, an organization that teaches and advocates the overthrow of government by force or violence. We find no constitutional infirmity in 12-a of the Civil Service Law of New York or in the Feinberg Law which implemented it, and the judgment is Affirmed.

(10) Texto del fallo original: This is another of those rapidly multiplying legislative enactments which make it dangerous – this time for school (342 U.S. 485, 497) teachers - to think or say anything except what a transient majority happen to approve at the moment. Basically these laws rest on the belief that government should supervise and limit the flow of ideas into the minds of men. The

tendency of such governmental policy is to mould people into a common intellectual pattern. Quite a different governmental policy rests on the belief that government should leave the mind and spirit of man absolutely free. Such a governmental policy encourages varied intellectual outlooks in the belief that the best views will prevail. This policy of freedom is in my judgment embodied in the First Amendment and made applicable to the states by the Fourteenth. Because of this policy public officials cannot be constitutionally vested with powers to select the ideas people can think about, censor the public views they can express, or choose the persons or groups people can associate with. Public officials with such powers are not public servants; they are public masters. I dissent from the Court's judgment sustaining this law which effectively penalizes school teachers for their thoughts and their associates

(11) Texto del fallo original: In 1949 the Legislature passed a new act, familiarly known as the Feinberg Law, designed to reinforce the prior legislation. The Law begins with a legislative finding, based on "common report" of widespread infiltration by "members of subversive groups, and particularly of the communist party and certain of its affiliated organizations," into the educational system of the State and the evils attendant upon that infiltration. It takes note of existing laws and exhorts the authorities to greater endeavor (342 U.S. 485, 499) of enforcement. The State Board of Regents, in which are lodged extensive powers over New York's educational system, was charged by the Feinberg Law with these duties: (1) to promulgate rules and regulations for the more stringent enforcement of existing law; (2) to list "after inquiry, and after such notice and hearing as may be appropriate" those organizations membership in which is proscribed by subsection (c) of 12-a of the Civil Service law; (3) to provide in its rules and regulations that membership in a listed organization shall be prima facie evidence of disqualification under 12-a; (4) to report specially and in detail to the legislature each year on measures taken for the enforcement of these laws

(12) Texto del fallo original: An elaborate machinery was designed for annual reports on each employee with a view to discovering evidence of violations of these sections and to assuring appropriate action on such discovery. The Board also announced its intention to publish the required list of proscribed organizations and defined the significance of an employee's membership therein in proceedings for his dismissal. These Rules by the Board of Regents were published with an accompanying Memorandum by the Commissioner of Education. He is the administrative head of New York's school system and his Memorandum was for the guidance of school officials throughout the State. It warned of the danger of indiscriminate or careless action under the Feinberg Law and the Regents' Rules, and laid down this duty: "The statutes and the Regents' Rules make it clear that it is a primary duty of the school authorities (342 U.S. 485, 500) in each school district to take positive action to eliminate from the school system any teacher in whose case there is evidence that he is guilty of subversive activity. School authorities are under obligation to proceed immediately and conclusively in every such case."

(13) Texto del fallo original: I have not been able to accept the recent doctrine that a citizen who enters the public service can be forced to sacrifice his civil rights. * I cannot for example find in our constitutional scheme the power of a state to place its employees in the category of second-class citizens by denying them freedom of thought and expression. The Constitution guarantees freedom of thought and expression to everyone in our society. All are entitled to it; and none needs it more than the teacher. The public school is in most respects the cradle of our democracy. The increasing role of the public school is seized upon by proponents of the type of legislation represented by New York's Feinberg law as proof of the importance and need for keeping the school free of "subversive influences." But that is to misconceive the effect of this type of legislation. Indeed the impact of this kind of censorship on the public school system illustrates the high purpose of the First Amendment in freeing speech and thought from censorship.

(14) Texto del fallo original: The present law proceeds on a principle repugnant to our society - guilt by association. A teacher is disqualified because of her membership in an organization found to be “subversive.” The finding as to the “subversive” character of the organization is made in a proceeding to which the teacher is not a party and in which it is not (342 U.S. 485, 509) clear that she may even be heard. To be sure, she may have a hearing when charges of disloyalty are leveled against her. But in that hearing the finding as to the “subversive” character of the organization apparently may not be reopened in order to allow her to show the truth of the matter. The irrebuttable charge that the organization is “subversive” therefore hangs as an ominous cloud over her own hearing. The mere fact of membership in the organization raises a prima facie case of her own guilt. She may, it is said, show her innocence.

(15) Texto del fallo original: The law inevitably turns the school system into a spying project. Regular loyalty reports on the teachers must be made out. The principals become detectives; the (342 U.S. 485, 510) students, the parents, the community become informers. Ears are cocked for tell-tale signs of disloyalty. The prejudices of the community come into play in searching out the disloyal. This is not the usual type of supervision which checks a teacher’s competency; it is a system which searches for hidden meanings in a teacher’s utterances.

(16) Texto del fallo original: What happens under this law is typical of what happens in a police state. Teachers are under constant surveillance; their pasts are combed for signs of disloyalty; their utterances are watched for clues to dangerous thoughts. A pall is cast over the classrooms. There can be no real academic freedom in that environment. Where suspicion fills the air and holds scholars in line for fear of their jobs, there can be no exercise of the free intellect. Supineness and dogmatism take the place knowledge is discouraged; discussion often leaves off where it should begin.

(17) Texto del fallo original: This, I think, is what happens when a censor looks over a teacher's shoulder. This system of spying and (342 U.S. 485, 511) surveillance with its accompanying reports and trials cannot go hand in hand with academic freedom. It produces standardized thought, not the pursuit of truth. Yet it was the pursuit of truth which the First Amendment was designed to protect. A system which directly or inevitably has that effect is alien to our system and should be struck down. Its survival is a real threat to our way of life. We need be bold and adventuresome in our thinking to survive. A school system producing students trained as robots threatens to rob a generation of the versatility that has been perhaps our greatest distinction. The Framers knew the danger of dogmatism; they also knew the strength that comes when the mind is free, when ideas may be pursued wherever they lead. We forget these teachings of the First Amendment when we sustain this law.

(18) Texto del fallo original: Of course the of inquiry. A "party line" - as dangerous as the "party line" of the Communists - lays hold. It is the "party line" of the orthodox view, of the conventional thought, of the accepted approach. A problem can no longer be pursued with impunity to its edges. Fear stalks the classroom. The teacher is no longer a stimulant to adventurous thinking; she becomes instead a pipe line for safe and sound information. A deadening dogma takes the place of free inquiry. Instruction tends to become sterile; pursuit of school systems of the country need not become cells for Communist activities; and the classrooms need not become forums for propagandizing the Marxist creed. But the guilt of the teacher should turn on overt acts. So long as she is a law-abiding citizen, so long as her performance within the public school system metes professional standards, her private life, her political philosophy, her social creed should not be the cause of reprisals against her.

La interpretación de la ley: evolución en la jurisprudencia norteamericana.

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://www.juschubut.gov.ar/>

Publicado en: El Reporte N° 20 (noviembre 2009), p. 42-47.

[Consultado el: 05/07/2020]

Sumario:

1- Introducción. 2- La evolución jurisprudencial de la Corte Suprema. (1969 – 2007): Caso *Tinker vs. Des Moines*, (1969). Caso *Bethel School vs. Mathew Fraser*, (1986). Caso *Deborah Meyer vs. Monroe Community School* (2007).

1. Introducción.

Quería compartir con los lectores de El Reporte lo que fue mi exposición en el seminario “Aspectos prácticos y relevantes del Derecho Civil y Procesal Civil”, que tuvo lugar en la ciudad de Trelew los días 15 y 16 de octubre de este año. Tuve la suerte de disertar sobre un tema tan apasionante como trascendental para los hombres de derecho: la interpretación de la ley. Esa tarea tan difícil como necesaria que realizan los magistrados de todo el mundo. Elegí, con la reprochable arbitrariedad que siempre rige mi gusto personal, la evolución jurisprudencial registrada en algunos fallos de alzada, y de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los últimos 50 años. La elección, a pesar de la reconvención que pueda caberme, no es caprichosa porque la Corte Suprema de aquél país, junto a otros tribunales de su misma jerarquía, marcan una línea interpretativa sólida, duradera, pero también lo suficientemente flexible para ser útil a la sociedad, siempre sensible a los cambios que cada época lleva y trae, como una marejada de los tiempos.

Espero, eso sí, que estas notas sean de interés del lector y de alguna utilidad para su actividad profesional.

1) En primer lugar quiero decir que debo el honor de participar en este Seminario de Derecho Civil a la gentileza del Dr. López Mesa, quien no solamente me invitó a integrar el panel de expositores, sino que también me benefició con la elección de un temario que me agrada: el derecho comparado. Particularmente el derecho visto a la luz de diversos fallos dictados por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos a partir de la década del 60 y hasta nuestros días. Probablemente mi interés sobre el derecho americano se deba a que viví y trabajé en aquél país durante dos años, circunstancia que me permitió tener un acercamiento más profundo al sistema legal que ellos utilizan. Sin embargo, a modo de anticipada conclusión de esta disertación, adelanto: los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos son muy parecidos a los que dictan a diario nuestros tribunales. De hecho, la Corte Suprema de Justicia americana ejerce un liderazgo jurídico que se propaga al resto del mundo occidental. Ejemplo de esto son los míticos “leading cases” como *New York Times vs. Sullivan* que creó o, mejor dicho, patentó la doctrina de la real malicia (actual malice) que hoy se aplica en todos los tribunales del mundo cuando toca resolver cuestiones relacionada a la libertad de expresión y medios masivos de comunicación. También la aplican los Tribunales Internacionales como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el año 2008 en el marco del caso *Kimel vs. Argentina* se expidió repitiendo casi textualmente la doctrina Sullivan. “...la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social...implica también, por el otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” Por caso, muy recientemente, el Superior Tribunal de la nuestra provincia, en los autos *Novoa c/ Diario de Madryn*, también se expidió sobre el tema. Cito parte de ese fallo: - También, tras la cita de jurisprudencia local, se concluyó en la definitiva que el hecho referido en la página 5 de la edición del día 25 de Mayo de 2004 del “Diario de Madryn” no era

sustancialmente falso, siendo las inexactitudes que alega el demandante insustanciales como para generar un resarcimiento por daño moral y teniendo en cuenta que encuadrado el caso dentro de la doctrina de la real malicia sería absolutamente inviable la procedencia de la demanda. Repito: la aplicación de esta doctrina, creada por la Corte Americana en el año 1964, es obligada en todos los tribunales del mundo. Pero aclaro, su interpretación ha ido variando con el correr de los tiempos. En algunos casos se ha extendido; en otros, se ha estrechado siendo su interpretación más restrictiva. Y de eso se trata interpretar una ley. Y es necesario hacerlo.

2) Durante el año pasado estuve investigando diversos fallos que la Corte Suprema de los Estados Unidos dio a partir del año 1960, siguiendo el análisis hasta nuestros días. Tuve la suerte de escribir esas investigaciones, tan esforzadas como parciales y defectuosas, y hoy aquellos apuntes constituyen el cuerpo de un libro que fue publicado a principios de este año. En él trato de analizar distintos fallos que fueron dictados por el Máximo Tribunal de ese país a partir de la llegada de la conocida Corte Warren, que debe su nombre a quien fuera su Presidente, Earl Warren. La composición de aquél Tribunal Superior, propuesta por el presidente Eisenhower en 1953, duró hasta 1970 y produjo uno de los cambios más importantes en la historia del Poder Judicial de Norteamérica. Sus magistrados, entre los que destacan el propio Earl Warren, pero también Hugo Black y William Douglas, dieron las sentencias más liberarles en materia de derechos individuales, de protección de las minorías étnicas, y a favor de la lucha contra la discriminación racial. La impronta que estos hombres de derecho le dieron a sus laudos trascendió las enormes galerías de los tribunales y el eco de sus dictámenes llegó hasta los escritorios donde políticos y legisladores hacen su tarea. En otras palabras: la Corte Warren debe su fama a un hecho inusual en nuestros días: actuó como un verdadero límite a la primacía que el Poder Ejecutivo tiene en los sistemas de tradición presidencialista, como el nuestro por caso.

3) No obstante, esta Corte y sus criterios, que fueron revolucionarios cuando aparecieron, tampoco se mantuvieron inalterables frente al paso del tiempo. Y es inevitable que esto ocurra porque el devenir de la historia oscila por el peso de las nuevas costumbres, las nuevas tecnologías, los nuevos derechos, y las nuevas obligaciones. El Magistrado, afortunadamente, no está eximido de percibir las vaivenes de su época. Pero, del mismo modo que debe tener pulso fino para acompañar el paso lento de los cambios sociales, debe tener pulso firme para no tropezar con los bruscos cambios que la moda del político de moda siempre le trata de imponer. Y la regla de la mirada inoportuna del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial es universal. Se repite en todos los países, aún en aquellos que se proponen como líderes de las democracias del mundo.

4) Y hablando de esa difícil convivencia entre el Poder Político y la judicatura, hay un caso emblemático que describe como pocos esta situación. Se trata del famoso *leading case* conocido con el seudónimo de *Roe vs. Wade* dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1973. En *Roe* se debatió judicialmente, ni más ni menos, que la legalización del aborto. Este fallo histórico dividió como ninguno a toda la sociedad americana. Enfrentó posiciones filosóficas, científicas, religiosas y políticas. A partir de su dictado todo candidato a presidente debe, necesariamente, referirse públicamente a su posición frente al aborto. Así lo han hecho los presidentes Gerald Ford, Ronald Reagan, George Bush padre y George Bush hijo, que por el lado del partido republicano se mostraron en contra de la legalización del aborto. Por su parte, los Presidentes Jimmy Carter y Bill Clinton y Barack Obama, todos pertenecientes al partido demócrata, se pronunciaron a favor del aborto, y de extender el derecho de la privacidad. Entre los republicanos, el Presidente Reagan, quizás haya sido quien llevó su acción política al punto más alto que la sociedad americana puede tolerar. Y debo señalar que es aquella una sociedad mucho menos tolerante que la nuestra con los funcionarios que eligen. Lo cierto es que el Presidente Reagan, durante un discurso retó públicamente a los Jueces de la Corte que invalidaban leyes antiaborto que él mismo

remitía al congreso para su aprobación. El enojado mandatario les dijo a los magistrados que el país requería que sus jueces interpreten las leyes, y no que las escriban en cada sentencia, porque esa tarea le había sido encomendada por la Constitución al Poder Político y no al Poder Judicial de la República. Los jueces, en innumerables fallos silenciosos pero efectivos le dieron respuesta al irascible Reagan. No se trata de escribir leyes sino de interpretarlas con criterios evolutivos, lo que también favorece a la salud de la República. Pero evolución social no quiere decir obediencia al gobierno de turno. No obstante, en esa pelea feroz entre ambos poderes de la República, Reagan llegó a proponer con éxito a la Jueza Sandra Day O'Connor para que integre el Tribunal ni bien se produzca una codiciada vacante. La Jueza O'Connor en todos los veredictos aportaba su fallo negativo dejando la votación decisiva en un inquietante vaivén.

5) La crónica de la época dice que si en el año 1987 la propuesta de Reagan de llevar al Juez Robert Bork a la Corte Suprema prosperaba, los días del aborto en los Estados Unidos estaban contados. Y cito a este jurista porque él representa el pensamiento más extremo en materia de interpretación del texto constitucional. Su pensamiento jurídico se conoce con el nombre de Originalismo y, básicamente, consiste en respetar a rajatabla los principios constitucionales establecidos por el constituyente originario al redactar el texto constitucional. En los hechos, esa teoría se manifiesta diciendo que los jueces deben concentrar todo su pensamiento en bucear la intención que tuvieron los Fundadores de la Patria evitando las interpretaciones evolutivas. La tarea fundamental del Juez, sostiene esta doctrina, es interpretar el pensamiento de los constituyentes originarios. Por caso, en materia de libertad de expresión, el Juez debería ceñirse al pensamiento que el constituyente tenía en el año 1791 en que la Primera Enmienda Constitucional fue dictada.

6) La teoría que se enfrenta al originalismo borkiniano es aquella que alienta una suerte de interpretación evolutiva del texto constitucional. Entre los cultores de esta teoría destaca otro prestigioso jurista: Ronald Dworkin. Sus seguidores sostienen que hay

que interpretar la ley en el caso concreto, y de manera integral e integradora, sin prescindir de la costumbre nueva que se va agregando. La ley bien interpretada siempre va a dar una solución apropiada al caso concreto que llega a tribunales. Es decir que ambas teorías se oponen desde sus raíces. Porque mientras el originalismo lleva el caso concreto al fundamento primario que tenían los constituyentes de origen, el evolucionismo procura adaptar ese pensamiento para resolver con justicia situaciones que ocurren muchos años después que la norma constitucional fuera dictada. Para la tesis de la interpretación evolutiva, el juez puede y debe extender el mandato constitucional a situaciones no contempladas por el constituyente originario. Por ejemplo, esa evolución permite interpretar al magistrado que el derecho de libertad de expresión contempla a los artículos publicados en blogs o diarios online que, ciertamente, no existían al finalizar el Siglo XVIII.

Sin que esto tenga mayor relevancia, quiero decir que suscribo a esta última corriente en materia de interpretación de la ley. Porque sostengo que una vez que los textos legales ingresaron a la sociedad tienen vida propia y una utilidad que trasciende el pensamiento circunstancial de sus autores. La vida útil de una ley es más larga que la del legislador y debe evolucionar de manera autónoma, dejando atrás las estrechas circunstancias de su creador.

7) Interpretar la ley es una cuestión inevitable. No creo exagerar al decir que sin interpretación de la ley, directamente no hay ley. No existe la norma que pueda ser eximida de la interpretación del Magistrado que va a aplicarla. El texto legal, cuya finalidad última es regular conductas humanas a fin de mantener la paz social, es siempre defectuoso, incapaz de llevar adelante sin ayuda semejante tarea. El obrar humano despliega en cada conducta que se analiza infinitos matices que nunca podrían ser comprendidos por una norma, por más amplia que ésta fuera. Más aún, si el texto normativo es demasiado ancho, se corre peligro de caer en otro defecto que usualmente contienen las leyes: la vaguedad.

En mi opinión, todo texto legal nace con tres defectos que hacen obligada su exégesis. Ellos son:

(i) La ambigüedad del lenguaje.

Las palabras, en todos los idiomas, son ambiguas. Además, su significado cambia con el paso del tiempo, y también de acuerdo al contexto específico en el cual fueron pronunciadas. Por regla, las palabras son insuficientes para definir con precisión un grupo grande de acciones, o de cosas, o de personas. Por ejemplo, un banco puede significar el siempre incómodo asiento de una plaza en donde amantes entusiastas y optimistas se cuentan secretos inconfesables. Pero aquella palabra también puede describir el lujoso salón donde dos personas, también entusiastas y optimistas, depositan los réditos de operaciones económicas que, probablemente, también sean inconfesables. Y como éste hay miles de ejemplos que demuestran que la palabra, per se, es insuficiente para precisar un número indeterminado de situaciones.

(ii) La aparición de situaciones imprevisibles al momento en que una ley se redactó.

Esta cuestión está directamente relacionada con el desarrollo tecnológico, y no puede dejar de mencionarse que lo ocurrido en la última mitad del pasado siglo, sobre todo en materia de telecomunicaciones, es asombroso. La Primera Enmienda constitucional fue dictada en el año 1791. Su finalidad fue garantizar a los justiciables la libertad de expresión. Sin mucho esfuerzo puede decirse que también quiso el legislador originario liberar a la prensa escrita de la mordaza que la censura siempre le impone. Sin embargo, es absolutamente improbable que el constituyente originario haya, siquiera imaginado, que hacia fines del siglo XX la aparición de Internet cambiaría dramáticamente conceptos tan tradicionales como prensa escrita, periódico, medio masivo de comunicación, y también el de periodista. Y entonces yo me pregunto, a la luz de estas evoluciones de la alta tecnología, ¿la regla universal de la real malicia,

se aplica también para los diarios online o, para los cada vez más difundidos y populares blogs? Esta misma pregunta, que en sí misma obliga a la interpretación de la Primera Enmienda, que en la actualidad tiene 218 años, es la que hoy se formulan en todas las oficinas judiciales del mundo, y en las aulas de las escuelas de derecho más prestigiosas. Porque ya nadie discute que un blog, es un medio masivo de transmitir información, pero pocos se animan a examinar qué diferencia hay, si es que existe alguna, entre la tarea que realiza el periodista contratado por un medio tradicional, y la que diariamente emprende un escritor aficionado que decide abrir un blog. En suma: ¿el blogero, es un periodista al cual le corresponden los amparos asignados al reportero tradicional? Por caso, ¿puede protegerse de una investigación judicial invocando la confidencialidad de las fuentes informativas? Evidentemente, el texto originario del Primera Enmienda no contiene una respuesta para este magnífico grado de evolución tecnológica. Por tanto, se requiere interpretar aquél texto para que sus días de merecida gloria continúen. Los jueces, con su tarea interpretativa ayudan a mantener con vida textos legales indispensables para la salud de la República.

(iii) La angustiada incertidumbre que provocan todas las normas legales.

Es imposible, sin la oportuna intervención del intérprete experto, que una ley no genere inseguridad acerca de su extensión. Por ejemplo, es usual que luego de leer un artículo determinado de una nueva ley, uno se pregunte, ¿a qué grupo de personas involucra esta ley? ¿Quiénes son los beneficiarios? ¿Quiénes son los deudores, quiénes los acreedores? Hace poco tiempo se reformó la ley 24.240 de defensa de los consumidores. La ley 26.361 le incorporó muchos cambios al estatuto de Defensa del Consumidor. Es seguro que algunas de esas modificaciones van a generar polémica, enojo, discusión y, probablemente, varios pronunciamientos de las instancias judiciales de alzada que tendrán que interpretar ese texto normativo tan reciente. Para citar tan solo un ejemplo que ilustre esta circunstancia cito el artículo 1º de dicha ley, que en su apartado final

dice textualmente: “Se considera asimismo consumidor...a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.” Intuyo que ni bien se leyó este párrafo del artículo, un temblor habrá sacudido los cimientos, no siempre seguros, de las compañías de seguros. Porque, según este nuevo texto legal, se abre un gran interrogante que afecta a los terceros no contratantes directos de una póliza de seguros: el dilema que obliga a la interpretación podría formularse así ¿el tercero no contratante, puede ser considerado como un consumidor expuesto a una relación de consumo en los términos del artículo 1º de la Ley 24.240? En su caso, ¿tendrá acción directa con-tra la compañía de seguros con la cual no firmó ningún contrato? Más: ¿quién tiene competencia administrativa para juzgar casos en los que están involucrados una aseguradora y un tercero? Ninguna de estas preguntas puede resolverse con la simple lectura del artículo 1º de la ley de defensa al consumidor. Porque no define, y creo que no podría hacerlo, quiénes son las personas expuestas a una relación de consumo. Es decir que sin una interpretación jurisprudencial y doctrinaria, esta norma es un texto muerto.

8) El debate sobre la interpretación de la ley sigue, y es de esperarse que nunca se agote. Porque, además del pensamiento creador u originario de la norma legal, y además de la evolución de las costumbres sociales, existe el pensamiento y las valoraciones del magistrado que en concreto va a aplicar esa ley. El juez, que en su sentencia aplica una norma legal necesariamente hará una interpretación valorativa del texto. Por lo tanto, la persona del juez adquiere una notable relevancia en materia de interpretación legal. En Mayo de 2009 ocurrió en Estados Unidos algo impensable unos pocos años atrás: el actual Presidente Barack Obama, también un presidente impensable en los años de lucha que emprendió Martin Luther King y otros valientes con él, propuso a la Jueza Sonia Sotomayor, de padres Puertorriqueños y nacida y crecida en el popular barrio neoyorquino del Bronx, (barrio negro por excelencia) como integrante de la Corte Suprema de la Nación. El Senado aprobó su candidatura y, finalmente, Sonia es miembro del Máximo Tribunal desde el 6 de Agosto de 2009. Se trata de la tercera Jueza mujer que

integra ese tribunal, pero el dato más importante es que es la primera descendiente de hispanos que ocupa uno de los tronos del Tribunal Superior del país más poderoso del mundo. Dado que se su nombramiento es tan reciente, habrá que esperar un poco antes de que sus fallos salgan a la calle. Sin embargo, el paso de Sonia por los tribunales de instancia ya ha dejado su huella, de manera que todos los operadores políticos y jurídicos, porque también los hay de estos últimos, conocen los criterios de la flamante magistrada. No obstante, conviene hacer un repaso de ellos:

(i) En materia de aborto, en el año 2002, se pronunció a favor de decretar la constitucionalidad de una ley que impulsaba el gobierno del Presidente Bush. La norma determinaba la interrupción de un programa de subsidios gubernamentales a favor de una ONG que promovía el aborto como una de las técnicas aceptables dentro de la planificación familiar. La Sotomayor, dijo que el gobierno electo por el pueblo norteamericano no está obligado a subsidiar, con fondos públicos de los contribuyentes, organizaciones pro- abortistas. Al contrario, sostuvo que un gobierno electo es libre de elegir y sostener posiciones antiabortistas.

(ii) También en 2002 dictaminó que la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda no autoriza a un oficial de la policía a enviar correos electrónicos con contenidos racistas utilizando las computadoras de su público despacho.

(iii) En 2008 estableció que la libertad de expresión no alcanzaba para proteger a una alumna que, utilizando un blog afuera de la escuela, se refería a las autoridades escolares con términos inapropiados, y promoviendo que el resto de los estudiantes tomaran medidas de indisciplina. En aquella oportunidad la jueza dijo que los dichos de la joven estudiante ponían en peligro el normal desarrollo de la actividad escolar y, por tanto, no tenían la protección constitucional emanada de la Primera Enmienda.

En síntesis: la nueva Jueza del Tribunal Superior de los Estados Unidos sostiene una interpretación bastante restrictiva de la Primera Enmienda constitucional, al menos en lo que constituye el núcleo de las relaciones laborales y disciplina escolar. Tampoco parece una entusiasta del aborto. Pero, más allá del gusto o preferencia que cada uno pueda tener por sus veredictos, es importante destacar que su aporte, como representante de una cultura minoritaria es inestimable para la consolidación de aquellas Democracias que aspiren a ser genuinas y no solamente formales. Prefiero evitar los ejemplos de unas y otras.

Para terminar este prólogo, quiero señalar que pienso que el tema de la interpretación de la ley está atravesado por dos pasiones humanas. La del exceso, porque toda exageración en la facultad de declarar leyes inconstitucionales termina afectando la división de los poderes, y la de la indiferencia, porque sin una interpretación evolutiva de los textos legales se perjudica al individuo al privarlo de nuevos o remozados derechos que directamente influyen en su felicidad diaria. Como puede verse, en el vértice de esta discusión apasionante está el juez que deberá encontrar un difícil pero necesario equilibrio en su actividad diaria. Porque, precisamente, su quehacer diario es ese: interpretar las leyes.

2. La evolución jurisprudencial de la Corte Suprema. (1969 – 2007)

En la introducción me referí a la interpretación de la ley en sentido abstracto o genérico. Me gustaría ahora ejemplificar cómo se manifiesta esa evolución a través del tiempo y de los asuntos reales que llegan a los tribunales. Para eso voy a desarrollar tres casos, dos de los cuales han sido dictados por la Corte Suprema de Estados Unidos. La selección de estos asuntos permite ver la evolución del pensamiento jurídico entre los años 1969 y 2007. Entre uno y otro año la composición del Máximo Tribunal fue cambiando. Las cuestiones resueltas versan sobre la misma –o muy similar - colisión de derechos. En dilema siempre aspira a determinar si en caso de

intereses contrapuestos, debe prevalecer el derecho de los estudiantes o las facultades disciplinarias de los establecimientos escolares. Es muy interesante ver cómo ese conflicto de derechos constitucionales evolucionó en los últimos cincuenta años.

2.1 Caso Tinker vs. Des Moines, (1969)

En el marco de una protesta en contra de la guerra de Vietnam, dos alumnos de una escuela pública secundaria deciden ingresar al establecimiento con un brazalete negro en el brazo. Ese distintivo en la vestimenta escolar procuraba hacer pública la manifestación adversa que los jóvenes estudiantes tenían respecto de la participación de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam. Los estudiantes, de quince y trece años respectivamente se llamaban John y Mary Tinker.

1. Por su parte, las autoridades del colegio tenían conocimiento previo de que entre los alumnos se estaba gestando una forma de protesta – pacífica pero pacifista- que podía crear inconvenientes disciplinarios. Para prevenir posibles incidentes, unos días antes de que ocurrieran los sucesos, las autoridades emiten un comunicado escrito en el que se advertía a los estudiantes que estaba terminante prohibido ingresar a la escuela con brazaletes o insignias que de cualquier modo manifestaran una opinión crítica o adversa a la intervención militar de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam. El comunicado contenía expresamente el detalle preciso de la sanción que la conducta descripta traería con sí: la inmediata suspensión del alumno infractor.

2. Los hermanos John y Mary Tinker, a pesar de tener conocimiento de la resolución de las autoridades escolares, deciden ingresar al colegio luciendo los brazaletes negros que expresaban su opinión adversa a la guerra de Vietnam. Como era previsible, ambos alumnos fueron sancionados y consiguientemente suspendidos de la escuela.

3. Al poco tiempo de que esto ocurriera, la Iowa Civil Liberties Union, una de las tantas asociaciones americanas dedicada a la protección integral de los derechos individuales, se pone en contacto con la familia Tinker y les ofrece sus servicios le-gales para llevar la cuestión a los tribunales. La idea era torcer la sanción disciplinaria impuesta por las autoridades escolares por considerarla violatoria de derechos constitucionales de los jóvenes. Tanto los padres como los chicos Tinker aceptan la propuesta y deciden comenzar la batalla judicial. Los Tinker pierden su reclamo en la primera y segunda instancia judicial, pero apelan ambos decisorios adversos y logran llegar con su reclamo hasta la Corte Suprema de Justicia.

4. La Corte, en un fallo histórico que aún sigue siendo materia de estudio en las escuelas de derecho de todo el mundo, y cita obligada en cualquier asunto que involucre cuestiones entre alumnos y autoridades escolares, falla a favor de los estudiantes sancionados. El conflicto de derechos que el tribunal se propuso resolver era si prevalecía el derecho de libre expresión de los alumnos en queja o las facultades disciplinarias de las autoridades escolares.

5. Los argumentos centrales utilizados por el Máximo Tribunal pueden agruparse de la siguiente manera:

(i) La Primera Enmienda Constitucional protege a todos los individuos al permitirle que expresen sus ideas con la más absoluta libertad. Los alumnos que asisten a establecimientos escolares, sean éstos públicos o privados están igualmente amparados por este derecho de rango constitucional.

(ii) El necesario ejercicio de autoridad que los directores de los colegios deben ejercer sobre los alumnos que asisten a sus establecimientos no puede constituir una excepción a los principios constitucionales.

(iii) La protesta pacífica realizada por los estudiantes Tinker, en la que hacían pública su opinión adversa acerca de la intervención militar de los Estados Unidos en el guerra de Vietnam, no vulneraba derechos de los otros alumnos, ni ponía en peligro la seguridad de ninguna de las personas que se encontraban en el colegio, ni impedía el normal desempeño de la actividad escolar.

(iv) En este fallo la Corte fue muy precisa para limitar los derechos y las facultades de ambos actores de este pleito. Así, dispuso que para que una sanción disciplinaria ordenada por las autoridades escolares pueda prevalecer sobre el derecho constitucional que los alumnos tienen de expresarse libremente se deben dar alguno de estos requisitos: a) que la manifestación del alumno, por el motivo que fuera, llevara implícita la probabilidad de poner en peligro a otras personas b) que la manifestación del alumno, por el motivo que fuera, impidiera el normal desarrollo de la actividad escolar que debe desarrollarse en un colegio.

(v) Es a cargo de la escuela probar la existencia del peligro para los terceros o la grave interrupción del servicio escolar para que el tribunal pueda sostener la medida disciplinaria dispuesta.

(vi) No habiendo probado esos extremos, la sanción fue revocada. En resumen: hacia fines de la década del 60 la colisión entre los derechos del alumnado y el ejercicio de las facultades disciplinarias de las autoridades escolares fue resuelta a favor de la estudiantina.

6. Para terminar con el análisis de este caso, tan solo quiero agregar que el veredicto dado fue dividido, con una victoria parcial de la mayoría de 7 votos contra 2 del bando provisoriamente opuesto. No obstante, la minoría no se privó de dar su opinión y sostener su disenso con muchos y buenos argumentos. Tampoco evitó echar al aire una profecía tan inquietante entonces, como vigente ahora: se avecina la llegada de una era de permisividad excesiva en el ámbito de las escuelas, los desafíos de los alumnos a las autoridades serán cada vez más frecuentes y más graves. Fallos como este favorecen esas

indeseables consecuencias, decían los jueces que guiaban la opinión minoritaria.

2.2 Caso Bethel School vs. Mathew Fraser, (1986)

Se trata éste de otro caso que enfrenta libertades estudiantiles contra facultades disciplinarias. Sin embargo, a menos de veinte años de Tinker, la Corte Suprema cambia su interpretación legal del texto de la Primera Enmienda constitucional. Es interesante ver previamente el resumen de los hechos.

1. El joven Mathew Fraser era muy popular entre sus compañeros de escuela, tanto que ese año había sido elegido como candidato a presidir el Centro de Estudiantes de su colegio. En el marco de esa carrera proselitista, Mathew pronuncia ante sus 600 compañeros de escuela un discurso con el cual pretendía sumar apoyos. Probablemente haya sido su excesivo entusiasmo por jugar en las ligas mayores de la política lo que le hizo perder el único talento que necesita un verdadero político: la prudencia. Lo cierto es que la pieza oratoria de Fraser contenía palabras tanto explícitas, como inapropiadas referidas a la sexualidad de uno de sus compañeros de clase.

2. A raíz de este discurso, ciertamente escandaloso para ser pronunciado en un acto oficial escolar, y delante de cientos de alumnos de muy corta edad, las autoridades escolares decidieron castigar al estudiante con un escarmiento ejemplar: una suspensión por dos días de clases y, como castigo accesorio, la inhabilitación para ser el orador principal en el acto de fin de año. La última parte de la pena fue la que indignó al joven político que no quería resignar esa ocasión de protagonismo.

3. Cuando tuvo lugar la investigación judicial, se supo que antes de que diera el discurso el estudiante le presentó el borrador a dos de sus profesores, quienes le aconsejaron que no lo dijera. Ambos docentes le advirtieron acerca de las posibles sanciones disciplinarias

que podrían corresponderle si leía ese discurso sin hacerle las correcciones necesarias. Sin eufemismos: tenía que eliminar de la pieza todas las alusiones sexuales que contenía. En suma: Fraser sabía desde antes de agarrar el micrófono que sus palabras de burla no iban a resultar chistosas para las autoridades del colegio. Pero, como buen político, sucumbió a la tentación del éxito rápido de las palabras ligeras.

4. Luego de ser sancionado, sus compañeros intentaron que las autoridades revean la medida. Realizaron marchas, peticiones, ofrecieron disculpas, solicitaron audiencias y agotaron todas las vías conciliatorias existentes. El resultado fue nulo: el colegio mantuvo el castigo. Fraser sería suspendido de la escuela, y privado de dar el discurso de fin de año.

5. Cuando Mathew pensaba que no le quedaba otra alternativa que la resignación y el olvido de sus aspiraciones políticas, la poderosa AMERICAN LIBERTIES CIVIL UNION (ALCU) se pone en contacto con el joven y sus padres y les ofrece asesoramiento y representación legal. La estrategia consistía en iniciar acciones legales contra la escuela. El objetivo revocar la sanción, argumentando que la sanción impuesta por la escuela era violatoria de la libertad de expresión amparada por la Primera Enmienda Constitucional. Los leguleyos, como cita obligada y profecía de éxito, les recuerdan a los flamantes clientes el fallo Tinker.

6. Me adelanto a decir que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el año 1986, en un fallo dividido, mantiene la sanción impuesta por el colegio y rechaza el argumento de los actores. No obstante, a modo de anécdota, quiero señalar que hay una serie de coincidencias invertidas entre el caso Tinker y el caso Fraser. Por ejemplo, ambos expedientes llegaron a la máxima instancia judicial. En Tinker, las autoridades escolares salieron airoso de las dos instancias de grado, mientras que en Fraser salieron derrotadas de su paso por la primera y la segunda instancia de apelación. Finalmente, en ambos casos la Corte Suprema dio vuelta el fallo de la Cámara de Apelaciones. En un expediente votó a favor de los alumnos, en el otro

a favor de las autoridades escolares. La interpretación del texto constitucional había cambiado, pese a que el fallo comienza diciendo lo contrario. Con el caso Fraser termina la hegemonía de la doctrina Tinker tras veinte años de liderazgo. Sin embargo, en materia de interpretación de la ley afortunadamente no hay victorias decisivas ni derrotas permanentes, porque únicamente lo que es provisorio tiene la capacidad de evolucionar. Por cierto, la experiencia humana es eso: conciencia de interinato y sentido de evolución.

7. Los argumentos expuestos por el tribunal son muchos. Se trata de un veredicto muy extenso. Pero me interesa resaltar sólo algunos para poder demostrar cómo en tan poco tiempo mutó tan drásticamente el criterio interpretativo del Máximo Tribunal. Paradójicamente, lo primero que dice el veredicto en análisis, es que no cambia la doctrina sentada en Tinker, a pesar de llegar a la conclusión contraria. Sin embargo, pocas o ninguna dudas caben que el caso Bethel cambia el paradigma establecido por la Corte Suprema en Tinker. Alcanza con recordar que en Tinker el estándar favorable a la libertad de expresión fue fijado en un punto altísimo. El tribunal estableció que solamente dos cuestiones podían tener entidad suficiente para que una facultad disciplinaria prevalezca sobre un derecho individual. Primero: que la expresión que motivó la sanción pudiera, por el motivo que fuera, poner en peligro la seguridad de las otras personas presentes en el establecimiento escolar, particularmente la de los alumnos. Segundo: que la expresión sancionada, por el motivo que fuera, pudiera poner en crisis el normal funcionamiento escolar. Veamos entonces cómo en este caso más reciente aplicó esas categorías abstractas para resolver una situación concreta.

8. En Bethel se sancionó al alumno porque pronunció un discurso que fue considerado inapropiado para un ámbito escolar. Pero lo cierto es que el discurso en sí mismo, ni ponía en peligro la seguridad de terceros, ni tenía la potencialidad de interrumpir el normal funcionamiento de todo un colegio. Es decir, que si esta cuestión hubiera sido ventilada veinte años atrás seguramente el resultado del pleito hubiera sido el opuesto. Porque, siguiendo la

lógica del fallo Tinker, el discurso de Mathew Fraser era un discurso de mal gusto, soez incluso, pero de todos modos protegido por la Primera Enmienda.

9. Una parte del fallo Bethel dice: “Resulta atinado y aún deseable que una escuela pública prohíba a sus alumnos el uso de un lenguaje ofensivo es un discurso dirigido a la comunidad estudiantil. Ninguna norma constitucional prohíbe que las autoridades escolares enseñen que determinado uso del lenguaje es inaceptable y, como tal, susceptible de ser castigado. Es decir que el Sr. Fraser no tiene garantizado un derecho constitucional para usar un lenguaje que sus autoridades escolares consideran vulgar.” Lisa y llanamente esto quiere decir que el estándar de protección de la libre expresión cambió. Porque el límite en Tinker estaba puesto en la seguridad de las personas y el normal desenvolvimiento del colegio. En Bethel en la calidad del lenguaje.

10. Este fallo, igual que el otro que habíamos visto fue dividido. La opinión de la minoría fue guiada por el Juez Stevens quien todavía continuaba fiel al criterio sentado en Tinker. Este magistrado argumentó que la escuela no había probado que el discurso fuera intrínsecamente dañino o potencialmente peligroso para la comunidad escolar, ni que tuviera capacidad de interrumpir el normal desarrollo de la actividad de la escuela, más allá de los griteríos y el mínimo desorden que siempre provocan las groserías son dichas en público. Es decir, para la minoría el discurso del vehemente y jocoso joven estaba protegido por la Primera Enmienda Constitucional.

2.3 Caso Deborah Meyer vs. Monroe Community School (2007).

Vamos a ver ahora otro caso en el que colisionan el derecho a la libertad de expresión y el derecho laboral. Al igual que en Tinker, lo que motivó la batalla legal fue una expresión contraria a la intervención de los Estados Unidos en un conflicto bélico. A casi

cuarenta años de aquél fallo que hoy recordamos, es razonable pensar que John y Mary Tinker continuaron sus vidas normalmente; por su parte, los Estados Unidos también continuaron sus guerras normalmente.

1. El caso Meyer tuvo lugar durante la ofensiva armada dispuesta por el Presidente Bush contra Irak. Pero a diferencia de aquella guerra y de aquella protesta, en este asunto la disidencia pacifista no partió de un alumno sino de un docente. Deborah Meyer, profesora de ciencias sociales de la Escuela Bethel fue quien, durante una de sus clases de historia se refirió al controvertido tema. Quizás para ahuyentar el so-por que por regla invade a los alumnos durante el dictado de clases de historia, la docente eligió un método áulico efectivo pero algo riesgo: emprendió la clase lanzando duras críticas contra gobierno del Presidente Bush, particularmente con-tra la invasión norteamericana en Irak. No hay certeza acerca de si los muchachos que asistieron a la clase se quedaron o no dormidos, pero sí se sabe que la disertación terminó siendo una pesadilla para la docente.

2. Luego de la clase magistral impartida por Deborah Meyer, algunos padres de los alumnos se quejaron ante las autoridades escolares. Esta queja motivó que se celebrara una entrevista poco cordial entre la Directora de la escuela, la maestra disidente y uno grupo de papás preocupados. Durante la reunión se le ordenó a Deborah Meyer que en lo sucesivo no volviera a dar su opinión sobre temas que no fueran los estrictamente referidos al contenido de su currícula docente. En concreto, se le solicitó a la docente que se abstuviera de dar su opinión sobre la guerra en Irak en el transcurso de sus clases.

3. Unos meses después de estos sucesos, y al terminar el contrato laboral que vinculaba a la maestra Meyer con el establecimiento escolar, el contrato no fue renovado. En otras palabras: la maestra fue despedida. Durante la investigación judicial que se llevó adelante luego de la ruptura contractual, se supo que la

Directora del Colegio, Victoria Rogers, le había sugerido a la Comisión directiva del colegio que no renovaran el contrato de la docente.

4. Ni bien supo que su contrato sería cancelado, Deborah inició acciones legales. Su argumento legal se apoyaba sobre tres pilares. Primero: que su expulsión del plantel docente estaba relacionada con sus opiniones políticas. Segundo: que la extinción del contrato violaba su libertad de expresión. Último: que la ruptura intempestiva de su contrato laboral violaba otras leyes y estatutos laborales vigentes. Para continuar la trama de esta charla me interesa analizar los dos primeros aspectos de la queja. Es interesante ver cómo resolvió el tribunal de apelaciones las cuestiones referidas a la libertad de expresión y a la rescisión del contrato laboral. No obstante, anticipo que en ambos aspectos tomó la dirección contraria al criterio sentado en el veredicto Tinker. Veamos los pormenores de la sentencia:

(i) El fallo arranca diciendo que la cuestión bélica de Irak es de tal trascendencia social que la maestra tiene derecho a expresar libremente su opinión al respecto.

(ii) Sin embargo, este derecho no debe ser ejercido hasta límites que pongan en peligro el normal desenvolvimiento del colegio. Es decir, si el contenido de la clase dada por Deborah es de tal intensidad que resulta disruptivo para la clase entera, debe evitarse. Porque la tarea esencial del docente es desarrollar la currícula específica de su materia. (Es muy interesante ver la construcción intelectual del Magistrado que le permite desprenderse del precedente Tinker, sin dejarlo de lado. Es ésta una característica muy utilizada por el Juez americano)

(iii) Los docentes contratados por las escuelas – en particular por las escuelas públicas - no pueden dictar sus clases con absoluta independencia de criterios, sino que deben ceñirse a una agenda curricular impuesta por las autoridades. El docente transmite un

conocimiento, pero no define los contenidos de un programa oficial que debe respetar a rajatabla.

(iv) En la cuestión que se refiere estrictamente al derecho laboral, el tribunal de apelaciones describe cuales son los derechos y las obligaciones de este particular contrato laboral. El docente recibe su paga para transmitir los contenidos de un programa oficial que le es dado. Un docente no tiene derecho a cambiar esos contenidos. Cita un ejemplo: si un programa oficial de historia se refiere a un personaje como un héroe, un docente no podría tratar a ese mismo personaje como un traidor. El ejemplo es claro, pero por sí mismo carece de todo rigor porque deja de lado importantísimas cuestiones que podrían encontrarse en el anecdotario del héroe y del traidor.

(v) Finalmente, el tribunal de apelaciones da otro argumento que sirve para limitar la libertad de expresión de los maestros durante el dictado de sus clases. Debo admitir que aún a desgana, lo considero un argumento de peso. Se trata de un concepto extrajurídico que se refiere a la audiencia cautiva. Con esta palabra compuesta se describe con mucha precisión el rol que los alumnos de nivel primario y secundario tienen en la escuela. Ellos, dice el fallo, están obligados a asistir a clases y no pueden elegir a sus maestros. Por lo tanto, las autoridades escolares deben proteger que los alumnos se conviertan en la audiencia cautiva de la idiosincrasia de un docente.

(vi) La maestra Meyer podía dar su opinión acerca del tema Irak, siempre y cuando presente al alumnado, además de su punto de vista todos los otros que rodean al tema. Lo que hace que el alumno tenga un rol de audiencia cautiva es que esté obligado a escuchar un solo punto de vista, precisamente el de la persona a que está obligado a escuchar.

(vii) Para terminar el debate el veredicto establece que la Primera Enmienda constitucional no protege las expresiones personales de los docentes expresadas ante audiencias cautivas. En síntesis: Deborah Meyer no tenía derecho a expresar ante sus alumnos

de historia del colegio que la contrató como docente, su opinión personal acerca de la intervención bélica del gobierno de los Estados Unidos en Irak.

Definitivamente el criterio utilizado en el caso Tinker cambió, como también habrá de cambiar el que vino en su reemplazo. Estoy convencido, y me consuela pensar de esta forma, que las modificaciones interpretativas que hacen los jueces tienen algún correlato con las oscilaciones sociales. Porque, se sabe, la política y sus protagonistas siguen el ritmo de pasiones anómicas y, por lo tanto, la interpretación del acto político, tanto como sus resultados, es tarea de exégetas más sofisticados que quien redacta estas líneas.

Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos: su aplicación en el derecho comparado. La situación en la Argentina, ley 26.361

por Fernando E. Shina.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Cita online: TR LALEY 0003/014693

[Consultado el: 13/07/2021]

Sumario:

I. Introducción.- II. Las críticas a la aplicación de los punitive damages.- III. La situación en la Argentina.- IV. Conclusiones.

I. Introducción

Los daños punitivos, de amplia difusión en los Estados Unidos, son también utilizados en el Reino Unido, donde se los denomina "daños ejemplificadores" (1). En la Argentina su aplicación ha sido recientemente establecida por la ley 26361, que vino a reformar la Ley de Defensa del Consumidor 24240. Desde su presentación en sociedad los daños punitivos han causado cierta agitación en el mundillo académico, que pronto salió a su encuentro con saludos elogiosos y diatribas; optimismos desmedidos y desilusiones cargadas de preocupación; pronósticos auspiciantes y presagios adversos. El revuelo está justificado porque los daños punitivos han incorporado a nuestro Derecho Civil cambios que todos intuyen profundos y duraderos. Como era previsible, la doctrina nacional no se puso de acuerdo acerca de su naturaleza jurídica. Para unos se trata de una indemnización y para otros de una reparación. No faltan autores, nacionales y extranjeros, que los consideran un instituto inservible para cumplir el objetivo que prometen, y

peligrosos para el ordenamiento jurídico en su conjunto. Hace poco el jurista Edgardo López Herrera publicó un libro específico sobre daños punitivos que cubre la mayoría de sus aspectos; entre otros, el de su naturaleza jurídica, que, a nuestro juicio, describe con acierto (2). Por nuestra parte, pensamos que los daños punitivos consisten en una reparación que se concede al damnificado no para indemnizarlo por el daño padecido sino para disuadir al demandado, y a otros, de que intente conductas similares en lo sucesivo. De esta manera el Derecho interviene -indirectamente- sobre la conducta del sujeto para evitar la eventual ocurrencia del daño. En otras palabras, el instituto que estamos examinando trata de proteger a víctimas hipotéticas antes que castigar daños concretos. Cuando el Derecho, y la ciencia en general, trabaja con abstracciones y acierta en su tratamiento conjetural, la doctrina llega al éxtasis de su inteligencia y, por añadidura, a su máxima utilidad social. Los daños punitivos parecen ir en esa dirección, y por eso celebramos su aparición con moderado optimismo. La moderación procede -aclaramos- no por efecto de un espíritu reservado o en extremo conservador, sino porque tampoco es infrecuente que conjeturas apropiadas hayan precedido a conclusiones patéticas (3). No obstante, creemos que los daños punitivos tienen, al menos en su formulación teórica, una base ética innegable. Veamos. Si las reparaciones tradicionales procuran desagrar a la víctima de un daño reponiéndole exactamente aquello que perdió a causa del daño, el sujeto pasaría a desempeñar un papel secundario en el esquema del Derecho de Daños. Si se admite que el daño desaparece (se compensa, en rigor) por efecto de su reparación, también se evapora la idea de víctima luego de ser compensada, y la de dañador luego de remediar al herido. Entonces, habrá que concluir que un daño causado deliberadamente es un acto tolerable en la medida en que luego sea reparado. Naturalmente, la idea nos parece repugnante a la ética que inspira al Derecho. Algunos estudiosos norteamericanos han puesto argumentaciones similares al explicar la dinámica de los daños punitivos. Si se acepta que la reparación de los daños vuelve las cosas al estado anterior al perjuicio, el "daño reparado" equivale al "no daño". Entonces, se preguntan, ¿por qué no permitir la ocurrencia de todo daño que luego pueda ser compensado? (4). Pero, a nuestro

modo de ver, si se acepta que una indemnización es capaz de retrotraer las cosas al estado anterior al evento dañoso no existiría el concepto de daño, ni el de víctima, ni el de agente dañador. También dejaría de existir la ética en el Derecho, claro.

En definitiva, lo que justifica la aplicación de los daños punitivos no es el análisis apriorístico de su naturaleza, sino la promesa silenciosa pero implícita que formulan: la disminución de los daños. Los daños punitivos parten de la idea de que la mejor forma de resarcir un daño es evitar que se produzca. Sin embargo, la profecía no está libre de incertidumbres, y la experiencia internacional les pone freno a los entusiasmos exagerados. Por otra parte, para tranquilizar el espíritu de sus críticos más empecinados, debe tenerse en cuenta que la aplicación de los daños punitivos siempre va a estar supeditada a un análisis de la conducta del agente dañador, y sólo serán procedentes cuando aquélla sea tan despreciable que merezca un castigo que por su severidad evite su repetición.

Usualmente el monto económico que se fija en concepto de daños punitivos es muy elevado, y esta circunstancia también les ha valido numerosas críticas. Son muchos, y muy prestigiosos, los autores que les endilgan a los daños punitivos tres problemas graves. Uno: constituyen una reparación excesiva para el damnificado que las recibe. Dos: crean un serio obstáculo para el desarrollo económico de las empresas. Tres: alientan la promoción de juicios a gran escala, porque los montos de las sentencias se derraman hacia la regulación de los honorarios de los profesionales que intervienen en el pleito. En muchas regiones de Estados Unidos prohíben su aplicación porque, dicen, perjudican su economía. Otros Estados, si bien no los vedan, les imponen rigurosas limitaciones. Algunos datos estadísticos horrorizan a los economistas: no son pocas las compañías que escapan o no invierten en las regiones que admiten la aplicación de daños punitivos.

No obstante, sus defensores argumentan que los daños punitivos no deben deponer su voluntad de castigar las ecuaciones de

costo-beneficio que privilegian la tasa de rentabilidad sobre la seguridad de las personas. Explican: cuando las inversiones para hacer más seguro un producto son superiores a los costos de las indemnizaciones, el hombre de negocios opta por pagar el resarcimiento antes que por incrementar las inversiones. El mítico caso "Grimshaw v. Ford Pinto" (5) explica como pocos esta realidad. Finalmente, incluso sus defensores admiten que los daños punitivos son una verdadera tentación para la promoción de juicios, pero rescatan que de esta forma son los propios damnificados quienes investigan a las compañías logrando que mejoren la calidad y seguridad de los productos. En suma: su esfuerzo beneficia a muchos y, por tanto, merece ser compensado.

Pero dejando de lado, o asumiendo por igual, las opiniones entusiastas y las detractoras, quizás la pregunta correcta que deberíamos hacernos sea: ¿cómo se logra, desde el Derecho, disuadir al agente dañador de que emprenda una acción cuya probabilidad dañosa es alta? Dentro de las compensaciones tradicionales el interrogante queda a merced de respuestas insuficientes, o cándidas. Porque en la medida en que el costo de la compensación sea igual al costo del daño ocasionado a la víctima, el agente dañador podrá elegir (de acuerdo con sus cálculos de costo-beneficio) qué daño realizar y qué daño evitar. Veamos el razonamiento que se propone. Mediante la aplicación de este instituto se le agrega al dañador hipotético un gasto que va más allá de la exacta reparación del daño causado. Al verse obligado a pagar estas indemnizaciones extraordinarias el dañador espontáneamente va a modificar su conducta porque podrá percibir que los precios de cometer el daño serán superiores a los de evitarlo (6). Es ésa la esencia, el fundamento y la naturaleza de los daños punitivos: lograr que cometer un daño sea un asunto completamente antieconómico. Por eso entendemos que su aplicación es acertada dentro de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, a pesar de que su redacción le ha valido muchas críticas, siendo muchas de ellas acertadas. Entre los autores nacionales de prestigio, Marcelo J. López Mesa quizás sea el máximo exponente de la opinión detractora de este instituto (7).

David Friedman, especialista en Análisis Económico del Derecho, que tampoco es un apasionado de los daños punitivos, pone el ojo crítico en sus diversas aristas. El autorizado jurista estadounidense señala que cuando las indemnizaciones benefician a las víctimas, premiándolas con una reparación que excede el valor nominal del daño que se les ha causado, se crea un incentivo para que investiguen los comportamientos nefastos de algunas compañías. Sin ese estímulo económico no lo harían, y muchos daños que son investigados seguirían ocurriendo sin que nadie se tome la molestia de gastar tiempo y dinero en seguirles la pista para luego sancionarlos. En otras palabras: si no se recompensa a las víctimas que padecieron daños, la tarea preventiva sería ineficaz. Cuánto más altos sean los premios que se otorguen a las víctimas, mayor será su impulso para investigar los hechos ilícitos que producen daños (8). Desde luego, el Estado puede realizar esta pesquisa y aplicar multas en vez de fijar indemnizaciones por cada infracción verificada. De hecho, eso mismo establece el art. 47, LDC. Pero no podemos olvidar -al menos en nuestro país- que cuando el Estado asume abundantes tareas adquiere el poderío de los elefantes pero también la agilidad (burocrática) de la noble bestia.

II. Las críticas a la aplicación de los punitive damages

En la actualidad este sistema de indemnizaciones parece estar escribiendo su epílogo en Estados Unidos. La Corte Suprema le suma sospechas que le restan virtuosismo al instituto. En el caso "State Farm v. Campbell" (9), del año 2003, el juez Kennedy (miembro actual de la Corte Suprema de los Estados Unidos), liderando la voz de la mayoría del máximo tribunal, estableció que las reparaciones tradicionales eran, en principio, suficientes para compensar el daño padecido, limitando la aplicación de los daños punitivos a casos extraordinarios (10). Seamos claros, no es que los punitive damages vayan a desaparecer de los Estados Unidos, pero lo cierto es que el impulso de una fuerte economía elevó los montos aplicados a cifras multimillonarias que hoy son preocupantes. Por eso no son pocos quienes piensan que los daños punitivos son un flagelo para la

macroeconomía, para las inversiones empresariales, para la prestación de servicios profesionales (sobre todo, referidos a la salud) y - fundamentalmente- para la creación de empleos. Es interesante analizar algunas de las quejas que se formulan a los punitive damages.

1) Un grupo de juristas, pertenecientes a distintas universidades de los Estados Unidos, señalan la inoperancia de estas sanciones. Según sostienen, favorecen la aplicación de condenas pantagruélicas que no tienen ninguna equivalencia con el daño padecido por la víctima. En algunos casos los montos son tan altos que comprometen la competitividad de las empresas, afectando negativamente al orden económico en su conjunto. Tampoco los jurados quedan a salvo de las críticas, pues parte de las reconvenciones que se les hacen se refieren a las sentencias que hacen un uso defectuoso, o abusivo de este instituto. Las sentencias que imponen punitive damages -en su gran mayoría- se fundamentan exclusivamente en el uso que hacen las corporaciones de la ecuación costo-beneficio. Sin embargo, estos cálculos económicos no constituyen en sí mismos una infracción. Por el contrario, estas especulaciones son la ley suprema que rige a las empresas. Reducir los costos para optimizar los réditos es el motor de crecimiento empresarial, y también el de toda la economía de los Estados Unidos y del resto del mundo (11). No hay nada ilegítimo en hacer estimaciones de costo-beneficio. Las empresas no podrían subsistir sin hacerlas.

2) Otros especialistas, en Economía y Derecho, suman argumentos contrarios. Acusan a los jurados de estar penalizando a las compañías por el simple hecho de hacer especulaciones de costo-beneficio. Según algunos estudios, las corporaciones que realizan esta clase de análisis económicos financieros aumentan en un 5% sus chances de sufrir una condena que incluya daños punitivos. Sin embargo, la realidad indica que, inevitablemente, las empresas hacen estudios de probabilidad.

3) Otro argumento importante es el que señala que a medida que la industrialización se hace más sofisticada, los costos de

producción se vuelven más segmentados, sin que este aspecto sea considerado por los magistrados al elaborar sus sentencias. Por ejemplo, cada parte que compone un producto es sometida a un cálculo de probabilidad, con relación a su eventual falla. Esta segmentación determina que las compañías decidan invertir más capital en aquella parte del producto cuya probabilidad defectuosa sea superior. Si una pieza del producto tiene escaso o nulo riesgo de ser defectuoso, los empresarios optan por poner el esfuerzo económico en otras partes que son estadísticamente más peligrosas. La situación descripta se ve claramente si el producto es un auto, pero también puede aplicarse a las licuadoras. En el caso del electrodoméstico es más importante hacer enchufes seguros que invertir en otros componentes de la licuadora que potencialmente no generan ningún riesgo para el usuario. Por lo tanto, las sentencias que incluyan sanciones punitivas deberían hacer un análisis que evalúe esta realidad. Las estadísticas son una guía muy preciada para los inversionistas, y ninguna corporación va a prescindir de ellas. Además, sería un desacierto que lo hicieran porque seguramente aumentarían la dañiosidad del producto y, por lo tanto, el riesgo para los consumidores. Sin embargo, afirman, los jueces no hacen ningún estudio, ni estimación de probabilidad dañosa, referido a cada una de las partes que integran un producto. Todas las investigaciones que larga y costosamente realizan quienes desarrollan un producto antes de lanzarlo al mercado son descartadas al llegar un asunto a los tribunales. Los magistrados, por ignorancia, comodidad o simple demagogia, se limitan a demonizar a empresas y empresarios. Se conforman con decir "Ha muerto una persona porque la empresa no utilizó un material más confiable".

4) La mayoría de las veces la diferencia entre precios y calidades de los materiales que componen una parte del producto no supera los U\$S 10. Entonces el jurado dice: "La empresa dejó morir a una persona para ahorrarse U\$S 10". Los jueces deberían considerar la relación entre el accidente y su probabilidad de ocurrencia antes de que ocurra, porque justamente esa relación es el mejor índice para determinar cuán reprochable o indigno ha sido el comportamiento de

la corporación. Hacer un juicio sin considerar esa relación de probabilidad estadística distorsiona la realidad. Los empresarios no saben que el accidente va a ocurrir, ni tampoco puede prever cuántos accidentes van a ocurrir. Ni siquiera pueden especular acerca de si todos los consumidores utilizan los productos con idoneidad. Quienes tienen la tarea de desarrollar un producto sólo cuentan con un cálculo estadístico que indica probabilidades, que pueden ser altas o bajas (12).

5) Finalmente, también el aspecto disuasivo de los daños punitivos es puesto bajo sospecha. Particularmente, en materia de praxis médica sus beneficios son cuestionados. Sobre todo por los profesionales, que muchas veces prefieren no trabajar en aquellos Estados en los que la aplicación de los daños punitivos es permitida. Es decir, la sistemática imposición de daños punitivos tan elevados disuade a los médicos de ejercer la medicina, antes que atenuar los daños derivados de su mala práctica. Según estudios confiables, en los Estados en que su aplicación es permitida (en los Estados Unidos cada Estado conserva para sí la facultad de legislar en materia de relaciones de consumo, por eso la situación varía mucho entre una y otra zona de ese país) no les ha ido mejor que en aquellos Estados que no los admiten. En otras palabras: la amenaza de sufrir una condena ejemplar no contribuyó a mejorar la práctica de la medicina, pero sí a vaciar de médicos a muchas zonas del país.

6) Quienes sostienen la inutilidad de las sanciones punitivas, y luchan por desterrarlas del Common Law, ven como alternativa la aplicación de multas al infractor. De esta manera el damnificado recibe una reparación compensatoria que se compadece con el daño sufrido, mientras que el infractor paga la indemnización regular más una multa por su obrar malicioso o negligente (13). De esta forma, se logra un mejor equilibrio entre la reparación que recibe el damnificado y el castigo que soporta el agente dañador.

III. La situación en la Argentina

Finalmente, aunque con bastantes años de retraso, los daños punitivos se convirtieron en ley positiva en la Argentina. La novísima incorporación se debe a la reforma que la ley 26361, de abril de 2008, realizó sobre la ley 24240. La norma que comentamos dice así:

"Art. 52 bis. Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b., de esta ley".

Se trata de una sanción impuesta al proveedor de bienes y servicios en favor del consumidor. El monto de dicha multa tiene un techo de \$ 5.000.000, establecido en el art. 47 de la ley. De acuerdo con el texto de la norma, es el juez quien tiene la facultad de imponer la sanción a pedido de parte; también es tarea del magistrado establecer su cuantía de acuerdo con la gravedad del daño y demás circunstancias del caso. Es importante destacar que la ley trata a esta multa de manera independiente de la existencia de otras indemnizaciones, y, por tanto, su aplicación no inhibe la acumulación de otras recompensas que pudieran beneficiar al consumidor afectado. Por otra parte, ésa es la interpretación que surge del derecho comparado. En los Estados Unidos es muy usual que una condena civil de U\$S 500.000 venga acompañada de otra de U\$S 79.000.000 en concepto de punitive damages. No obstante, todas estas cuestiones se irán viendo con el paso del tiempo, la presentación de demandas y el dictado de fallos. Por el momento la norma rioplatense es demasiado joven.

Sin querer agotar el tema, que excede el marco de este trabajo, es necesario señalar algunas cuestiones de interés.

Primero: La simple lectura del art. 52 bis resalta que los punitive damages argentinos son una sanción que el juez podrá imponer cuando las circunstancias del caso se lo sugieran. Es decir, su aplicación está librada al arbitrio exclusivo del juez de la causa. A nuestro criterio, la norma debió ser más precisa en cuanto a su procedencia y aplicación. En ese sentido compartimos la irascible queja que López Mesa le achaca a la norma (14), sin coincidir con la solución que propone el jurista (15). Lo cierto es que pensamos que no es una buena práctica legislativa dejar una zona de incertidumbre tan grande, ni pretender que un hombre, por sabio que sea, la llene de la prudencia con la que el legislador debió poblarla. Por otra parte, esta irresolución legislativa ocasiona que los daños punitivos sean difíciles de prever. Como ya fue dicho, las empresas necesitan saber, para calcular el costo de sus inversiones, cuál será el valor aproximado de las eventuales demandas que deberán afrontar. No es secreto que los litigios constituyen un rubro más en los costos de cualquier emprendimiento comercial. Tampoco la norma indica en qué casos los daños punitivos serán aceptados por los jueces. Desde luego, habrá magistrados más entusiastas en su aplicación, como los habrá más restrictivos y cautelosos. Tampoco faltarán quienes deploren su incorporación al derecho positivo argentino (16). La inmensa diferencia de criterios que puede haber entre un juez y otro, tanto para la aplicación como para la cuantificación de los daños punitivos, es uno de los puntos más negativos que se vislumbran. Este aspecto debe ser analizado con extrema atención, puesto que es motivo de permanente debate en el mundo jurídico, y no es difícil pronosticar que en nuestro medio las primeras discusiones van a empezar por ese lado.

Segundo: Otra cuestión importante es que la composición del monto de la sanción tiene un techo máximo definido en el art. 47, y si bien es alto, es arbitrario, porque ello no está respaldado por una ecuación económica que lo valide. En algunos casos será excesivo; en otros, insuficiente. En algunos asuntos judiciales es probable que ni

aun la aplicación del máximo previsto llegue a conmover a las corporaciones. Para algunas compañías una multa de \$ 5.000.000 es un monto demasiado bajo frente a la magnitud de su giro empresario. Por ejemplo, en el caso "Exxon Shipping Co v Baker" (17), una Corte de Apelaciones estadounidense le impuso a la compañía petrolera daños punitivos por U\$\$ 2500 millones. Esta condena, redujo el monto de la sentencia de primera instancia que los fijaba en U\$\$ 5000 millones. Finalmente, la Corte Suprema los terminó estableciendo en U\$\$ 500 millones. Es muy difícil explicar cómo en pocos meses un veredicto cambió tanto la estimación de un rubro indemnizable. Para la compañía en cuestión ese monto era perfectamente pagable, pero sin dudas es mejor que todos los protagonistas económicos sepan de antemano qué acciones son pasibles de punición y cuáles serán los montos aproximados. Además, si se acepta que los daños punitivos son un castigo impuesto a quien tuvo un comportamiento altamente reprochable, es aplicable la regla constitucional que obliga que la pena sea conocida antes de que el hecho sea cometido. Por otra parte, resulta imposible persuadir a alguien de que haga o deje de hacer algo si no se conoce con anticipación las consecuencias de ese hacer u omitir. En otras palabras: no es suficiente con saber de la existencia de los daños punitivos, si su cuantificación puede variar de \$ 100 a \$ 5.000.000. Como se verá más adelante, la estimación de las sanciones punitivas tienen un aspecto íntimamente relacionado con el derecho constitucional, pues involucra al derecho de propiedad, y su aplicación excesiva puede ser considerada confiscatoria.

Tercero: Los daños punitivos también pueden violar garantías constitucionales como la defensa en juicio y el debido proceso. Veamos a qué nos referimos. Si una compañía es castigada durante la tramitación de un pleito con el máximo de la pena prevista en el art. 52 bis, ¿puede otro usuario iniciar un nuevo pleito exactamente igual y pretender una indemnización? ¿Cuántas veces puede una compañía ser sancionada por el mismo hecho? ¿A todos los usuarios les corresponderá la misma indemnización, o la compañía les podrá oponer distintas defensas a cada reclamante?

Cuarto: Por otra parte, cada empresa tiene una realidad distinta, circunstancia que también debe ser analizada al momento de cuantificar el castigo. La misma suma de dinero puede ser absorbida por una firma pero puede determinar la quiebra de otra empresa menos poderosa.

En el derecho comparado hay experiencia respecto a estas importantísimas cuestiones. Por ejemplo, el caso "Philip Morris v. Williams" (18), referido a los daños provocados por consumo de tabaco. Un primer fallo, luego apelado con éxito, le impuso a la tabacalera una multa punitiva que superó en más de 100 veces el valor de la indemnización total. La Corte Suprema de los Estados Unidos también redujo sustancialmente esta condena y dedicó esfuerzos a analizar los aspectos constitucionales derivados de la aplicación de los punitive damages. En EE.UU. hay miles de estos ejemplos, porque hace más de treinta años que los punitive damages están instalados en su economía, y estas cuestiones son permanentemente discutidas. Pero nadie controvierte que todas las empresas los consideran para sus cálculos financieros. En aquel país, y en otros de Europa, el monto de la penalidad surge de un múltiple análisis que los jueces deben hacer antes de firmar sus veredictos: 1) Un estudio de costo-beneficio, y otro de probabilidad de ocurrencia del daño; 2) Un examen acerca de la clase de daños sufridos por la víctima, variando la condena si el daño padecido es puramente económico o si es también físico; 3) Se analiza si la conducta desplegada por la empresa es habitual o constituye un caso aislado. Si los jueces no hacen una estimación acertada del monto del castigo, pueden pecar por defecto, impidiendo que los punitive damages cumplan su finalidad disuasoria o por exceso, determinando la quiebra de una compañía. Por otra parte, también habrán de tenerse en cuenta los aspectos constitucionales que se pueden derivar de su aplicación. Cuando sus montos son realmente elevados, muchos estudiosos sostienen que son violatorios del derecho de propiedad. Todos estos aspectos deberán ser cuidadosamente examinados por los jueces y por los abogados litigantes, puesto que la correcta estimación de su monto es una cuestión de vital importancia. Según nuestra opinión, hubiera sido

preferible no establecer un monto máximo de condena punitiva, dejando que sea la investigación y la prueba aportada por las partes las que determinen la suma aplicable.

Quinto: Otro aspecto importante es el factor de atribución que se utilizará para su aplicación. Nosotros pensamos que debe ser subjetivo, debiendo demostrarse el dolo o culpa grave del agente dañador como requisito para su procedencia. Compartimos, en ese sentido, la opinión de López Herrera (19). Agregamos algunos argumentos. Una correcta armonización de las normas implicadas de la ley 24240 nos fuerza a concluir que los daños punitivos sólo proceden en el marco de la atribución subjetiva de la responsabilidad. El propio art. 52 bis remite al art. 47, LDC., que a su vez dice: "Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b de esta ley". La primera oración alude a la posibilidad de que más de un proveedor sea responsable. Es decir que se admite la posibilidad de que alguno o varios de ellos no sean responsables y, por tanto, queden excluidos de la obligación de reparar. Lo que marca la divisoria entre el grupo de los eventuales proveedores responsables y los que no lo son es la existencia de un factor subjetivo de responsabilidad (dolo, culpa). Si el legislador hubiera querido atribuir responsabilidad objetiva, hubiera utilizado la fórmula del art. 40, que se limita a enunciar como responsables solidarios a todos los integrantes de la llamada "cadena de comercialización". Veamos qué dice el art. 40: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio". Lo mismo puede afirmarse con relación al art. 13, que al definir quiénes son los proveedores obligados a dar garantía los enumera a todos: "Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el art. 11". Es suma: cuando el art. 52 bis, se refiere a los

"proveedores responsables" deja afuera a los que no lo son, marcando una clara diferencia con los arts. 13 y 40, LDC. El art. 49, LCD. también parece abonar esta posición al establecer que "En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el art. 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho". Entonces, para su aplicación y graduación será necesario considerar la intencionalidad de quien ocasionó el daño, siendo muy improbable que sin esa intención dañadora los jueces admitan la procedencia de los daños punitivos.

Sexto: Los daños punitivos son una parte de la teoría económica del derecho, porque parten de la premisa de que los agentes económicos hacen evaluaciones de costo y beneficio con relación a las infracciones que van a cometer en el ejercicio de su actividad. Entre los autores nacionales, Germán Colona ha estudiado esta teoría en profundidad, y su aporte es valioso para comprender un poco más la razón de ser de los daños punitivos. El autor explica cómo actúan las corporaciones económicas al momento de hacer sus cálculos de costo y beneficio (20).

IV. Conclusiones

Sin pretender agotar el tema, que por cierto apenas comienza su presentación en sociedad, conviene hacer una breve reseña de los aspectos más importantes cubiertos en este trabajo.

Uno: Los daños punitivos son valiosas herramientas jurídicas. Tienen un adecuado funcionamiento dentro de economías fuertes y pujantes; sin embargo, son permanentes las críticas y modificaciones que reciben en su tratamiento en cada Estado y en cada instancia judicial. En los últimos quince años el criterio de la Corte Suprema de Estados Unidos parece ir acotando su aplicación a montos más

acordes con la realidad económica del mercado, y con las necesidades de las empresas.

Dos: Los daños punitivos son, al mismo tiempo, un instrumento jurídico y una parte de la macroeconomía de cada país. Es absolutamente necesario comprender esta situación. Tanto los jueces como los abogados de parte deberán acostumbrarse a realizar ecuaciones matemáticas y proyecciones económicas para poder estimar un monto justo y adecuado de aplicación.

Tres: Dados los elevados montos que a veces alcanzan las sanciones punitivas, habrá que ver si la economía de nuestro país y las empresas que la componen tendrán el vigor suficiente como para afrontar este desafío.

Cuatro: Su monto puede variar dramáticamente según cuál sea la estimación que haga cada magistrado. Sin embargo, a modo de acotar la discusión, es conveniente tomar nota de los criterios que utilizan en la actualidad otros países con mayor experiencia y tradición en esta materia.

Cinco: Al utilizar los daños punitivos se deben considerar sus aspectos constitucionales. En particular, hay que poner el acento en lograr una vecindad pacífica entre el novísimo instituto y los derechos constitucionales de propiedad, defensa en juicio y debido proceso.

Seis: Asimismo, habrá que aguardar para saber qué tipo de estimaciones utilizarán los jueces para determinar su cuantía.

Por último, si aspiramos a que el instituto sea útil para mejorar las relaciones de consumo en nuestro país tendrán que evitarse sus dos excesos más temidos. El primero, la reticencia judicial para aplicarlo. El segundo, la ligereza para su cuantificación. En un caso las grandes corporaciones continuarán haciendo de las módicas inversiones una fuente de rentabilidad. En el otro, algunos usuarios y sus leguleyos se enriquecerán sin motivo noble. Por el momento, dada

la complejidad del tema y la importancia que puede tener en los años venideros, nos conformamos con darle una cautelosa bienvenida a este instituto.

Referencias Bibliográficas:

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (1) En idioma original: punitive damages.

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (2) No son una indemnización por daños sufridos ni tienen por finalidad mantener la indemnidad de la víctima, objetivo que se consigue con la acción común de daños de carácter netamente resarcitorio, o, como diría la terminología estadounidense, compensatoria. Sin embargo, es probable que tangencialmente indemnicen, como sería el caso en que en tal o cual país exista una infracompensación por razones distintas (política legislativa, dificultad probatoria, deficiencias judiciales, etc.). Todo sistema jurídico indemniza sólo ciertos daños porque la indemnización de todos los daños a todos los damnificados puede hacer llegar la responsabilidad al infinito. Por ejemplo, en algunos sistemas el daño moral se indemniza sólo cuando existe un delito criminal, o bien no se indemnizan los daños morales en los contratos, como era el sistema argentino antes de la reforma de la ley 17711. Si bien no puede hablarse de que tomen el lugar del daño causado, sustituyendo el perjuicio por un equivalente, los daños punitivos sí pueden ser catalogados como una "reparación". Reparar, del latín reparare, quiere decir también "desagraviar, satisfacer al ofendido" y "remediar o precaver un daño". Y el Código Civil argentino, como el español y el francés, manda "reparar" el daño (López Herrera, Edgardo, "Los daños punitivos", Ed. Abeledo Perrot, 2008, ps. 20/21).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (3) En Estados Unidos los punitive damages tuvieron a lo largo de su evolución que, sin embargo, no estuvo exenta de excesos memorables pero de racionalidad olvidable. Por ejemplo, en el año 2005, en la causa "Roy L. Pearson v. Chung", un consumidor (Mr. Pearson) demandó al tintorero (Mr. Chung) por la suma de U\$S 67.000.000 por sentirse afectado por la pérdida de un par de pantalones, y por supuestas infracciones cometidas por Chung y su familia a la Ley de Defensa del Consumidor vigente en Washington DC. La demanda fue desestimada, desde luego, y el patrocinante que la activó (el propio Pearson, que es o era abogado) fue sancionado por el juez de la causa (lo que en nuestro derecho se conoce como demanda maliciosa) Pero, sin embargo, el castigo más duro al leguleyo exagerado se lo propinaron sus propios colegas: todas las revistas jurídicas especializadas lo consideraron como un patético ejemplo de lo que ellos llaman el juicio frívolo; con ese mote se hizo mundialmente famoso. El lector interesado en consultar este fallo completo puede ver Superior Court Of The District Of Columbia Civil Division, "Pearson v. Chung", docket n. 05, CA 4302 B, calendar 7, june 25, 2007, juez Bartnoff (se puede acceder fácilmente a él utilizando cualquier buscador de internet).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (4) "In economic models of liability, 'perfect compensation' leaves the victim indifferent between no harm and harm with compensation. In other words, perfect compensation restores the victim to the same indifference curve as if no injury had occurred. A liability system with perfect compensation would make victims indifferent about the behavior of injurers. If victims are indifferent, then injurers should be free to decide how to act. These facts pose the theoretical question, 'Why not permit everything and hold injurers liable for the consequences?' To develop the foundation for a theory of punitive damages, I will sharpen this question and answer it" (Cooter, Robert

D., "Punitive damages, social norms and economic analysis"; ver artículo publicado en www.law.duke.edu).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (5) Court of Appeal, Fourth District, Division 2, California, "Richard Grimshaw v. Ford Motor Company", n. 20095, 29/5/1981.

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (6) "To understand deterrence, consider the parallel between victim's compensation and injurer's disgorgement. Disgorgement makes the injurer give up his (p. 77) gains from the injury. 'Perfect disgorgement' is a sum of money that leaves the injurer indifferent between the injury with liability for damages or no injury. In other words, perfect disgorgement restores the injurer to the same indifference curve as if no injury had occurred. Damages that exceed the amount required for perfect disgorgement are extra-disgorging. Extra-disgorging damages make the injurer worse off than if he had not committed the injury" (Cooter, Robert D., "Punitive damages..." cit., en www.law.duke.edu/journals/lcp/).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (7) En la doctrina argentina, que otrora brindara al mundo de habla hispana impares contribuciones jurídicas y maestros de talla internacional, últimamente ha prosperado una tendencia acrítica -en ocasiones, hasta obsecuente- que ha llevado a aplaudir irracionalmente cualquier novedad, sin detenerse a analizar si se trata de un buen aporte -los que suelen ser escasos en nuestro país en este tiempo- o un simple dislate -los que en los últimos años abundan- (López Mesa, Marcelo J., "Elementos de la responsabilidad civil", Pontificia Universidad Javeriana, Ed. Diké, 2009, p. 229).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (8)

"Under such a system, detecting and prosecuting torts is the job of the victim. The higher the damages he receives when successful, the greater his incentive to find and convict those who have committed torts against him" (Friedman, David, "An Economic Explanation of punitive damages"; para ver el artículo completo, acceder a www.daviddfriedman.com/academic/Punitive/Punitivehtm).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (9) Corte Sup. EE.UU. de A., "State Farm Mutual Auto Insurance v. Campbell", 538-408 (2003).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (10) "It should be presumed a plaintiff has been made whole for his injuries by compensatory damages, so punitive damages should only be awarded if the defendant's culpability, after having paid compensatory damages, is so reprehensible as to warrant the imposition of further sanctions to achieve punishment or deterrence" (id., at 575, juez Kennedy, "who delivered the opinion of the Court").

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (11) "Now cases of this nature and the legal theories behind them are not simple excesses that need some reform. I think that strike at the heart of a competitive economy. The use of cost benefits analysis, employing guidelines to constrain costs, maintaining or enhancing output by using less expensive components, these are the engines of economic growth in the U.S. and around the world" (George Priest, professor of Law, Yale Law School).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (12) "What jurors should do (rationally) is compare the expected benefits with the costs before the accident, rather than being in insight position of saying we have an identified victim, and there is a certainty

of death after the Fact. The company did not know beforehand that this was going to be the case. The central theme of this paper is that juries do a very bad job in figuring out when to award punitive damages" (W. Kip Viscusi, Jr., John F. Cogan, Jr. professor of Law & Economics, Harvard Law School).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (13) "An alternative way in which the legal system might deal with torts of varying elasticity World be to vary the amount paid by the tortfeasor but not the amount received by the victim. This would correspond to a system of ordinary damages supplemented by fines" (Friedman, David, Fellow in Law and Economics, University of Chicago Law School, "An Economic Explanation of Punitive Damages").

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (14) "En primer lugar, deja al arbitrio de un solo hombre la fijación del monto de esta multa. En segundo no brinda pautas claras, objetivas y previsibles de cómo se establecerá dicha multa. Los únicos parámetros que da son que la multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que equivale a decir que quien la imponga la fijará como él crea mejor, es decir, según su particular arbitrio. De ahí a la discrecionalidad no hay ni un solo paso, porque ya se está plenamente en su terreno" (López Mesa, Marcelo J., "Elementos..." cit., ps. 230/231).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (15) "En suma, se trata de una ley que esperemos pronto sea derogada, aunque en tanto el gobierno siga siendo el mismo bajo cuya admonición se dictó, ello resultará difícil" (López Mesa, Marcelo J., "Elementos..." cit., p. 231).

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=> (16) No

puede soslayarse que la forma en que se plasmaran los daños punitivos en la reforma de la ley 24240 según alguna doctrina es muy deficiente (En ese sentido, ver López Mesa, Marcelo J., "Elementos..." cit., p. 230).

[https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=\(17\) Corte Sup. EE.UU. de A., "Exxon Shipping Co. et al. v. Baker et al.", Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit Argued February 27, 2008, decided June 25, n. 7-219, 2008.](https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=(17) Corte Sup. EE.UU. de A., \)

[https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=\(18\) Corte Sup. EE.UU. de A., "Philip Morris USA, Petitioner v. Mayola Williams", personal representative of the Estate Of Jesse D. Williams, deceased on writ of certiorari to the Supreme Court of Oregon, 20/2/2007.](https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=(18) Corte Sup. EE.UU. de A., \)

[https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=\(19\) "Pero en lo que hace al daño punitivo no puede existir responsabilidad objetiva, pues por definición es una pena privada en la que el factor de atribución es subjetivo y agravado" \(López Herrera, Edgardo, "Los daños..." cit., p. 363\).](https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=(19) \)

[https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=\(20\) El supuesto es que los agentes económicos que evalúan cometer una infracción comparan esencialmente el beneficio privado que derivan de ella \(b\) con el costo de la multa que tendrán que pagar \(m\), multiplicado por la probabilidad de ser detectados y multados \(p\). Un infractor racional, por lo tanto, incurrirá en una infracción siempre que "b sea mayor que p.m", y no incurrirá en ella si "b es menor que p.m". Si el objetivo del Estado es inducir al mobile infractor para que no lleve a cabo el hecho ilícito en cuestión, tiene dos maneras básicas de generar dicho comportamiento: o bien establecer una multa](https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=20&docguid=(20) El supuesto es que los agentes económicos que evalúan cometer una infracción comparan esencialmente el beneficio privado que derivan de ella (b) con el costo de la multa que tendrán que pagar (m), multiplicado por la probabilidad de ser detectados y multados (p). Un infractor racional, por lo tanto, incurrirá en una infracción siempre que \)

elevada por la infracción (de modo que, aunque "p" sea baja, "p.m" sea lo suficientemente alto como para que supere el valor de "b"), o bien puede efectuar acciones preventivas y disuasorias que incrementen la probabilidad de detectar y sancionar infracciones (de modo que aunque "m" sea relativamente baja, se dé que "p.m" sea igualmente mayor que "b" (Colona, Germán, "Análisis económico del Derecho", Ed. Ciudad Argentina, 2001, p. 256).

La libertad de expresión vs. el derecho al honor ¿Cómo superar el conflicto?

por Fernando Shina

Disponible en: <https://ar.lejister.com/>

Cita online: IJ-XL-388

[Consultado el: 07/07/2021]

Sumario:

I. Distintos aspectos de la libertad de expresión. II. Teorías que explican la libertad de expresión.

“Si reflexionamos sobre la naturaleza del sistema republicano, es necesario concluir que la censura es una facultad que tiene el pueblo sobre el gobierno, y no una facultad que tiene el gobierno sobre el pueblo”.

*James Madison
Cámara de Diputados de los Estados Unidos, 1794*

I. Distintos aspectos de la libertad de expresión.

1) Hay tres relaciones que hay que diferenciar cuando se habla de libertad de expresión, particularmente la libertad de expresión de los medios masivos de comunicación que luego vuelcan en el mercado en cada publicación. Son tres categorías conflictivas, tanto por sus asimetrías internas, como por el tratamiento legal diverso que requieren para superar las tensiones que de ellas surgen.

(i) Primera: conflictos que surgen cuando los medios de comunicación informan sobre personajes públicos o sobre sucesos de notable interés social;

(ii) Segunda: conflictos que surgen cuando los medios se refieren a personas que no revisten la calidad social de ‘personajes’;

(iii) Tercera: conflictos que surgen cuando los medios de comunicación se refieren a personajes públicos, pero sobre asuntos que no hacen a la actividad a la que deben su fama o notoriedad. En otras palabras, esta relación se refiere a la vida privada de las personas públicas.

Porque, según sea la relación de pares que se enfrentan, distinta va a ser la composición de fuerzas de unos y de otros. Por ejemplo, un personaje público puede ser más poderoso que una cadena televisiva. Puede detentar un poder, provisorio pero exagerado, que le permita dañar a ese medio (censura, pautas publicitarias, etc.). Las leyes en general, tienden a proteger a lo más débiles de las relaciones jurídicas, ensanchando sus derechos y restringiendo los del más fornido.

2) Los medios de Comunicación vs. los personajes públicos (en especial políticos) En el caso de la primera de las relaciones que mencioné, en la cual se enfrentan los medios de comunicación con los personajes públicos, una sabia y ya vieja construcción jurisprudencial resolvió la cuestión a través de la creación de la llamada doctrina de la “real malicia” (actual malice, en su idioma original). En breve, para no referirme tan extensamente a un fallo que hoy reviste la categoría de mito, diré que en el año 1964, en el marco de la causa *The New York Times vs. Sullivan*, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió con perdurable firmeza que la prensa, enfrentada al funcionario público poderoso, y muchas veces irritable, debía ser robustecida y amparada de manera excepcional. Es decir, en la primera de las relaciones enfrentadas, la asimetría de fuerzas fue resuelta – afortunadamente- a favor de la prensa. En síntesis: la publicación cuestionada al prestigioso diario contenía noticias, inexactas (eufemismo de falsas) acerca del accionar la policía durante una marcha a favor de los derechos civiles, liderada por Martin Luther

King. Cuando el asunto llegó a la Corte, luego de dos derrotas en las instancias inferiores, los magistrados del Máximo Tribunal dijeron:

(i) A pesar del contenido difamatorio de la nota, no proceden las indemnizaciones requeridas a menos que se demuestre el estado de real malicia del medio.

(ii) La real malicia es una categoría legal que impone, como requisito ineludible para que proceda la obligación de reparar, que la información haya sido publicada con intención de difamar o con absoluta negligencia para chequear su verdad o falsedad.

(iii) Las publicaciones erróneas, o aún las exageradas son habituales en la actividad que desarrolla la prensa. Pero aún así, debe protegérselas.

(iv) Los ciudadanos deben criticar a quienes los gobiernan, y sus críticas deben ser protegidas, más allá de que sean verdaderas o falsas.

(v) El interés público supera al interés del gobernante de turno.

(vi) Es aconsejable autorizar la publicación de una nota falsa. También ellas encuentran protección a la luz de la Primera Enmienda Constitucional.

(vii) Lo contrario evitaría que muchas otras publicaciones verdaderas no salieran a la luz por temor a ser censuradas o económicamente castigadas.

(viii) Debe limitarse al Estado su capacidad de iniciar acciones judiciales contra la prensa por eventuales difamaciones que se refieran a la actuación oficial de los funcionarios de un gobierno determinado.

Sus críticos dicen que esta doctrina judicial fue excesiva, y de hecho con el correr del tiempo una nueva interpretación jurisprudencial ha ajustado un poco estos criterios extremos. El punto más débil de la doctrina de la real malicia es que ya no se puede investigar la verdad o falsedad de una publicación, sino la intención que el medio tuvo al publicarla. En los hechos, este estándar tan elevado crea un verdadero bill de impunidad a favor de los medios de comunicación. Como anécdota, a casi 40 años de aquél fallo, uno de los jueces que formó parte de esa Corte Suprema de Justicia, manifestó estar arrepentido del veredicto porque le abrió paso a ciertos excesos de la prensa.

Pero, a pesar de los posibles excesos o abusos, que la interpretación judicial irá ajustando día a día en sus nuevos fallos, lo cierto es que el enfrentamiento entre los personajes públicos, en particular políticos, y la prensa es resuelta a favor de ésta última.

La política, la prensa libre, los políticos y la prostitución. Otro caso – muy reciente - que sirve para describir la difícilísima relación que hay en los personajes públicos y los medios de comunicación fue el llamado Escándalo de la Prostitución, del que se informó, también en el New York Times en el año 2008. La publicación trataba sobre la escandalosamente divertida vida privada de un personaje público. El protagonista del enredo fue el Ex Gobernador del Estado de Nueva York, Mr. Eliot Spitzer. Este funcionario era muy respetado por la población porque se había convertido en un cruzado en la lucha contra la prostitución. Había logrado pasar leyes muy estrictas que eximían de sanción a las prostitutas mientras que aplicaba rigurosos escarmientos contra quienes requerían sus servicios. Es muy importante señalar que la impronta moralizadora del buen Eliot era su carta de presentación en sociedad, y uno de los principales ejes de su discurso político. El único problema de Mr. Spitzer, y de sus electores por cierto, fue que al funcionario le resultaba más fácil luchar contra la prostitución cuando entraba al Congreso, que cuando salía de su trabajo, y no siempre volvía a su casa. Lo cierto que en el medio de una cobertura mediática espléndida, liderada por el New York Times,

se supo que este superhéroe adulterado de la moral pública era habitué de una carísima y exclusiva agencia que promocionaba el servicio de compañeras lujosas y provisorias. Los informes de la prensa americana dicen que Spitzer llevaba gastados unos U\$ 80.000 en ese divertimento, en los pocos años que duraba su carrera política, primero como Procurador General y luego como Gobernador Estadual. Ni bien la noticia salió a la calle, calentó la primera plana de todos los periódicos, enfrió las sábanas del playboy oficial, y congeló su carrera política para siempre. El escándalo de la prostitución –así lo titulaban los diarios – estalló un 10 de marzo de 2008. Eliot Spitzer presentó su renuncia el 12 de marzo de ese mismo año. Era el gobernador del Estado de Nueva York, uno de los cargos más importantes dentro de la burocracia administrativa de los Estados Unidos.

Me interesa analizar el caso Spitzer, en línea con las ideas que venimos desarrollando. Es preciso examinar entonces si hubo una colisión entre los derechos de libre expresión de la prensa y la intimidad o vida privada de un funcionario público. En mi opinión son tres los aspectos que debemos cubrir para comprender este asunto que sirve para ver cómo funciona esa relación entre la prensa y los hombres públicos.

(i) Lo primero que hay que determinar con exactitud es si los 80 mil dólares eran del propio Spitzer o habían salido del erario público. Según la crónica, ese dinero pertenecía al patrimonio personal del funcionario, con lo cual se descarta la comisión de otro delito distinto, toda vez que no hubo perjuicio alguno para las cuentas fiscales de su país.

(ii) Luego, es preciso echar una mirada - rápida y discreta – sobre la intimidad sexual del personaje, sin analizar la cuestión de la prostitución que sí está incluida en este caso. Esa intimidad, como expresión o conducta de un sujeto libre, está protegida por la ley como un derecho personalísimo. Por lo tanto, el costoso divertimento de Eliot no es reprochable en sí mismo. Repito: sin considerar la

trama delictual que eventualmente puede seguirse por tratarse de un caso de prostitución. Dejo de lado esta cuestión, no porque carezca de la importancia que efectivamente tiene sino por la sencilla razón de que aún en el supuesto de que las muchachas no hubieran sido prostitutas la noticia igualmente hubiera ganado la calle con los mismos resultados. Pero, una vez más, la intimidad sexual del sujeto que sí es un derecho personalísimo que todos tenemos, en este caso no podía serle opuesta con éxito a la libertad de expresión del medio que publicó el escandaleta. Sin embargo, sostengo que no fue este el problema principal que motivó la renuncia del dirigente.

(iii) A mi modo de ver, el problema central del caso Spitzer no es ni el dinero gastado, ni la intimidad sexual afectada. La cuestión es más profunda. Eliot Spitzer era un político al que sus electores venían votando en base a sus atributos morales. En sus discursos de campaña electoral, la moral pública y la lucha contra la prostitución, ocupaban un lugar de privilegio. Había hecho de la lucha contra la prostitución un programa político con aspiraciones electorales mayores. En suma: lo que privó a esa intimidad de un amparo legal fue la mentira, que una vez detectada por la prensa –vale decirlo– no se privó de ninguna indiscreción. En el escándalo Spitzer se privilegió la Fe pública sobre la privacidad del hombre público. Se quiso impedir que un político le mienta sin consecuencias a las personas que lo votan. En aquellos países que son verdaderamente libres, la privacidad de los hombres públicos se achica y la República se ensancha. Mr. Eliot Spitzer tuvo un último reflejo de prudencia que quizás a nosotros nos parezca de gran originalidad: renunció a su cargo político inmediatamente. Simplemente dijo: No puedo permitir que los errores de mi vida privada afecten mi trabajo para la comunidad que represento. Durante toda mi carrera política siempre insistí, y creo que con razón, que las personas deben ser responsables por sus actos. No me voy a excusar de esta regla. Por esa razón renuncio a mi cargo de Gobernador. Ninguno de sus asesores salió a lanzar diatribas contra la prensa, ni a denunciar maniobras políticas, ni campañas sucias. En las Democracias libres la mentira es un asunto serio, y el enojo de los mentirosos una burla que no hace reír a nadie.

La intimidad protegida de los personajes públicos. Toca ahora analizar si el hombre público tiene, frente a la prensa, alguna forma de intimidad que le sea reservada. La respuesta, desde luego, es afirmativa. No hay derechos absolutos, como bien lo señalan incontables veredictos de los Tribunales Superiores de todo el mundo. Y la libertad de expresión no lo es tampoco. Muchas veces este derecho cede frente a otros, como el honor, la privacidad y la intimidad de las personas, aún de los personajes públicos. En nuestra jurisprudencia hay un caso emblemático de la Corte Suprema de la Nación que describe esta situación, y determina cómo se equilibran ambos derechos en puja. Se trata del caso Indalia Ponzetti de Balbín vs. Revista Gente – Editorial Atlántida. Este expediente judicial, cuyo veredicto fue dictado en diciembre del año 1894, trata sobre la demanda que la viuda del líder radical le entablara a la conocida revista de actualidad. El sumario de los hechos indica que reporteros de ese medio tuvieron la desagradable idea de tomar una foto donde se mostraba al Dr. Ricardo Balbín en terapia intensiva donde recibía las últimas atenciones de su vida. La foto luego fue presentada en la tapa del semanario popular y chimentero. Los familiares del líder político presentaron la batalla legal alegando que la publicación les ocasionaba un padecimiento adicional al que supone la pérdida de un ser querido. La Corte Suprema, en un fallo que a la postre sentó las bases de una doctrina judicial, determinó que la intimidad de las personas públicas debe estar protegida frente a los avances de los medios de comunicación. Entre otras cosas el tribunal dijo, y cito textualmente:

(i) Las personas célebres, los hombres públicos tienen, por lo tanto, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada. Según lo juzga acertadamente el a quo, el interés público existente en la información sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín en su última enfermedad no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió al publicarse revelaciones "tan íntimas y tan inexcusables en vista a la posición de la víctima como para ultrajar las nociones de decencia de la comunidad" (Emerson, op. cit. ps. 552/553).

(ii) Tal alegación ha sido desestimado por el a quo sobre la base de que la libertad de prensa no justifica la intromisión en la esfera privada, aun cuando se trate de la correspondiente a un hombre público, y sin desconocer que mediaba un interés general en la información acerca del estado de salud de tan importante personalidad política.

(iii) Que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida, no han fomentado las indiscreciones ni por propia acción, autorizado, tácita o expresamente la invasión a su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones.

En conclusión, y para dar respuesta al tercero de los dilemas propuestos al comienzo de esta exposición, se puede afirmar que si una persona es famosa por determinado aspecto de su vida, su privacidad se reduce en todo lo relativo a esa actividad, pero permanece intacta en los otros ámbitos. En otras palabras: la prensa tendrá más protección cuando tenga que informar sobre sucesos que hagan a la notoriedad del personaje, pero perderá todo privilegio cuando deba informar sobre aspectos que hagan a la vida privada de esa persona.

II. Teorías que explican la libertad de expresión

La enorme complejidad que propone el concepto de libertad de expresión debe ser examinada a través de distintas concepciones filosóficas, que van desde las más extremas en su aceptación hasta las más restrictivas. Las primeras y las últimas, como suele ocurrir con los extremos opuestos, terminan por derogar aquello que defienden sin

limitación. Porque todos los extremos están dominados por una suerte de conciencia pírrica que los hace vulnerables.

a) Teoría del Daño. John Stuart Mill, filósofo inglés que vivió durante casi todo el Siglo XIX es, sin dudas, uno de los máximos exponentes de las teorías extremas a favor de la libertad de expresión. En su libro *On Liberty*, se desarrolla sin ninguna timidez su punto de vista extremo. Básicamente, este inglés postula:

(i) La libertad de expresión debe ser absoluta.

(ii) La libertad de expresión abarca la inmoralidad.

(iii) La tolerancia a la expresión repugnante es lo único que garantiza la verdadera existencia un derecho a expresarse libremente.

(iv) Lo único que autoriza una restricción a la libertad de expresión por parte del Estado es si de la expresión libre se derivan daños para materiales o personales para los terceros.

En otras palabras, esta doctrina extrema termina por negar la existencia de otros derechos personalísimos como el honor, o la intimidad; ellos siempre perderían en un eventual concurso con la libertad de prensa. Es muy difícil, sino imposible, que un discurso o una expresión de la palabra causen daños materiales. De forma tal que esta teoría extrema podría derogar la noción de derecho personalísimo al no reconocerle capacidad de defensa frente a los avances de otros derechos.

b) Teoría de la Ofensa. Autores más moderados que Stuart Mill pensaron que las ideas del inglés eran un poco exageradas. Por ello, formularon esta teoría intermedia que corre un poco el límite establecido por Mill, según el cual es necesario que se produzca un daño material para que una expresión pueda ser censurada. Para la formulación intermedia, alcanza con que la palabra dicha tenga la capacidad de ofender a otra persona, de ocasionarle un padecimiento

de tipo espiritual. En definitiva, para que una indemnización sea viable no requiere la existencia de un daño material, pudiendo ser indemnizado lo que entre nosotros se conoce como daño moral. Esta posición, se hace cargo de un problema real que afecta definitivamente el planteo teórico de Stuart Mill: la posibilidad de que existan muchas personas ofendidas sin que hayan sido dañadas en el sentido estricto de esa palabra. Por eso, para aliviar esa exigencia tan elevada, esta teoría establece que para poder acceder a una indemnización no hace falta demostrar el daño material, sino que alcanza probar el padecimiento espiritual o el daño moral. Para ser precisos, estos teóricos le exigen a la ofensa, como requisito para que sea base de una acción indemnizatoria, que afecte valores de un número representativo de la sociedad.

Como siempre ocurre, al momento de formular precisiones las teorías se enredan y demuestran su vulnerabilidad. Veamos los profundos baches que esta posición tiene. Formulemos la siguiente pregunta: ¿Qué ocurre si lo que ofende a una persona no lesiona los valores éticos medios de una sociedad? Voy a poner un ejemplo concreto que cualquier lector puede comprobar fácilmente. Un programa de televisión cuyo contenido es la banalidad indecente y la grosería repetida tiene, por regla, un altísimo rating. Es decir, que la sociedad en gran parte no solamente no se ofende sino que consume alegremente descaros, estimulando con esa conducta que los productores de televisión aumenten la intensidad de la insolencia en cada emisión. Por lo tanto, si una persona resulta ofendida por los dichos de un programa de esta naturaleza, su tormento no sería legalmente suficiente para ser causa de una acción de daños y perjuicios. Porque sencillamente esa ofensa no afecta a una parte de la sociedad. Más bien todo lo contrario.

c) El derecho y la libertad de Expresión. El magistrado, además de tener que leer cuestiones de filosofía, debe resolver graves asuntos que diariamente se le presentan. Lo cierto es que las teorías de Stuart Mill, y sus morigeraciones no le alcanzan para unos porque su exageración es derogatoria casi todos los derechos constitucionales

que no sean el de expresarse libremente. Los otros porque las probanzas de las mayorías y minorías ofendidas podrían dejar el bando de los ofendidos sin ningún consuelo ni indemnización. Por eso, los constitucionalistas han dicho que en la familia de derechos constitucionales todos conviven bajo un mismo techo, y las preferencias se reparten provisoriamente. En otras palabras: el caso concreto, con las circunstancias concretas es lo que determina la primacía de un derecho sobre el otro. El único principio que es absoluto es aquél que postula que no hay derechos absolutos. En un caso, como en Ponzetti de Balbín, prevalecerá la privacidad del individuo, en otro como Sullivan, triunfará la libertad de expresión. En un caso se aplicarían las reglas de la real malicia para proteger a la prensa, y en el otro se las quitarían para proteger a los individuos. Por regla, los Estados Autocráticos son más severos en materia de libertad de expresión que los Democráticos. Pero, aún entre éstos últimos, habrá gobiernos más tolerantes y educados que otros con la prensa y el valor que ella representa para una república. Habrá jueces más permisivos que otros. En definitiva, la libertad de expresión y sus restricciones es materia de tanto debate y tan poca precisión que habrá que darle, en parte, la razón a autores como Stanley Fish cuando afirman que la libertad de expresión como tal, es más una conquista política que un valor en sí mismo.

Aplicación de esta teoría a los casos reales.

La marcha nazi de Illinois. Un ejemplo práctico de cómo se articulan los postulados teóricos con los casos concretos puede verse en un caso que fue real y famoso: la marcha nazi de Illinois. Todo sucedió mientras un grupo de intolerantes, buenamente tolerados por el resto de la sociedad, y cándidamente protegidos por la Primera Enmienda Constitucional, se disponían a marchar portando esvásticas y otros signos del horror. Deliberadamente, la marcha iba a atravesar un sector del pueblo cuyos habitantes eran mayoritariamente judíos. No estaba previsto que los militantes dieran un discurso, sino que se limitarían a pasear por el lugar portando los símbolos nazis. Ni bien la existencia de esta marcha se hizo conocida, intervino en la justicia. La

Corte Suprema de Illinois tuvo la prudencia de evitar la marcha, alegando que la restricción era necesaria para evitar que la provocación produjera incidentes y hechos sangrientos. En resumen: el tribunal actuó para prevenir un daño potencial antes que un daño concreto. El fallo toma cierta distancia de los postulados extremos de Stuart Mill, pero no se acerca demasiado al corazón de los otros derechos personalísimos en pugna.

Veamos cuáles son las cuestiones que no quedan resueltas.

(i) ¿Cuál es el punto de inflexión para impedir la marcha? ¿Los peligros eventuales que se derivan de cualquier provocación, o la ofensa segura que padecerían los habitantes del lugar?

(ii) ¿Si existiera la certeza de que los habitantes del lugar no reaccionarían violentamente contra la marcha, habría que prohibirla de todas maneras?

En mi opinión, si lo que justificó la restricción fue el peligro eventual de una reacción popular, el fallo queda atrapado en la red de exageraciones de Stuart Mill. Porque por contraposición lógica formal, deja al derecho al honor sin ninguna protección. Esto así, porque ante la certeza, o con la fundada sospecha de que los habitantes no reaccionarían, todo el argumento del fallo caería. En síntesis: no se laudó en favor del honor de los habitantes, sino para evitar un daño probable. El bien jurídico tutelado fue la seguridad de las personas, y no el derecho personalísimo al honor. En su desarrollo extremo, los postulados de Mill conducen a la negación de todo derecho personalísimo que no sea el de expresarse libremente. Consagra una categoría de derechos que ninguna Constitución puede admitir: los derechos absolutos. Pero, felizmente, los tribunales de todos los países –incluido el nuestro - han hecho una adecuada interpretación legal y han manifestado que no existen en la constitución derechos que tengan un amparo absoluto.

Caso Noam Chomski y Robert Faurisson: ¿Hay que defender la libertad de expresión del pensamiento que odiamos?

Veamos algo de los personajes a los que seguidamente me voy a referir. Noam Chomsky nació en 1928, en Filadelfia, Estados Unidos. Fue criado y educado en el seno de una familia de fuerte tradición judía. Se doctoró en ciencias lingüísticas en la Universidad de Pennsylvania. Actualmente es profesor emérito de Massachusetts Institute of Technology, que es considerada una de las universidades más prestigiosas del mundo. Chomsky, algo así como una leyenda viva en el mundo académico, es el autor más citado en los ensayos sobre filosofía del siglo XX.

Robert Faurisson nació en 1929 en Francia. Es profesor de literatura en alguna universidad ignota de Francia. Escribió algunos artículos, y muchas cartas a los diarios. En verdad, su aporte al mundo de las ideas es mucho más corto que su prontuario policial. Debe toda su fama a ser un negador habitual del Holocausto, y del uso de las cámaras de gas para el exterminio de judíos durante la Segunda Gran Guerra. Es autor de una cita que ningún académico serio cita: « Hace más de treinta años que estoy esperando que alguien me muestre, alguna vez, una de esas cámaras de gas ». En 1991, a raíz de esa declaración fue echado de la universidad donde dictaba clases. En el año 2006, por la misma causa, fue condenado a 3 meses de prisión en suspenso y al pago de una multa de de EU. 7.500. El lector ya habrá podido apreciar, entre Chomsky y Faurisson no hay ninguna afinidad ideológica, ni intelectual ni humana.

En el año 1980 Chomsky firmó una petición en favor de Faurisson. En ella se solicitaba que se autorizara al profesor francés a publicar libremente sus ideas. Chomsky, por su condición de celebridad, firma cientos de peticiones por año, todas en defensa de los derechos humanos. El asunto tomó vuelo internacional en el mundillo académico de Francia, donde no podían creer que el americano judío estuviera firmando un documento a favor del francés antisemita. Chomsky, para atenuar el escándalo trató de explicar que

no había ninguna contradicción entre su pensamiento y la petición que firmaba a favor del pensamiento de Faurisson. Siguiendo el pensamiento extremo de Stuart Mill Chomsky explicó que lo único que violentaría sus propios principios sería no apoyar a Faurisson. En un escrito que publicó a raíz del escándalo académico explicó su punto de vista. La libertad de expresión debe ser respetada a rajatabla, aún cuando la opinión mayoritaria sea la opuesta. Precisamente si lo es, se hace más necesario proteger a la opinión minoritaria o menos popular. Porque el derecho de expresión es la obligación legal de tolerar la opinión disidente, minoritaria, y aún la que resulta repugnante para una mayoría. Se trata de evitar la tiranía de la multitud, el pensamiento homogéneo, la opinión abrumadora, la idea imitada, la adicción al gobierno, y el gobierno adicto a la muchedumbre mansa. Es preciso escuchar al que pensamos que está maldito. Es probable que deba parte de su descrédito a la superstición colectiva, o la moda de las ideologías que inevitablemente pasarán de moda. Puede ser que el maldito también diga la verdad, o una parte de ella, o algo distinto pero que modifica el dogma. También puede ser todo lo contrario, ser un verdadero enemigo del buen razonamiento, sin que sea necesario adherir a su pensar. Pero en todo caso, hay pocos argumentos para callarlo.

Ley 24.240. 17º Aniversario. Una adolescencia traumática

por Fernando Shina

Disponible en: <https://ar.lejister.com/>

Cita online: IJ-XL-892

[Consultado el: 07/07/2021]

Sumario:

I. Evolución Histórica de la 24.240. II. El Daño Directo.

I. Evolución Histórica de la 24.240.

El 15 de octubre de 1993, la Argentina da un paso histórico en materia de Derecho del consumidor; en esa fecha, se convierte en ley positiva el primer Estatuto de Defensa del Consumidor de nuestro país; de esta manera, nos ubicamos junto a las naciones – principalmente europeas, y de América del norte - que incluyeron a las relaciones de consumo dentro de su agenda, política primero y luego legislativa (2). Porque, más allá de toda controversia, es innegable que el derecho del consumo, por la fuerte intervención oficial que requiere, es una cuestión de Estado. Este verdadero código, constituye un cuerpo normativo de 65 artículos; pero, sin dudas, la Ley N° 24.240 es mucho más que eso y sus principios superan en valor el conteo aritmético de las normas que la integran. En mi opinión, debido a la cantidad de reglas que esta ley incorpora a nuestro derecho privado, es la más importante de la última mitad de siglo. Desde 1968, año en que fue sancionada la famosa Ley N° 17.711, ninguna otra norma le impuso a nuestra legislación civil de fondo un cambio tan profundo, tan marcado, tan irrevocable. Ni tan saludable, por cierto. Por eso, el festejo de esta adolescencia debe ser

celebrado con entusiasmo, confiando en que la joven ley está cumpliendo con las expectativas de quienes la vimos nacer hace diecisiete años.

Sin embargo, sin que esta circunstancia me cause asombro o descontento, no todos los estudiosos están conformes con la aparición de la Ley de Defensa al consumidor, y su incorporación al derecho positivo argentino. Tampoco saludó con encanto su presentación en sociedad el sector empresario que —con razón— vio en esta ley los peligros de un profundo cambio en las relaciones entre los proveedores de bienes y servicios y consumidores de esos bienes. La preocupación se debe que el cambio es hondo, y ya no tiene vuelta atrás. Y también porque las inquietudes de los empresarios suelen llegar a los oídos del poder mucho antes que las quejas de millones de consumidores. Es preciso recordar que a principios de los años noventa, la discusión entre los que apoyaban las economías más liberales, y quienes auspiciaban una intervención mayor del Estado en el mercado, era fuerte; la Ley N° 24.240, que se gestó en ese contexto histórico, no estuvo ausente de esa puja. Más bien lo contrario: de esa lucha salió lastimada, y con dos amputaciones dolorosas que la dejaron en estado de coma por varios años. (El lector quizás no recuerde que la Ley N° 24.240, en su primera versión, fue promulgada por el Poder Ejecutivo de entonces con el veto de dos de sus artículos más importantes, el 13 y el 40, que recién vieron la luz en el año 1998 con la reforma de la Ley N° 24.999).(3) En ese sentido, es instructivo repasar el encendido discurso que pronunciara el Maestro Jorge MOSSET ITURRASPE en las primeras Jornada Internacional sobre derecho del Consumidor, en la Universidad Nacional de la Plata, en octubre de 1991) (4).

Es tan importante esta norma que si le pido al lector que piense en cinco ejemplos de relaciones jurídicas, que a su vez no sean relaciones de consumo, seguramente tendrá que hacer un gran esfuerzo para armar esa lista, si es que finalmente llega a terminarla. El derecho del consumo, como alguna vez dijera el Presidente KENNEDY, nos abarca a todos porque todos somos consumidores,

aún quienes profesionalmente prestan servicios o producen bienes, en algún momento del día los consumen y los utilizan. El concepto de consumidor es universal (5).

Son numerosos los tradicionales institutos del Derecho civil que modifica la Ley N° 24.240. Por caso, y quizás sea ésta la modificación más importante, pues es de raíz filosófica, limita aún más el pétreo principio de la autonomía de la voluntad; esa anquilosada ficción jurídica contemplada en el art. 1197 de un código decimonónico que establece que las partes de un negocio jurídico, en tanto sujetos iguales y libres, negociaban sus contratos de manera autónoma, sin otra intervención que la de su voluntad. De esta forma, en la misma mesa se ponían a discutir -intereses y posiciones - el comprador de un teléfono celular y quien produce y vende cuarenta millones de esos aparatos. Los números de la contratación masiva sorprenden, y más sorprendería la ingenuidad de tolerar esa negociación paródica entre Gargantúa y Caperucita Roja, cubriéndola con el velo hipócrita de una voluntad inexistente. El fenómeno de la contratación de bienes y servicios a escala ha debilitado, de manera ya irreversible, el dogma de la voluntad autónoma sobre el cual se organizó toda la teoría de los contratos en los últimos 150 años (6).

El marketing masivo de bienes y servicios cambió su técnica. En la actualidad, el contrato de adhesión - que nació como un acuerdo atípico - es una figura destacada dentro del derecho civil y comercial moderno. Y no podía ser de otra manera, porque la contratación individual es ineficaz cuando el mercadeo de bienes y servicios se realiza a gran escala. (7) Y no está mal que se haga uso de esta nueva figura contractual. Pero como todos saben, esos acuerdos predispuestos unilateralmente por el empresariado son cultivo ideal - aunque no exclusivo- para el desarrollo de un virus que infecta a toda relación de consumo: el abuso de posición dominante, que se manifiesta a través de la incorporación de cláusulas abusivas. (8) Por eso, era inevitable que la legislación también modificara sus viejos principios por otros más acorde con los tiempos que vivimos. La Ley N° 24.240 va en esa dirección (9).

No debemos olvidar que la Ley N° 24.240 es, fundamentalmente, una ley protectoria que intenta equilibrar asimetrías de origen, y cuyo objetivo es la defensa de los derechos de los consumidores. De arranque, su art. 1 dice: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor y o usuario.” Tengamos presente, en nuestra función judicial, o administrativa, o de asesoramiento, este axioma; es una ley tuitiva, de orden público, irrenunciable, y claramente orientada a proteger a los consumidores. Es una norma que interviene en el mercado de bienes y servicios para amortiguar las desventajas congénitas en el binomio que forman los ‘proveedores’ y los ‘consumidores’ (10). Es, si se quiere, una ley de neto corte dirigista, pero de probada eficacia en el mundo entero. Aún en las economías más liberales; sus éxitos aumentan en aquellos países regidos por los sistemas económicos más liberales. Porque hay una máxima que nadie puede discutir seriamente: cuánto más estricta es la ley de defensa del consumidor, más se fortalece a la sociedad de consumo.

Es tan importante la presencia de esta ley en el derecho positivo argentino que autores del prestigio de Ricardo L. LORENZETTI sostienen que la Ley N° 24.240 constituye un microsistema legal, con principios propios que en caso de duda o colisión con otros del derecho civil o procesal, prevalecen (11). Pero sigamos con el repaso histórico.

En el año 1994, los derechos del consumidor argentino dieron otro gran paso, uno cuya importancia es tal que ya no admite retrocesos. A través del art. 42 de la Carta Magna reformada ese año, se incluyó a los consumidores en la distinguida familia de los sujetos de derechos más privilegiados del ordenamiento jurídico. Hoy en día, la Ley N° 24.240 es reglamentaria de derechos constitucionales (12).

Decía al comienzo del trabajo, que en el año 1993 se dicta la primera ley de defensa del consumidor en Argentina. Sin embargo, su aparición no pudo ser festejada con la plenitud que ese alumbramiento merecía, porque la Ley N° 24.240 nació con un severo

impedimento. Ni más ni menos, el ejecutivo de turno, vetó el art. 13 y 40 de ese estatuto. Como bien sabe el lector esas normas constituyen el eje central de esta rama del derecho; en ellas se establece la creación de un verdadero frente solidario de acreedores listo para responder a los usuarios en relación a las garantías legales debidas y, fundamentalmente, en materia de responsabilidad por daños y perjuicios. Recién en el año en el año 1998, por imperio de la Ley N° 24.999, ambos artículos fueron incorporados al texto de la Ley de Defensa al Consumidor.

El art. 40 es de una trascendencia fundamental dentro del esquema jurídico del Derecho del consumidor.⁽¹³⁾ En él se establece: (a) La responsabilidad del proveedor de bienes y servicios basada en factores objetivos (riesgo – vicio) de atribución; (b) se prescinde de la necesidad producir prueba de la culpa; (c) Se consagra la solidaridad de todos los intervinientes en la cadena comercial;(d) Se establece que la ruptura del nexo causal es la única eximente de responsabilidad que le cabe al proveedor para liberarse de responsabilidad.

La incorporación de estos dos artículos fue un nuevo avance de gran trascendencia para esta nueva rama del Derecho que, de a poco, va encontrando su lugar dentro del universo normativo argentino; el lugar de máximo privilegio que le corresponde por decisión de la Constitución Nacional.

Para terminar este recuento histórico, cabe destacar que en el año 2008, la Ley N° 24.240 tuvo una nueva modificación. Se trata de la Ley N° 26.361. El cambio que esta ley trajo fue amplio, y quizás sea el más profundo desde la aparición de la ley de defensa al consumidor. En mi opinión, la nueva reforma logra poner a la Argentina dentro los países que representan la vanguardia en Derecho de Consumo, al menos en su aspecto normativo. Entre las muchas modificaciones que se incorporaron destacan, el ‘Daño Punitivo’, del art. 52 Bis; el principio in dubio pro consumidor, del art. 3; la teoría de las cargas probatorias dinámicas, del art. 53; la figura del ‘by stander’, incorporada en el párrafo final del art. 1, que amplía enormemente el

universo de los sujetos considerados consumidores y, de paso, finiquita una larga discusión que dividía opiniones y multiplicaba disensos cuando tocaba hablar de responsabilidad ‘contractual o extracontractual’.(14) En el Derecho del consumidor, la responsabilidad nace mucho antes que el contrato, y se mantiene aún en ausencia de ese acuerdo. Dicho en otras palabras: el consumo es un hecho jurídico que no depende de un contrato.

La citada reforma también incorpora – en el art. 40 bis - la figura del Daño Directo sobre la cual voy a referirme en este trabajo.

II. El Daño Directo.

Debo decir, en primer término, que lo más destacado de esta controvertida norma es su pésima redacción. Es, casi deliberadamente, confusa, incierta, imprecisa, e incongruente. La transcribo para que se comprenda porqué quienes tenemos obligación de interpretarla estamos perplejos. Dice el art. 40 bis: “Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC). El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del art. 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial.

Comprensiblemente, la doctrina criticó —y lo sigue haciendo— duramente la redacción de este texto legal. Previo a dar mi opinión, que pronostico será de baja adhesión en la academia, voy a señalar las cuestiones más dudosas que presenta el art. 40 bis. A simple vista sobresalen cinco:

(1) Cuando dice de ‘manera inmediata’, ¿se refiere a que sólo abarca las consecuencias inmediatas de los hechos punibles llevados adelante por el infractor, conforme se deduce del art. 901 del Cód. Civ.?

(2) Cuando la norma dice ‘sobre sus bienes o su persona’, ¿está ordenando la inclusión del llamado daño moral dentro de los daños resarcibles en la sede administrativa?

(3) Cuando la norma dice ‘susceptible de apreciación pecuniaria’, ¿está excluyendo de esta categoría al daño moral?

(4) Cuando la norma dice, ‘la autoridad de aplicación podrá’, ¿quiere decir que está facultada a aplicarla de oficio, o requiere la petición de la parte?

(5) Si el daño directo es un concepto distinto a la noción de daño resarcible que los jueces normalmente utilizan para establecer indemnizaciones, ¿cuál será el criterio correcto para proceder a su deducción, conforme lo establece la propia norma?

Ninguna de estas cuestiones puede aclararse con la simple lectura del artículo. Una buena parte de la doctrina, con mejores o peores intenciones, ha salido a reprender esta norma sin contemplación, pero también sin tasar ajustadamente las consecuencias de sus censuras (15). Sin embargo, el aporte doctrinario a una interpretación racional de la norma es nulo. La mayoría de los autores importantes se mantiene a la expectativa, aguardando con mucha paciencia que la jurisprudencia resuelva estas cuestiones. Casi a diario se publican nuevos y espléndidos libros de nuestra materia; cada uno de ellos es más extenso y mejor encuadernado que el otro, pero —

sin embargo - esos magníficos tratados le dedican apenas una o dos páginas al ‘daño directo’. Ante tanta incertidumbre, son pocos los autores que quieren opinar del tema. El daño directo es casi una discusión deportiva en los bares contiguos a los tribunales, pero un tabú en donde su tratamiento debe ir acompañado por reflexiones de peso, sean éstas a favor o en contra.

En mi opinión, cuando un artículo o una norma genera tal grado de debate, sin dejar claras victorias, solo caben tres opciones: (1) Aguardar que una ley posterior modifique o derogue la norma; (2) Que los jueces, en alguno de los casos concretos que son llevados a su estudio, la declare inconstitucional; (3) Interpretarla, tratando de obtener de ella su máxima utilidad social. Participo, por convicción personal, de esta última alternativa. Además, en mi carácter de Asesor Legal del organismo, que en la provincia del Chubut actúa como autoridad de aplicación de la Ley N° 24.240, no puedo soslayar que el art. 40^a bis, hasta tanto no sea derogado o modificado es ley positiva vigente. Anticipo mi opinión, en forma previa al desarrollo de los argumentos que la sostienen: la norma está mal redactada pero su finalidad es noble; el daño directo es un instituto que aplicado prudentemente por la autoridad de administrativa, resulta de gran utilidad dentro del procedimiento burocrático establecido en el art. 45 de la LDC.

He tenido la suerte de ser uno de los primeros funcionarios administrativos en sugerir, con metódica insistencia, la aplicación de esta norma en un caso concreto. También tuve la infrecuente suerte de que mis directores evaluaran acertado mi pensamiento y lo siguieran a rajatabla, sin cambiarle siquiera una coma. El renombrado caso ‘Banco Galicia’ (16) será recordado como uno de los primogénitos asuntos, sino el primero, a nivel nacional en donde este instituto fue utilizado para resolver un caso concreto. Más allá de las peripecias procesales propias de cada expediente, es un honor haber contribuido al debate, y más honorífica resulta la circunstancia de haberlo iniciado. Sin embargo, aún no hay una doctrina judicial consolidada respecto a su alcance y aplicación.

En mi opinión, el criterio harto restrictivo que buena parte de la doctrina y la jurisprudencia le adjudican al art. 40 bis lo vacía de contenido, convirtiéndolo en un texto legal sin ningún valor y, lo que es peor, sin utilidad para quienes estaba destinado a beneficiar: los consumidores.(17)

En línea con este criterio doctrinario, en la provincia del Chubut una incipiente jurisprudencia, a la que saludamos con gracia genuina porque anticipa un debate serio sobre tan importante asunto, le viene poniendo fuertes reparos a su aplicación, al menos en la forma en que yo entiendo que el art. 40 bis debe ser interpretado para cumplir exitosamente su objetivo. No obstante, no por capricho, sino por convicción, uno a uno hemos contestado estos argumentos judiciales. En parte porque no todos sus aspectos nos resultan convincentes; pero por otra parte, más allá de respetar los criterios, y extraer de ellos sus mejores aportes, los veredictos emitidos por el Poder Judicial no son vinculantes para la autoridad administrativa. Pese a lo dicho, cuando el juzgador natural de la Constitución consolida los criterios del poder administrativo por medio de sus sentencias, éstos se convierten en una regla mucho más fuerte y edificante para la sociedad. De esta forma, las construcciones jurídicas asumen un claro mensaje a los proveedores de bienes y servicios, acerca de cómo deben proveerlos y cómo deben producirlos. Definitivamente, el acuerdo judicial a las resoluciones administrativas, dadas en ocasión del ejercicio jurisdiccional asignado por la Ley N° 24.240, es el último y más importante paso que debe dar la autoridad administrativa antes de festejar el cumplimiento de su tarea. Si el acto administrativo, una vez revisado por los jueces, no es convalidado por ellos se convierte en letra muerta. De allí que las resoluciones administrativas deben ser ampliamente fundadas en derecho para pasar una dura prueba en los tribunales.

Además, debo reconocer algo que me llena de orgullo. Con mucho entusiasmo y cierto optimismo, desde la Dirección General de defensa del Consumidor de la Provincia del Chubut estamos seguros de que, más tarde o más temprano, lograremos imponer nuestro

criterio levemente más ‘consumerista’ que el que tiene el magistrado de carrera judicial.

En ese orden, quiero compartir con los lectores algunos de esos reparos que los ministros judiciales les han opuesto al progreso de la aplicación del art. 40^a bis. También voy a mencionar los argumentos que sostengo para respaldar la interpretación más amplia de la figura en examen.

1) En primer lugar, se dijo que si la parte no solicita – expresamente - en las denuncias su intención de acogerse a los beneficios de esta norma, no puede la autoridad concederlos de oficio, sin caer en incongruencia y violación a la garantía de defensa en juicio de una de las partes (18). Bien. Analicemos este reparo. Como es sabido, el proceso administrativo establecido en la Ley N° 24.240 es absolutamente gratuito. Las partes –sobre todo los usuarios y consumidores afectados- concurren a él sin patrocinio letrado. En ese marco, pedirle a una persona que sepa lo que abogados, juristas, jueces, y académicos todavía están discutiendo, sin atinar a salir de las débiles penumbras de las vacilaciones, es un exceso que perjudica a quien se supone titular de amparos constitucionales. En otras palabras: exigirle al usuario un conocimiento que ni siquiera el experto tiene, bajo apercibimiento de negarle el derecho, es una exageración que termina contrariando la finalidad tuitiva que esta ley tiene. Por otra parte, la norma dice: ‘la autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de un daño directo...’, sin condicionar ni la existencia, ni su determinación a que la parte haya requerido su aplicación. Por eso, estimo que la Autoridad de Aplicación no solamente puede, sino que debe aplicar esta figura, aún oficiosamente. Agregó más: sería incoherente que la autoridad administrativa estuviera facultada para iniciar acciones de oficio, pero que una vez iniciadas no pudiera, también de oficio, aplicar el art. 40 bis de la Ley N° 24.240. En ese orden, me atrevería a decir que la actividad oficiosa, si los recursos estatales lo permitieran, sería el ámbito natural de aplicación de esta ley, dado su carácter tuitivo (19).

2) En otra crítica, los tribunales provinciales han dicho que, aún cuando aplicación del art. 40^a bis es correcta, su alcance debe limitarse al ‘daño material’, ‘directamente’ padecido por el usuario como consecuencia directa del obrar del proveedor infractor. Esta reprobación, sin dudas, está orientada a evitar que siga incluyendo dentro del daño directo al daño moral.(20) Expresamente, y sin timideces, los veredictos más recientes de la provincia vienen sosteniendo que el daño moral no es una categoría incluida en las reparaciones a las que se refiere el art. 40 bis de la Ley N° 24.240.(21) Pondero la valía de esas reflexiones que provienen de los hombres mejor formados en derecho en el ámbito de la provincia del Chubut; sin embargo, su peso teórico es insuficiente para lograr que cambie la propia. Para aceptarla cabalmente sería necesario que esa opinión viniera acompañada de un sólido fundamento que permita explicar, sin caer en la tentación de los abusos dogmáticos, porque la norma que define al daño directo dice: “Es todo perjuicio o menoscabo...ocasionado...sobre sus bienes o sobre su persona...” Si esta categoría no incluyera al daño espiritual, hubiera sido sencillo para el legislador evitar un debate superfluo; era suficiente con evitar la frase ‘sobre su persona’. Pero al incluirla, no nos queda más remedio que pensar que también quiso introducir en esta clasificación de daño, al espiritual. ¿O acaso conoce el lector algún daño que afecte a la persona, sin afectar sus valores morales? La lógica tiene sus límites, y una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo sin que se destruya el Principio de Identidad: si hay daño a la persona hay daño a sus valores anímicos; concebir una naturaleza humana sin ellos es, sencillamente, atroz. Por otra parte, la inclusión del daño moral dentro de los rubros indemnizables tradicionales es mayoría en la doctrina dominante de las últimas décadas. Y esa tendencia no debe retroceder, mucho menos en esta rama del derecho (22). En síntesis, no veo ningún impedimento para afirmar que el daño moral no pueda ser apreciado por la autoridad de aplicación administrativa al aplicar el art. 40^a bis de la Ley N° 24.240.

3) También se ha dicho que al requerir la norma que el daño sea susceptible de apreciación pecuniaria, el daño moral queda

excluido de sus alcances (23). Este argumento se basa en que el daño moral, en cuanto menoscabo a valores espirituales, no es mensurable en dinero. El daño moral que, indudablemente, se encuentra dentro de aquellos que la doctrina denomina extrapatrimoniales, no sería comprendido por el art. 40 bis de la LDC. En otras palabras, la autoridad de aplicación, al utilizar este artículo no debe considerar los daños anímicos que los consumidores o usuarios hayan padecido a causa de una infracción cometida por los proveedores.

Y nuevamente apelo a la lógica: si el daño moral no es apreciable económicamente, ¿por qué todos los días, en todos los tribunales del país, aparecen veredictos que incluyen indemnizaciones por este rubro? ¿Si el daño moral no puede ser apreciado o compensado o restablecido mediante la entrega a la víctima de una suma de dinero, qué justificativo tienen esas indemnizaciones tradicionales? Si el daño moral no es susceptible de apreciación pecuniaria, simplemente no se indemniza, ni en la sede administrativa, ni tampoco en la judicial.

La reparación del daño moral tiene la finalidad de compensar, con una retribución dineraria, aquellas aflicciones padecidas y que no tienen otra forma de ser aliviadas. A pesar de que el daño, una vez ocurrido, no puede desaparecer, el resarcimiento económico actúa como un paliativo que procura compensar a la víctima por el sufrimiento. Es un equivalente del bienestar que ya no está, ni puede restablecerse. A la fecha, no se ha encontrado una forma más eficaz para lograr esa equivalencia que no sea la entrega de una suma de dinero a las víctimas. El sufrimiento anímico no se mide con capital, pero éste actúa como un bálsamo que intenta una mejoría en el sujeto dañado. Exactamente lo mismo puede decirse del art. 40 bis: alivia un padecimiento. No hay motivos legales válidos para evitar que la autoridad de aplicación pueda procurar ese consuelo utilizando con prudencia la nueva figura del ‘daño directo’.

Más. Si no se acepta la posibilidad de indemnizar los padecimientos espirituales en la sede administrativa, todo el universo

de las prestaciones de servicios (telefonía móvil, televisión por cable, Internet, servicios bancarios, etcétera) quedaría al margen del sistema de reparaciones establecido en la Ley N° 24.240; así, las empresas prestatarias se beneficiarían con un sistema de reparaciones que para el tamaño que esas corporaciones tienen resultaría, por lo irrisoria, una invitación a que empeoren las atenciones debidas a sus clientes. Voy a poner un ejemplo para que se entienda la importancia que tiene interpretar en forma amplia la norma en análisis. Supongamos que un usuario de Internet que paga \$ 150 por su servicio de 'banda ancha', por un defecto en la prestación no recibe el servicio durante 10 días. Supongamos que durante dos semanas, el afectado realiza todos los reclamos que el lector se pueda imaginar, con los resultados que no hace falta que se imagine. Bien. Siguiendo el criterio de interpretación ceñido del daño directo, este usuario hipotético solo tendría derecho a reclamar en la sede administrativa el valor de la cuota mensual que paga por el servicio, dividido por los treinta días que tiene el mes, multiplicado por las jornadas en los que el servicio no se brindó. (Es decir: $150 / 30 \times 10 = 50$). En resumen, la víctima del incumplimiento contractual debería agotar un procedimiento administrativo, que difícilmente le lleve menos de un año entero, para obtener una recompensa de \$ 50. Luego, si pretendiera una indemnización superior debería recurrir a la vía judicial, pagar un patrocinio letrado, y aguardar otros dos o tres años para conseguir una suma de dinero incierta, pero seguramente infinitamente inferior al monto requerido para compensar sus amarguras. Para alegría de las empresas prestadoras de servicios de consumo masivo, este usuario (en realidad son miles o millones de ellos) seguramente va a preferir quedarse en su casa rezando que el servicio le sea prestado apropiadamente, y evitando hacer algún reclamo legal. No me parece que la Ley N° 24.240 se haya establecido para consagrar la impunidad de los proveedores de bienes y servicios; sin embargo, si limitamos de tal forma la intervención de la autoridad administrativa es inevitable que eso suceda o, peor, que siga sucediendo a pesar de la Ley N° 24.240.

El procedimiento administrativo, previsto en el estatuto consumerista, tiene por finalidad asistir a los consumidores y usuarios

que se enfrentan a los defectos de los bienes y servicios que consumen. Es un trámite gratuito, informal, y ágil que los exime de iniciar un proceso judicial que, por regla, es costoso, largo, e incierto (24). En ese orden, el art. 40 bis les permite obtener una limitada reparación económica si se verifica un daño derivado de una infracción a la ley; ello, sin tener que recurrir a la acción judicial. Sin embargo, limitar de tal manera esta novedosa y saludable herramienta jurídica desvirtúa por completo aquella finalidad, dejando nuevamente al consumidor a merced de la voluntad empresaria, o al incierto resultado de un procedimiento judicial cuyos costos de tramitación van a ser siempre superiores a las sumas indemnizatorias que eventualmente obtengan. Seamos claros: nadie va iniciar un reclamo legal si luego de concluido exitosamente, su provecho se reduce a unas cuantas monedas. Mucho menos, si el costo que debe asumir para satisfacer su derecho es mayor que el beneficio económico derivado de ese derecho. Cuanto más se restringe la órbita de aplicación de la Ley N° 24.240, más se favorece las prácticas comerciales nocivas y más se perjudica a los consumidores.

4) En otro aspecto, algunos magistrados y parte de la doctrina, critican la aplicación de esta norma diciendo que la burocracia administrativa no es un cuerpo integrado por expertos en derecho y que, por tanto, no es idóneo para establecer y cuantificar este tipo de daños (25). Voy a contestar este argumento sin detenerme en el enojoso trasfondo que sugiere. Porque, en verdad, se parece más al capricho que el recelo suele engendrar que a una construcción jurídica digna de elogio. Máxime proviniendo de quien se arroga esa eficacia negándose a la autoridad administrativa y, por añadidura, a toda la administración pública nacional sin otro argumento que esa referencia, un poco peyorativa, a la falta de capacidad del organismo. No obstante, entiendo que si en virtud del art. 47 LDC, la autoridad de aplicación nacional y provincial tiene idoneidad y legalidad suficiente para imponer multas que lleguen a los \$ 5.000.000, también son cuerpos competentes para fijar una sanción cuyo monto no podría superar los 6 o 7 mil pesos. Admitir lo contrario, equivale a tolerar que un cuerpo, inútil e inexperto, conserve facultades legales

para establecer (penas, multas, sanciones) por cifras millonarias sin ser capaz de fijarlas por montos exigüos. Es evidente que las restricciones que se quieren oponer a la autoridad de aplicación administrativa para hacer uso de esta norma no tienen base académica sólida. Son dogmáticas, y en algunos casos ofensivas, lo que no hace más que reforzar mis convicciones.

5) Otra reflexión que formule para defender la inclusión del daño moral en el art. 40 bis de la LDC surge de lo establecido en el art. 8 bis del estatuto consumerista. Veamos qué dice esa norma en su parte relevante: “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias... Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley...”.

La conducta que tipifica a esta infracción es el trato indigno, discriminatorio, vergonzante, vejatorio o intimidatorio. Es, sin dudas, la comisión de comportamientos repugnantes que afectan a los derechos humanos de las personas (26). Ahora bien, siguiendo una interpretación restringida del art. 40 bis, estamos forzados a una conclusión disparatada. Veamos. Si una persona hace una denuncia y logra probar que fue víctima de tales ofensas, la ley dice que al infractor le corresponderán todas las sanciones previstas en la Ley N° 24.240. El art. 40 bis entre ellas. Si este artículo no contemplara la inclusión del daño moral, ¿qué resarcimiento le cabría –en el ámbito de la administración - al usuario o consumidor que sufrió un trato vejatorio, vergonzante, discriminatorio, o intimidante? ¿Cuál es el daño material, que se sigue de un insulto? ¿Qué bienes materiales menoscaba un acto de discriminación? ¿Que daño emergente se corresponde con la vergüenza padecida? ¿Qué daño patrimonial se deriva de la vejación? Si tuviéramos que limitar nuestra facultad de aplicar el daño directo al daño material, la norma prevista en el art. 8 bis quedaría sin ninguna clase de sanción en sede administrativa. En síntesis: quien discrimina, avergüenza o intimida quedaría impune del

juzgamiento administrativo. De esta forma, el usuario que resulta víctima de un trato indigno, se vería obligado a emprender una acción judicial que, a diferencia del procedimiento administrativo, no es gratuita porque requiere la firma de un letrado patrocinante que lo asista, conforme lo indica el código de forma. El argumento que restringe los alcances del art. 40 bis nos lleva, sin remedio, hacia una conclusión extravagante: el art. 8° bis de la Ley N° 24.240 quedaría excluido de la autoridad administrativa. Y nuevamente, en casos como el indicado, la autoridad podría sancionar al proveedor aplicándole una multa de \$ 5.000.000, pero no podría ordenar un pequeño resarcimiento de \$ 1000 a favor de la víctima del atropello. Formulo una última pregunta, retórica, lo admito, pero eficaz para que se entienda el razonamiento que propongo. ¿Qué usuario se vería incentivado a realizar una denuncia de esta clase si sabe que todo su esfuerzo será para enriquecer el tesoro público, sin recibir ni siquiera un mínimo resarcimiento que compense su angustia? Sin dudas, preferiría volver a su casa y olvidar lo que le pasó, y rogar que no vuelva a suceder.

Restringir el alcance del art. 40^a bis, LDC, negándole su capacidad compensadora ante casos que afecten la moral de las personas es consagrar la impunidad de las conductas más repulsivas a la condición humana. Naturalmente, no me parece que esa haya sido la intención legislativa. Por tanto, no puedo compartir esa rareza que inevitablemente se deduce de encoger tanto a esta norma.

6) Agrego un último argumento a favor de extender la aplicación del daño moral al daño directo. En uno de sus apartados, el art. 40^a bis dice que las sumas que se obtengan por aplicación del daño directo serán deducibles de otras que, eventualmente, se colecten en la sede judicial. Ahora bien, si al organismo de control administrativo le está vedado indemnizar los mismos rubros que se le permiten al poder judicial, con qué criterio se harán las deducciones ordenadas en la ley. Supongamos que la condena judicial sólo declara procedente la indemnización al daño moral. En tal caso, ¿por qué se permitiría descontarle al sujeto lo que recibió por daño material de una

indemnización que compensa exclusivamente su tormento anímico? Es esta otra pregunta que los detractores de la norma omiten considerar. Una crítica que no se hace cargo de sus consecuencias, no tiene la jerarquía de tal, y se convierte en una queja sin otra entidad que el enojo de su portador.

Termino: interpretar una norma es analizarla para encontrar en ella su máxima utilidad social. No se trata de encarnizarse con un legislador descuidado, sino de ir lentamente mejorando las técnicas legislativas. No tengo dudas de que la intención de la Ley es buena; tampoco las tengo respecto de un legislador que, con mejor criterio que técnica, entendió que concederle al usuario o consumidor afectado una pequeña compensación económica en la sede administrativa, ni altera, ni pone en crisis al ordenamiento jurídico, ni a la Constitución Nacional.

Referencias Bibliográficas

(1) Es abogado (Universidad de Buenos Aires) especialista en relaciones de consumo. Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Chubut. Docente de Ciencias Sociales para el Providence School Department, Rhode Island, y en diversas cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado et al, “La Responsabilidad Objetiva: El artículo 1113 del Código Civil”. Ediciones Jurídicas de Cuyo. En 2009 publicó “La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado”. Ed. Universidad. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor y disertante de diversas conferencias y seminarios.

Los comentarios y críticas que el lector quiera hacer al contenido de este artículo serán bienvenidas con verdadero agradecimiento en fernandoshina@gmail.com

(2) Con la sanción de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, nuestro país se ha incorporado al grupo de naciones que han puesto la atención en la protección de los consumidores de bienes y servicios que, por las características de la sociedad actual, se encuentran débiles y desprotegidos, frente a la oferta de éstos en forma masiva, indiscriminada y no pocas veces agresiva. (Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA. La defensa del consumidor como principio del derecho. En, Derecho del Consumidor T° 7. Ed. Juris, año 1996, página).

(3) Como puede advertirse, el veto presidencia del artículo 40 generó la necesidad de volver a los criterios tradicionales de la responsabilidad civil para resolver los conflictos derivados de la utilización de productos o servicios. Ello significó, pese al esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia para brindar soluciones adecuadas recurriendo a las normas generales vigentes, un retroceso frente al desarrollo doctrinario que la temática tenía y que había sido recogido por la ley en el artículo referido. El desacierto del Poder Ejecutivo fue resaltado por nuestra jurisprudencia más destacada... (Jorge BRU y Gabriel STIGLITZ. Régimen de la Responsabilidad Civil por Daños al Consumidor. En, Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2010, página 416).

(4) Tal vez hace dos, tres o cuatro años, hubiéramos podido decir, señores vamos a confiar en el Estado argentino, poderoso, fuerte, con tantas facultades, sea el verdadero protector del conjunto del pueblo. Hagamos un código que establezca que el consumidor tiene un padre, un tutor, que es el Estado...Que el Estado proteja al consumidor...Pero hoy sabemos que no es así. Que el Estado se está desprendiendo a pasos acelerados de todas las funciones tuitivas o protectoras, está dejando de ser paternalista. Y que deja al consumidor librado a lo que llamaríamos su suerte, su destino. (Jorge MOSSET ITURRASPE. El Derecho Privado y la defensa del consumidor. En, Derecho del Consumidor T° 2. Ed. Juris, año 1992, página 6).

(5) Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost

every public and private economic decision. Two-third of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group who are not effectively organized, whose views are often not heard. (Special Message to Congress on Protecting the Consumer Interest. March 15, 1962. John F. KENNEDY).

(6) Además, una contratación en la que la adhesión ha sustituido a la discusión, una contratación de masa, sobre la base cláusulas predispuestas y con la presencia de cláusulas vejatorias, aprovechadas o leoninas, ha puesto a dura prueba la concepción clásica y abierto el camino a la revisión de poscontratos, al intervencionismo o dirigismo, sea a través de los jueces, sea por medio de leyes que interfieren en la vida del contrato, para asegurar la justicia en los intercambios. (Jorge MOSSET ITURRASPE, en BUERES- HIGHTON Código Civil T° 3 C. Ed. Hammurabi, año 2007, página 39).

(7) El origen de estos contratos es la respuesta de la tecnología jurídica a la masividad: si un comerciante vende un producto, podrá hacer un contrato para cada acto, pero si debe hacer muchas contrataciones, necesariamente intentará recurrir a un formulario. (Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 275).

(8) El análisis del tema requiere de algunas precisiones previas. En primer lugar, se trata de una cuestión que atrapa, en su formulación, a la contratación en general, discrecional o predispuesta. Pero acontece que esta última, por la modalidad que adopta la formación del contrato, favorece la existencia y multiplicación de condiciones generales onerosas. De allí que la materia sea examinada, predominantemente, en los dominios de los contratos de adhesión. (Régimen sobre cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor. Rubén STIGLITZ. En Derecho del Consumidor T° 4. Ed. Juris, año 1994, página 1).

(9) La ley de Defensa del Consumidor y sus normas complementarias contienen la única regulación de la cuestión de las cláusulas abusivas

en los contratos predispuestos, sin perjuicio del catálogo de criterios que pueden construirse a partir de la experiencia de nuestros tribunales. En un fallo se ha dicho que el contrato de formulario debe ser interpretado a la luz de las normas de la ley 24.240 de protección del consumidor, esto es, en el sentido más favorable al consumidor, en virtud del principio 'favor debilis'. (LORENZETTI, Ob. citada, página 278).

(10) Hablar de derecho del consumidor implica hacer hincapié en la regulación estas relaciones de consumo y estos intereses sociales en su faz tuitiva de los derechos de la parte débil de la relación jurídica: el consumidor final... Como derecho que regula las relaciones de consumo, su finalidad es procurar el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores de bienes y servicios. Dicho equilibrio se compone de un aspecto vinculado al derecho privado y otro que atañe al derecho público, e importa la tutela preventiva y resarcitoria en el plano tanto de los derechos personales como de los personalísimos. (Laura PEREZ BUSTAMANTE. Derechos del Consumidor. Ed. Astrea, año 2004, página 1 y 2).

(11) El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aun derogatorio de normas generales. (LORENZETTI, Ob. citada, página 50).

(12) La incorporación del artículo comentado en la Constitución Nacional importó la consagración de los derechos de los consumidores y usuarios en nuestro país en el máximo escalafón posible, en sintonía con las constituciones más modernas del orbe. (Javier WAJNTRAUB, en Constitución de la Nación Argentina T° 2. Ed. Hammurabi, año 2010, página 302).

(13) Estamos frente a una norma que vuelve. Y ésta de máxima jerarquía. Por ser la base de la temática de la responsabilidad por los daños que el consumidor padezca o sufra. Incluida en la redacción originaria de la ley 24.240, fue luego vetada por el Ejecutivo, decreto 2089/90, por las razones que oportunamente se difundieron, sin fuerza de convicción, con argumentos escasos e inconvenientes, como no fuera la intención de mostrar a las empresas, titulares de marca, o patente, fabricantes o importadoras, a las multinacionales por lo normal, ‘la simpatía’ del Ejecutivo, su claro deseo de no agravar, en contra de las empresas, la ecuación de ‘costos-beneficios’ (Jorge MOSSET ITURRASPE. *Defensa del Consumidor*. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1998, página 111).

(14) En la primera ley 24.240 la relación surgía de un contrato oneroso, luego fue ampliado al contrato gratuito, pero ahora se comprende tanto el acto bilateral (contrato oneroso o gratuito), unilateral (por ejemplo: ofertas publicitarias, prácticas comerciales), o de un hecho jurídico lícito o ilícito (por ej., daños derivados de un producto elaborado). De este modo se supera la noción contractualista ya que el sujeto es tutelado por ser consumidor, antes, durante y después de contratar. Pero la ley va mucho más allá, porque ni siquiera se requiere probar la intención de contratar en los casos en que el sujeto protegido es un consumidor expuesto a prácticas comerciales, o un usuario. (LORENZETTI. *Ob. cit.*, página 123).

(15) Resulta de notoria relevancia ejercer la memoria de la génesis del novel artículo 40 bis de la Ley 24.240; en él la voluntad de legislador ha sido, ante la experiencia diario del trabajo en la particular casuística, al advertir la recurrente requisitoria de reparaciones ante la Administración y encontrándose vedada dicha facultad, velar y dar protección a la parte más débil en la cadena de consumo y en la celebración de contratos de consumo, por cuanto, el consumidor es el gran protagonista de la misma, sin soslayar en el proceso administrativo el respeto y cumplimiento de las garantías constitucionales para las partes y el cumplimiento del debido proceso adjetivo. (Diego MARTÍNEZ ZAPATA, en elDial.com DC 1466). Si

bien la cita es del todo incomprensible, el lector que complete la lectura del artículo descubrirá que, en definitiva, el autor se opone a la inclusión del daño moral dentro del artículo 40^a bis, LDC.

(16) Expediente Administrativo N° 2582 Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Denuncia Ley Defensa del Consumidor. DGDP,CyU. Chubut, 14 de septiembre de 2009. Confirmado por la Sala B de Trelew. Expediente 590/2009. Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, 11 de febrero de 2010.

(17) Como se echa de ver, la tortuosa definición proporcionada por el legislador se resume, en el mejor de los casos, en la facultad de la administración de ordenar al proveedor que indemnice al consumidor el valor de los bienes destruidos o deteriorados por un hecho u omisión suyo que constituya una infracción a la ley. Sólo a ese supuesto puede limitarse la intervención de la autoridad de aplicación, debiendo tenerse presente que, en tanto la norma en comentario importa conferir a esta última facultades jurisdiccionales –que constitucionalmente corresponden al Poder Judicial – sólo cabe interpretar sus términos estricta y restrictivamente, en atención a su carácter de excepción frente a aquel principio general. A esta altura del análisis, es válido preguntarse si tan magro resultado justificaba realmente incluir en la LDC una disposición que puede suscitar reparos constitucionales. (Sebastián PICASSO en PICASSO-VÁZQUEZ FERREYRA. Ley de Defensa del Consumidor. Ed. La Ley, año 2009, página 535).

(18) Esta reseña permite comprobar que en ningún momento –ni en la denuncia inicial ni en sus ulteriores presentaciones – el denunciante formuló petición de resarcimiento alguno por ‘daño directo’...Dadas estas circunstancias, la concesión de una reparación no solicitada por el peticionante constituyó una evidente demasía de la autoridad de aplicación, con violación del principio de congruencia y de la debida defensa (art. 18, Constitución Nacional) que a mi criterio no puede ser de ningún modo convalidada. (Del Voto del Dr. FERRARI, en autos

A I M c/ B.C. S.A. Expte. 310/2010, del 30 de julio de 2010, Cámara de Apelaciones - Sala A - Trelew).

(19) La realidad indica que por diferentes cuestiones –ausencia de presupuesto, recursos humanos o técnicos, etc. –, los organismos de aplicación mayormente inician los procedimientos a instancias de una denuncia presentada por un particular. La iniciación de actuaciones oficiosas a gran escala –es decir, en la misma medida que se dan las afectaciones en el mercado de consumo - , configura aún una asignatura pendiente para los organismos de aplicación. Esta faceta de la actuación de las autoridades es vital, puesto que la actuación de oficio está, fundamentalmente, vinculada con la ‘prevención’ de conductas que amenazan los derechos de usuarios y consumidores en su aspecto ‘de incidencia colectiva’. En verdad, en una función tutelar estatal en la materia bien entendida, la actuación de oficio debería ser ‘la regla’ y no la excepción, como acontece. (Jorge BRU y Dante RUSCONI en Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2010, página 557 y 558).

(20) Como dejara sentado esta Sala, tanto a través de mi voto como del emitido por el Dr. Carlos Alberto Velázquez, en la sentencia dictada con fecha 27/7/10, in re "R. Y., L. M. c/ A. S. D. T. D. A. S.A. y T. D. A. S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor" (Expte. 235 - Año 2010 CAT), el resarcimiento del daño moral no está contemplado en el Art. 40 bis de la Ley 24.240 (añadido por el Art. 16 de la Ley 26.361), que si bien alude al daño ocasionado al consumidor o usuario sobre sus bienes o su persona, lo condiciona a que sea "susceptible de apreciación pecuniaria". El "daño directo" que menciona el Art. 40 bis de la Ley 24.240 modificada por Ley 26.361, sólo comprende a los daños patrimoniales que el consumidor o el usuario sufren sobre sus bienes o su persona, no encontrándose incluido dentro de ese concepto el daño moral, el que es consustancialmente ajeno a la órbita del Art. 40 bis, Ley 24.240 vigente.-Expte. N° 310 - 2010 - "A., I. M. c/ B. C. S.A. s/ contencioso administrativo" – Cámara de Apelaciones de Trelew – Sala A -30/07/2010(elDial.com - AA6362).

(21) No tengo dudas de que el ‘daño directo’ que menta el artículo 40 bis de la Ley 24.240 modificada por la Ley 26.361, sólo comprende a los daños patrimoniales que el consumidor o el usuario sufren sobre sus bienes o su persona, no encontrándose incluido dentro de ese concepto el daño moral, el que es consustancialmente ajeno a la órbita del artículo 40 bis, Ley 24.240 vigente. (Del voto del Dr. Marcelo LÓPEZ MESA en autos R.Y.L. c/ A.S.T.A.S.A. Expte. 235/2010. Cámara de Apelaciones de Trelew – Sala A, de julio de 2010).

(22) La evolución del último medio siglo en el pensamiento sobre el daño moral ha sido provechosa desde el punto de vista práctico en cuanto el Derecho de Daños ha ido abarcando muchos daños extrapatrimoniales que son demostrativos de una sensibilidad mayor hacia la esencia de la persona humana y su dignidad, en consonancia con la expansión que ha tenido la teoría de los derechos humanos. (Carlos PARELLADA en Responsabilidad Civil – Aída KEMELMAJER de CARLUCCI – Directora. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2007, página 381).

(23) Desde luego que nuestro ordenamiento contempla los daños personales –no sólo en la citada norma del artículo 40 bis de la ley 24.240, sino que el artículo 1068 Cód. Civ. menciona el perjuicio causado a otro indirectamente por el ‘mal hecho a su persona’ -, pero ellos no escapan a la rígidamente bifronte clasificación de los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales que nuestra Ley Civil ha consagrado. Así, existen daños a la persona susceptible de apreciación monetaria...y otros que, en cambio, no lo son como acontece con el daño moral por recaer él en el ámbito puramente espiritual...concluyo pues que el denominado daño directo sólo comprende a los patrimoniales que el consumidor o el usuario sufren sobre sus bienes o su persona... (Del voto del Dr. Carlos VELÁZQUEZ en autos R.Y.L. c/ A.S.T.A.S.A. Expte. 235/2010. Cámara de Apelaciones de Trelew – Sala A, de julio de 2010).

(24) A la solución comentada se ha llegado luego de largos cabildeos y de superar el criterio clásico acerca de la competencia exclusiva de los

jueces, del Poder Judicial, para sancionar al autor de un daño con una indemnización. Los temas de la división de poderes, que impone el rol de juzgar a otro poder, distinto de la Administración, con la garantía de un proceso y de ejercitar allí todas sus defensas, a la vez que con la posibilidad de apelar a otro tribunal, originaban un efecto paralizante. La menor cuantía, unida a un trámite con amplio derecho de defensa, y apelación ante un tribunal judicial, se consideran suficientes para dejar de lado los escrúpulos enervantes y admitir, en consecuencia, las reparaciones del aludido ‘daño directo’ (MOSSET ITURRASPE, Ley de Defensa del Consumidor. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010, página 29).

(25) En términos generales compartimos la visión mayoritaria respecto del acotado margen que tiene la figura en análisis y la dificultad que sin dudas existirá para su aplicación por parte de organismos que no fueron creados ni están preparados para ello. (Javier WAJNTRAUB. Ley de Defensa del Consumidor. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010, página 247). El autor, no obstante, no explica para qué habrían sido creados los organismos administrativos de control y vigilancia de la ley 24.240, sino es para la íntegra aplicación de esa ley. Tampoco explica cuál sería la preparación que esas agencias estatales requerirían para ser capaces de sancionar una modesta indemnización de aproximadamente \$ 6.000. Sin embargo, no parece tener objeciones frente a la idoneidad de esos mismos organismos de fijar multas de hasta \$ 5.000.000.

(26) De donde, la nueva norma, al obligar a los empresarios-proveedores a garantizar condiciones de trato digno y equitativo, orientadas a evitar la colocación de los consumidores –como expresión genérica- en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias, está ampliando y precisando un derecho subjetivo cuya violación entraña responsabilidad civil, en íntima relación con el derecho a no ser discriminado y con los daños espirituales o extrapatrimoniales. (MOSSET ITURRASPE. Ley de Defensa del Consumidor. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010, página 23).

Una interpretación piadosa del daño directo

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC14A8

[Consultado el: 13/07/2021]

Sumario:

1. Introducción. 2. El Daño Directo y las sumas deducibles en sede judicial. 3. El artículo 8° bis LDC. ¿Una gravísima infracción que no tiene sanción? 4. Más allá de la piedad, la duda. 5. Incipiente jurisprudencia de la Provincia del Chubut. 6. Conclusiones.

1. Introducción.

Debo decir, lector, que el primer inconveniente que encuentra este defectuoso artículo es de género literario, o mejor dicho, de traición al género literario por excelencia: el policial. Me voy a involucrar en un debate doctrinal casi detectivesco en el cual, sin embargo, el misterio no existe. En el examen de los dilemas que voy a tratar de resolver no hay ni mayorías ni minorías, ni opiniones dudosas, ni conjeturas estrafalarias, ni detectives blandos o duros; todos los investigadores pensamos igual: el artículo 40^a bis de la Ley 24.240, recientemente incorporado por la Ley 26.361, es de una redacción inusualmente bruta. No son pocos los que piensan que tal grado de amateurismo legislativo sólo puede ser deliberado. Sin embargo, prefiero dejar tantas conjeturas adversas para otros analistas más finos. A decir verdad, me importa muy poco descubrir al culpable del adefesio. Entiendo más constructivo tratar de impedir que un defecto de redacción haga que el daño directo termine dañando directamente a quienes pretende proteger: los consumidores. En ese orden, creo que la discusión que propongo tiene cierto interés, porque frente a la crueldad de una norma tan mal redactada se pueden adoptar soluciones o alternativas o posiciones distintas. En el estado

actual en el que se encuentra la cuestión, solo caben tres posturas: 1) Se puede esperar que una futura reforma derogue el texto legal, o lo modifique por otro más acertado; 2) Es posible aguardar a que los jueces declaren inconstitucional al artículo.3) Finalmente, es admisible interpretar a la norma para rescatar de ella su máxima utilidad social. Participo de esta última solución porque pienso que, más allá de las críticas, la conveniencia del artículo 40^a bis queda ilesa frente a diatribas que, algunas veces, esconden recelos personales de margen estrecho, y nulo aporte escolar. El artículo, a pesar de su redacción, es una norma útil en el ámbito de las relaciones de consumo. Por otra parte, interpretar la ley es tarea que los hombres de derecho no pueden eludir porque, mejores o peores, las leyes una vez dictadas evolucionan de manera autónoma, dejando atrás las circunstancias de su creador. Dicho en términos que podrían parecer hiperbólicos, no hay leyes, sino interpretación de textos legales. (2) No obstante, por desgracia, debo decir que una buena parte de la escuela está logrando un milagro de dudoso mérito: empeorar la redacción de la norma con una interpretación que tiene consecuencias devastadoras para el desarrollo de las relaciones de consumo.

Voy a transcribir la norma y subrayar aquellas partes del artículo que han ocasionado las mayores dudas y críticas.

Artículo 40 Bis Daño Directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC). El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45° de la presente ley y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del

consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial.

En resumen, las características más salientes de la norma son:

- i) El perjuicio que contempla el daño directo puede caer en la persona del consumidor o el usuario, o en sus bienes;
- ii) El daño directo, para ser resarcido, debe ser capaz de ser apreciado económicamente;
- iii) El nexo causal que determina su procedencia es la comisión, por parte del proveedor de bienes o servicios, de uno de los tipos de infracción previstos en la Ley 24.240; por ejemplo, la violación del artículo 8° bis o del 19° de ese estatuto;
- iv) La autoridad de aplicación puede, en el caso concreto sometido a su tratamiento, determinar su existencia y los alcances de su aplicación;
- v) Cuando la Autoridad de Aplicación determina su existencia, se abre a favor de quien padece sus consecuencias la vía recursiva prevista en el artículo 45° de la Ley 24.240, o aquellas previstas en las respectivas leyes provinciales que rigen la materia; por ejemplo, en la provincia del Chubut la Ley VII N° 22 (esta norma, establece un plazo de cinco días para deducir apelaciones, siendo este término sensiblemente menor al determinado en el artículo 45° de la LDC);
- vi) Toda suma de dinero que perciba el usuario por este concepto, es deducible de las posteriores indemnizaciones que recaude en la sede judicial si, eventualmente, eligiera esa vía una vez terminado el procedimiento administrativo.

Hecho este encuadre, veamos qué dice la doctrina especializada acerca de este novedoso instituto. Entre nosotros, Juan M. FARINA es el autor que interpreta al daño directo en su sentido más amplio, incluyendo dentro de este concepto al daño moral (3) Comparto esta posición. La norma en comentario, al ensanchar las facultades de la autoridad de aplicación en materia de aplicación de daños, les permite a los usuarios acceder a un resarcimiento que si bien es limitado (5 canastas básicas, según reza la norma) sirve para atenuar los padecimientos a los que puede verse sometido por causa

de una defectuosa relación de consumo. Todo ello, en el marco de un procedimiento, ágil, informal y, sobre todo, absolutamente gratuito.

Sin embargo, como decía al comienzo del artículo, el daño directo no fue nunca bien recibido por la doctrina. Haciendo un poco de historia, encuentro que el Maestro Jorge BUSTAMANTE ALSINA se refería a los ‘daños directos’ e ‘indirectos’ como una clasificación más dentro de la vasta categoría de los daños del Derecho Civil, y encuadraba en esta clasificación a aquellas lesiones que recaían ‘directamente’ sobre el patrimonio de la víctima. Sin embargo, el tratamiento que BUSTAMANTE le da al tema difícilmente nos sea tan útil hoy como lo fue en sus días; es indudable que la nueva ley se refiere a situaciones distintas a las examinadas por el magistral jurista hace casi 40 años, cuando apareció la primera edición de la Teoría General de la Responsabilidad Civil en el año 1972.(4) Le pese a quien le pese, las relaciones de consumo han cambiado, irrevocablemente, al Derecho Civil; esta situación fáctica nos obliga a pensar nuevas formulaciones más acordes con nuestra época. En ese orden, opino que el artículo 40^a bis se refiere situaciones que no fueron previstas, y ni siquiera imaginadas, tanto tiempo atrás. Es interminable la literatura que explica como el progreso, y sobre todo la aparición de la comercialización masiva de bienes y servicios, llevada adelante por el contrato de adhesión han cambiado nuestros hábitos de consumo, tanto como deben cambiar las regulaciones que se ocupan de esas contrataciones. La Ley 24.240, reglamentaria de derechos constitucionales, va en esa dirección; es necesario analizar el artículo 40^a bis considerando que sus beneficios superan los inconvenientes que ocasiona su pésima escritura. El objetivo del artículo 40^a bis es aumentar las protecciones de los consumidores; si esta norma no existiera, los usuarios deberían recurrir a un proceso judicial largo, costoso e incierto para obtener alguna reparación económica. Dicho de otro modo: el artículo está mal redactado, pero su finalidad es valiosa.

Para otros autores, que debo admitir forman la mayoría del elenco nacional, el daño directo no incluye al daño moral. El

argumento de exclusión –alegan- es que la norma establece que el daño directo, para ser resarcible en sede administrativa, debe ser susceptible de valuación económica. Sostienen que el ‘daño moral’ no tiene esa capacidad de ser apreciado en valores monetarios y, por tanto, queda exceptuado del artículo 40 bis de la LDC.(5) Parecería que el resarcimiento moral es una categoría tan sagrada que queda excluida del índice de indemnizaciones que les corresponden a los usuarios que concurren a reclamar ante la autoridad de aplicación de la Ley 2.240, o que su apreciación es tan compleja que solamente el cuerpo de expertos judiciales puede determinar la existencia y extensión de un padecimiento espiritual. Ambas conjeturas son dogmáticas; no hay ninguna razón de peso que explique por qué un cuerpo administrativo, especialmente creado para controlar el cumplimiento de una ley específica, puede establecer sanciones de hasta \$ 5.000.000 (conf. Artículo 47° LDC) pero no puede determinar la existencia de un daño moral limitado a una cuantificación dineraria de unos \$ 5.000. (Conf. Artículo 40ª bis).

Este razonamiento de exclusión tiene una primera consecuencia negativa: el consumidor que resulte ofendido en sus creencias, sentimientos y demás valoraciones extrapatrimoniales tiene menos protecciones legales que el usuario al que se le ha roto un teléfono celular.(6) Al menos estos últimos podrán ser remediados en la sede administrativa, con un procedimiento ágil y gratuito, mientras que los otros deberán recurrir a la burocracia judicial para lograr una reparación que, dicho sea de paso, difícilmente llegue a compensar el esfuerzo de emprender el trámite ante los tribunales. Digámoslo sin cortapisas: excluir al daño moral del daño directo es, directamente, eliminar el artículo 40ª bis de la ley de defensa al consumidor. La extirpación trae aparejadas consecuencias muy negativas para todo el sistema jurídico consumerista. Por eso entiendo que la autoridad de aplicación debe introducir el daño moral en aquellas disposiciones en las que admita la procedencia del artículo 40ª bis. Limitar la intervención administrativa a la reparación de los daños estrictamente materiales es casi lo mismo que anular la norma. (Por ejemplo, un usuario que se quedó sin servicio de Internet por unos cuantos días,

tendría derecho a una reparación de alrededor de \$ 10, y otro que estuvo a punto de quedarse electrocutado mientras se preparaba un licuado de banana, podrá pedir en sede administrativa el valor de un enchufe nuevo para su licuadora). No creo que esa haya sido la intención del legislador, pero sí la de buena parte de la doctrina que resulta particularmente reticente a la hora de admitir cambios. Pocas cosas afectan más al desarrollo científico que la reticencia dogmática de los que no quieren progresar porque su pensamiento se vuelve cada vez más parecido a un recuerdo que a una idea. Cuando la ciencia exagera la nostalgia, el porvenir envejece.

Aún cuando comparto alguna de las críticas que al texto del artículo 40^a bis se le hacen, entiendo que es posible realizar una interpretación jurídica razonable que rescate la figura del daño directo de su mala redacción. Este pensamiento también es compartido por autores de prestigio como PIZARRO y STIGLITZ, quienes se muestran partidarios de incluir al daño moral dentro del artículo 40^a bis de la LDC.(7) En principio, sostengo que el daño moral es tan susceptible de valuación económica como cualquier otra forma de daño. Todo daño compensa un perjuicio, y ninguna indemnización restituye las cosas al estado anterior, porque ese estado dejó de existir irremediablemente; toda la teoría general de la reparación reposa sobre una ficción que consiste en la creación, a través de los sistemas indemnizatorios, de un sucedáneo de aquello que definitivamente se ha perdido. Y esa imitación de lo que ya no está, para bien o para mal, es el dinero. Discutir esto equivale a perder el tiempo. Sigamos.

La mayoría de los estudiosos, sin salir de su perplejidad ante la defectuosa escritura del artículo, sólo atinan a formular las dudas que la norma les genera sin proponer una interpretación que la integre al sistema normativo de manera eficaz. Así, se preguntan (y no responden) si el daño directo solo comprende a las ‘consecuencias inmediatas’ establecidas en el artículo 901 del Código Civil, poniendo fuera de su alcance la reparación de las ‘consecuencias mediatas’, y el lucro cesante y, desde luego, al daño moral (8). Sin embargo, tampoco dan motivos de peso para que la poda del artículo sea aceptada sin dar

un fuerte debate al respecto. No obstante, la cuestión merece ser discutida porque excluir al daño moral del daño directo es, además de injustificado, perjudicial para el desarrollado de las relaciones de consumo. Y en el marco de esa discusión, que debe ser franca y exenta de recelos de toda índole, debe recordarse que la escasa cuantía del daño directo (no más de cinco canastas básicas total hogar), y la circunstancia de que su aplicación admite el recurso de apelación a favor de quien soporta su imposición, deberían despejar dudas acerca de los peligros constitucionales que a esta norma le achacan. En verdad, la figura del daño directo no pone en crisis ningún derecho constitucional; pero su derogación perjudicaría gravemente a los consumidores y usuarios que no podrían contar con esta mínima expectativa resarcitoria ante el incumplimiento de un proveedor de bienes o servicios.

El profesor MOSSET ITURRASPE, sin forzar interpretaciones y sin elevar críticas al grado del escándalo jurídico o la tragedia constitucional, se refiere al daño directo con la sencillez propia de los eruditos. Este jurista define a la figura en examen como un menoscabo que puede ser de contenido patrimonial o no, sufrido en los bienes o en la persona del usuario.(9) Eso mismo es lo que dice el artículo 40^a bis LDC: el daño directo es un menoscabo padecido en los bienes o en la persona del usuario o consumidor. En la definición, no hay ningún indicio que permita exclusiones, ni ofensas al sistema jurídico nacional, ni peligros al orden constitucional. Finalmente, para el jurista Carlos MOLINA SANDOVAL, la figura incluye a los daños morales pero no a la sanción punitiva prevista en el artículo 52° bis del estatuto consumerista; es necesario fundamentar esa opinión que compartimos en minoría.(10) Seguidamente voy a intentar explicar porqué creo necesario interpretar esta norma con un alcance mayor al propuesto por sus detractores.

2. El Daño Directo y las sumas deducibles en sede judicial.

Un primer argumento a favor de sostener que el daño directo no excluye a ninguna de las categorías tradicionales del daño es su propia redacción. Veamos. En su párrafo final, el artículo 40° bis dice:

“Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones que eventualmente incoadas en sede judicial”

Y siguen las confusiones terminológicas. En el código Civil, fuente de todo el Derecho privado, no hay un concepto tal como el de ‘deducibilidad de las obligaciones’ de dar sumas de dinero, entonces habrá que interpretar qué significa ‘serán deducibles’ y cuáles son las ‘otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle’. Ello teniendo en cuenta que, por el momento, es el ‘mismo concepto’ del daño directo el que no está definido

Propongo un ejemplo para que se vea la cuestión con mayor claridad. Supongamos que un usuario, luego de terminar exitosamente el trámite administrativo previsto en la ley 24.240 obtiene una indemnización por daño directo de \$ 5000. Luego, supongamos que ese mismo usuario decide continuar su reclamo en sede judicial, para lograr la indemnización prevista en el artículo 52° bis de la LDC. Supongamos, finalmente, que también resulta victorioso en tribunales. El veredicto condena al proveedor al pago de una suma de \$ 16.000, discriminados de la siguiente forma: a.- Lucro cesante, \$ 4.000; b.- Pérdida de chance, \$ 4.000; c.- Daño moral, \$ 4.000; d.- Daño punitivo, \$ 4.000. El lector ya podrá anticipar las insolubles complicaciones que surgen entre el texto legal y la interpretación estrecha y limitada que la doctrinaria le asigna al artículo 40° bis de la LDC. Veamos. La norma establece que: “Las sumas... en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles

de otras indemnizaciones que por el mismo concepto...” No obstante, buena parte de los estudiosos dicen que el daño directo no comprende, ni al daño moral, ni la pérdida de chance, ni al lucro cesante, ni ningún otro rubro indemnizatorio tradicional. Entonces, ¿cómo se deducen las sumas percibidas en la instancia administrativa de las obtenidas en la justicia? ¿Cuál será el criterio de deducibilidad que aplicarán para cumplir la norma sin que al mismo tiempo estalle la lógica en mil pedazos? ¿Se puede restar lo colectado en sede administrativa por ‘daño directo’ de lo recaudado en sede judicial por daño moral, o lucro cesante o pérdida de chance o daño punitivo? ¿Es justo que si el consumidor obtiene una indemnización por ‘daño directo’ luego se le descuenta esa suma de otra que consiguió por una reparación de daño moral? ¿Si el daño directo no está comprendido en el daño moral, por qué una suma será deducible de la otra? ¿Se puede descontar lo obtenido por la rotura de un teléfono de lo recibido por una amargura espiritual? Los autores que limitan el artículo 40^a bis al punto de convertirlo en una institución raquítica, no se ocuparon de explicar cómo debe cumplirse la deducción ordenada en ese mismo artículo. Corregir un defecto de redacción con una interpretación jurídica que la empeora no es la solución acertada. Avancemos.-

Lo establecido en el artículo 40^a bis de la LDC ni siquiera puede ser considerado como una compensación de obligaciones dinerarias, donde la suma menor se le resta a la mayor, quedando subsistente un saldo exigible que surge de esa diferencia. El artículo 818 del Código Civil requiere para habilitar este instituto que las partes revistan el carácter recíproco de acreedor y deudor (11). No sería este el caso, porque el consumidor, sea en tribunales o sea ante la administración, conserva su carácter de accipiens respecto del proveedor que no cambia en ningún momento su condición de solvens. Es decir, matemáticamente podrían compensarse estas deudas, pero ello no significaría una compensación en los términos del artículo 818 y subsiguientes del Código Civil. La cuestión tiene su importancia, porque no podría sostenerse que la obligación legal, engendrada con la disposición administrativa que concedió un daño

directo, se vaya a extinguir al ser compensada con otra obligación cuya fuente es una sentencia judicial. Por lo tanto, el criterio de compensación es inutilizable para explicar la deducibilidad referida en el artículo 40^a bis, LDC. Por otra parte, si en sede administrativa el usuario logró un resarcimiento que no incluye el daño moral y en sede judicial sí, por qué debería deducir una suma de la otra, si ambas obligaciones responden a causas distintas. No sería una deducción, sino la apropiación por parte del deudor (proveedor) de una suma de dinero que le corresponde al acreedor (usuario o consumidor) por título o causa distinta. En otras palabras: la deducción ordenada en la norma constituiría un enriquecimiento sin causa por parte del proveedor, en perjuicio del consumidor. Si se considera que el daño directo y el daño moral son categorías excluyentes no es posible que se autorice esa compensación. En suma: si el artículo 40^o bis no incluye al daño moral, ni la pérdida de chance, ni el lucro cesante, es absurdo que las sumas obtenidas por su aplicación sean deducibles de las indemnizaciones que se establecen en tribunales. Por eso, entiendo que es más sensato interpretar que el artículo 40^a bis incluye al daño moral, y a las otras indemnizaciones tradicionales; sólo así sería justo que el daño establecido por la autoridad de aplicación sea deducido de los daños aplicados por los jueces. Admitir lo contrario, equivale a convertir un texto mal escrito, en un artículo atroz que autoriza enriquecimientos indebidos. Tratemos de no empeorar la norma hasta que el legislador tenga oportunidad de corregirla.

3. El artículo 8^o bis LDC. ¿Una gravísima infracción que no tiene sanción?

El artículo 8^o bis fue incorporado al estatuto consumerista por la Ley 26.361. En líneas generales, puede decirse que su recepción guarda coherencia con el artículo 42 de la Constitución Nacional que establece que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación consumo, a...una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...”. La norma constitucional bendice definitivamente a los derechos del consumidor y del usuario, ubicándolos dentro de la

privilegiada familia de los derechos de máxima jerarquía de un ordenamiento jurídico (12). El artículo 8° bis está destinado a cumplir esa manda constitucional (13). Sin embargo, si no interpretamos adecuadamente la novedosa figura del daño directo, el artículo que ahora comento, queda sin ningún resguardo en la sede administrativa. Reflexionemos al respecto.-

El título de este párrafo adelanta otro argumento que hace razonable pensar que el daño moral está incluido en el artículo 40ª bis de la LDC. Porque si no lo estuviera, el artículo 8° bis que describe las conductas más repugnantes que se le pueden imputar a un infractor, quedaría impune ante la autoridad de aplicación de la ley 24.240. Y, lo que es peor, quien padece sus horribles efectos perdería la posibilidad de reclamar alguna reparación en sede administrativa, debiendo recurrir al costoso trámite judicial. En otras palabras: quien resulta apenado por un trato indigno, queda en franca desventaja frente a quien se le rompe una máquina de afeitar eléctrica. Veamos qué dice la norma:

Artículo. 8° bis - Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.-

Analicemos cómo se articulan los contenidos del artículo en los contratos de consumo. Es pacífico el criterio doctrinal en cuanto a destacar tres situaciones que –aunque no de manera taxativa- tipifican la conducta que castiga el artículo 8° bis de la LDC. Ellas son: 1) Las prácticas abusivas; 2) las prácticas vejatorias; 3) Las prácticas discriminatorias (14). Bien. Me parece casi superfluo debatir qué clase de daño padece una persona sometida a abusos, vejaciones, discriminaciones y vergüenzas. El artículo 8° bis de la LDC prevé un tipo punible (infracción a la ley de defensa del consumidor) gravísimo que, sin embargo, únicamente repercute en la persona de quien lo soporta. Si se excluye al daño moral del artículo 40ª bis, las personas afectadas por estas prácticas quedan sin la posibilidad de reclamar en la sede administrativa (autoridad de aplicación de la Ley 24.240) alguna clase de reparación por la infracción soportada. La incongruencia llega a su máxima expresión porque, según el artículo 47° LDC, la autoridad administrativa podría sancionar al infractor del artículo 8° bis con una multa de \$ 5.000.000, pero no podría concederle al usuario que toleró la ofensa una pequeña suma de alrededor \$ 5.000. Pregunto entonces: ¿Cómo aplican los detractores del artículo 40ª bis el daño directo en el caso de una infracción al artículo 8° bis de la LDC? ¿Qué daño emergente se sigue de un insulto? ¿Qué daño material se produce a consecuencia de un acto discriminatorio? ¿El artículo 8° bis queda al margen del control administrativo llevado adelante por la autoridad de aplicación? Quienes critican con tal vehemencia al artículo 40ª bis LDC deberían explicar qué solución proponen para el artículo 8° bis de ese código. Es para mí evidente que el legislador ha querido, de acuerdo con el texto de la Constitución Nacional, que el cumplimiento de esta norma sea custodiado por la autoridad de aplicación aplicando la novedosa figura del daño directo. También en este aspecto comparto el pensamiento de FARINA y MOLINA SANDOVAL (15)

4. Más allá de la piedad, la duda.

El intenso debate doctrinario que desde su aparición ha generado el artículo 40ª bis ha dejado un resultado que difícilmente

sea revertido: empate. Esta igualdad de militantes, a favor y en contra de interpretar el artículo en el sentido que propongo, obliga a concluir que la norma es insegura en cuanto a sus alcances. Sin embargo, la Ley 24.240 contempla los casos problemáticos en los cuales las dudas dejan lugar para una u otra definición. El artículo 3° expresamente dice: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.”(16) Lo que ciertamente no es dudoso, es identificar cuál de las posturas expuestas favorece más al consumidor; es indiscutible que interpretar que el artículo 40ª bis LDC incluye a los daños espirituales beneficia los intereses de los usuarios y mejora su condición frente a los proveedores de bienes y servicios. La mejoría también se ve reflejada en que esta interpretación amplia, le permite al usuario hacer un reclamo administrativo (gratuito) conservando la expectativa de que podrá obtener, aunque sea, un resarcimiento económico limitado aún en los casos en los cuales su padecimiento haya consistido en amarguras anímicas, tales como pérdidas de tiempo, malos tratos, atenciones defectuosas, etcétera; es infinita la cantidad de situaciones que pueden apenar a los usuarios y consumidores, sobre todo en países como el nuestro en donde la cultura del consumo recién está dando sus primeros pasos. Cabe preguntarse, si el usuario no tuviera esa expectativa, qué motivación tendría para iniciar una acción que solo acrecentaría las arcas del tesoro público. En sumario, siendo tan dudosa la exégesis del artículo 40ª bis, se deberá atender a aquella interpretación que más convenga al usuario, siendo innegable que la posición que mejor se adapta a sus intereses es la que propongo.-

5. Incipiente jurisprudencia de la Provincia del Chubut.

Quien redacta este ensayo se desempeña como asesor letrado de la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut, organismo estatal que ejerce la autoridad de aplicación provincial de la ley 24.240. En el tiempo que llevo ejerciendo mi función asesora, he visto cientos de expedientes administrativos, y las más variadas situaciones referidas a esta fascinante rama del Derecho. Debo decir, con cierto orgullo personal,

que el debate consumerista ya se ha instalado en los tribunales de la provincia del Chubut, y que los juzgados de alzada están dando sus primeros veredictos. Muy a mi pesar, estos fallos recientes son contrarios a la inclusión del daño moral dentro del daño directo. No obstante, aún esta circunstancia es ocasión propicia para un optimismo que a menudo me es esquivo; pues el intercambio de ideas, el disenso, y aún la derrota académica o judicial, es siempre fuente de un conocimiento que a tientas se aproxima a la verdad y se aleja de su peor enemigo: el dogmatismo. Me complace comprobar que los hombres mejor formados en Derecho están discutiendo el tema que tanto me ocupa.-

Para no alejarme del objetivo específico del presente trabajo, voy a analizar algunos de esos fallos, pero advierto que el análisis estará limitado al tratamiento que ellos hacen del ‘daño directo’.-

5.1. Aplicación de oficio del Daño Directo: En un muy reciente fallo dictado por la Excm. Cámara de Apelaciones de Trelew se ha dicho: “Esta reseña permite comprobar que en ningún momento –ni en la denuncia inicial ni en sus ulteriores presentaciones – el denunciante formuló petición de resarcimiento alguno por ‘daño directo’, ni mucho menos a título de ‘daño punitivo’. Ello revela que las apreciaciones de la funcionaria administrativa han sido entonces el resultado de una construcción intelectual propia, espontánea, sin alegación de la parte interesada, y sin otorgar la correlativa posibilidad de que las empresas denunciadas tuvieran una adecuada y oportuna ocasión de defenderse u ofrecer pruebas referidas a esos hipotéticos perjuicios conjeturados por el a quo.” (A. I. M. c/ B. C. S.A. s/ Contencioso Administrativo – Expte. 310/2010. Sala A, Cámara de Apelaciones de Trelew, del 30 de julio de 2010).

Como puede verse, el veredicto sostiene que el daño directo solo procede a pedido de parte. Disiento con la opinión del tribunal. En primer término, el artículo 40^a bis LDC dice textualmente: La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o

del prestador de servicios: Es decir que no se condiciona la aplicación de este resarcimiento a la petición de parte, quedando la autoridad de aplicación libre de examinar, discrecionalmente, la existencia de este perjuicio. Frente a la clara redacción del texto legal, no son más de dos las hipótesis que quedan comprendidas; a saber: 1) Que la parte que formula el reclamo, solicite en su presentación inicial esta indemnización. En tal caso, puede ocurrir que la autoridad de aplicación se la niegue por entender que no corresponde. O bien puede conceder su aplicación, si determina la existencia del perjuicio referido en el texto. 2) También puede suceder, y la experiencia me indica que esta circunstancia es la que con mayor frecuencia ocurre, que la parte reclamante, ignorando la existencia, el significado o los alcances del 'daño directo, no solicite acogerse a sus beneficios. Entiendo que este hecho no le impide a la Autoridad de Aplicación determinar de oficio la efectiva existencia del daño. Todos saben que la gente que realiza reclamos administrativos de este tipo sin patrocinio letrado; a diario concurren a las oficinas (nacionales, provinciales y municipales) de defensa de los consumidores cientos de personas afectadas por una relación de consumo; son personas que ignoran por completo los recovecos de una ley que es nueva, y cuya interpretación divide aguas aún en los ámbitos académicos del Derecho. El procedimiento administrativo establecido en la Ley 24.240 es absolutamente gratuito para las partes; su finalidad es agilizar reclamos que generalmente son de menor cuantía. En ese contexto, exigirle al usuario -que se presenta sin patrocinio letrado- que conozca los detalles de una ley como condición para acogerse a sus beneficios equivaldría, derechamente, a negarle los amparos que ella quiso poner a su alcance. El estatuto de los consumidores es una ley de claro sentido protectorio. A partir de esa consigna, establece principios tendientes a equilibrar la asimetría de fuerzas entre el consumidor (parte débil de la relación) y el proveedor (parte fuerte de la relación); uno de esos principios es la gratuidad del procedimiento administrativo. Otro, la posibilidad, dentro de ese procedimiento, de obtener un limitado resarcimiento (equivalente a cinco Canastas Básicas) para atenuar los daños que eventualmente padezca sin tener que recurrir al costoso trámite judicial. Además, si la autoridad de

aplicación puede iniciar acciones de oficio (conf., artículo 45° -párrafo 1°-, LDC), no es descabellado pensar que, también de oficio, puede determinar la existencia de un ‘daño directo’. No veo en esta interpretación ninguna tirantez que lastime los textos legales.

5.2. El daño directo y el Derecho de defensa: Un segundo reproche que el veredicto que comento le carga a la aplicación oficiosa del daño directo, consiste en señalar que lesiona el derecho de defensa de la parte que debe asumir su pago. Vuelvo a disentir con la opinión del distinguido Tribunal. Reflexiono al respecto. Todo cuerpo legal que prevé la aplicación de sanciones (La Ley 24.240, por caso) está dividido en dos unidades. Una parte del código describe las conductas que se consideran violatorias o infractoras de la ley (Tipicidad de la conducta punible); la otra parte, le asigna a esas conductas una sanción. La norma punitiva tiene un antecedente, en el que se describen conductas reprochables, y un consecuente en el que se atribuyen las consecuencias desfavorables a esa conducta hipotética. Esa es la estructura lógica de la norma: un antecedente, un consecuente, y un nexo causal imputativo. En ese orden, entiendo que la defensa del imputado se debe centrar en el antecedente (la descripción de la conducta punible) y no en el consecuente (la hipotética sanción). Dicho en otras palabras: violaría el Derecho de defensa la resolución administrativa que estableciera una sanción sin imputar –previamente- los comportamientos violatorios de la ley en los que presuntamente ha incurrido. Las partes deben defenderse de una imputación, no de las sanciones que eventualmente deberán asumir. En ese orden de ideas, debo señalar que el llamado daño directo es la consecuencia de un incumplimiento del proveedor. El artículo 40^a bis no puede imputarse porque no describe conductas sino sanciones. Ergo, la parte que pretende quedar a salvo de su alcance debe defenderse de la infracción que se le imputa, y no de la sanción que a esa falta le corresponde. Por estos motivos sostengo que la aplicación oficiosa del artículo 40^a bis LDC no es violatoria del Derecho de defensa, ni del debido proceso adjetivo.

5.3. El Daño Directo y el Daño Moral. Finalmente, también el fallo en análisis sostiene que el daño directo no se comprende al daño moral. Así se ha dicho que: “Participo de la opinión de que el texto del artículo 40 bis cuando sostiene que el perjuicio de que se trate debe ser susceptible de apreciación pecuniaria, descarta la posibilidad de que la administración ordene, al proveedor o prestador del servicio, resarcir el daño moral. En este último, los intereses afectados no son, por definición, susceptibles de apreciación pecuniaria, aun cuando la indemnización venga a proporcionar al damnificado una compensación –no equivalente- del perjuicio experimentado” (A.I.M c/ B.C S.A. s/ Contencioso Administrativo – Expte. 310/2010. Sala A, Cámara de Apelaciones de Trelew, del 30 de julio de 2010. El subrayado es propio). También discrepo de esta parte del fallo. No puedo concebir una categoría conceptual que describa a los daños ‘en la persona’ y que, al mismo tiempo, excluya al daño moral. Es que si el legislador hubiera querido limitar el alcance del artículo 40^a bis a la recompensa por los daños materiales, sencillamente hubiera excluido la mención que dice ‘sobre sus bienes o su persona.’ Al agregar ambas nociones, quedaron comprendidos tanto los daños patrimoniales como a los extrapatrimoniales. No encontré, en ninguna cita doctrinaria, ni un solo ejemplo que describa un posible daño a una persona que a su vez no sea un menoscabo de carácter moral o espiritual.

Tampoco comparto que la exigencia del artículo, referida a que el daño directo debe ser susceptible de apreciación pecuniaria suprima, por ese motivo, al daño moral. Digamos las cosas con sinceridad. Todos los días, en todos los tribunales del país se dictan sentencias que incluyen indemnizaciones por el daño moral. Esto quiere decir, y no puede significar otra cosa, que el daño moral es valorado económicamente. En su defecto, ¿qué explicación tienen los veredictos que estiman justo compensar de una pena moral, con una recompensa económica? La lógica tiene sus límites. Un concepto no puede ser y no ser al mismo tiempo sin que se destruya el Principio de Identidad. Si el daño moral no puede tasarse en moneda corriente, no se puede indemnizar con dinero; y esta limitación le correspondería

tanto al funcionario administrativo como al judicial. (Interrogo entonces: ¿de qué otra forma podría recompensarse el daño moral, sino con una retribución monetaria?). Lo cierto es que el daño moral se indemniza o repara o atenúa o compensa, con la entrega de una suma de dinero; esto quiere decir - sí y solo sí - que esa categoría de daño (moral) es capaz de apreciación pecuniaria. Desde luego, nunca el sucedáneo económico es equivalente al daño sufrido. Porque precisamente es eso: una equivalencia imperfecta que procura compensar lo que ya no puede restituirse. En ese orden de ideas, ningún daño es susceptible de apreciación pecuniaria, o todos lo son de la misma manera. Siguiendo esa misma lógica, no me parece precario afirmar que las amarguras anímicas están comprendidas en el daño directo establecido en el artículo 40^a bis de la Ley 24.240. Bien dice Gabriel STIGLITZ: “Es cierto que el agravio moral se sustrae a una medición exacta y consecuentemente a una traducción dineraria; no obstante, debe tenerse en claro que, al intentar componerlo el derecho no busca una equivalencia. El daño moral no se borra, ni desaparece por la suma de dinero que se conceda a la víctima; la finalidad perseguida no es sino la de permitirle al perjudicado alguna suerte de ‘satisfacción’ para mitigar su estado; el dinero es, por el momento, el único medio conocido para que la víctima pueda sobrellevar mejor el dolor injustamente padecido, procurándose satisfacciones sustitutivas...Esta solución tiene tanto de real y de ficticia como lo tiene para el amputado su prótesis; sin embargo, desde la ciencia médica no se han escuchado tantos desarrollos filosóficos. El criterio al que adherimos es el receptado mayoritariamente tanto en nuestro derecho como en el comparado.”(17) Comparto la cita. También pienso que el daño moral es susceptible de apreciación económica. Y, como tal, está incluido en el artículo 40^a bis de la Ley 24.240.

6. Conclusiones.

Termino las reflexiones de este trabajo con unas pocas conclusiones que espero sean de alguna utilidad.

a) La defectuosa redacción del artículo 40^a bis de la ley 24.240, recientemente incorporado por la Ley 26.361, hace necesario que una posterior reforma corrija este inconveniente.

b) Sin perjuicio de ello, se trata de una norma de gran utilidad para el mejor desarrollo de las relaciones de consumo. Por esa razón, es necesario interpretarla en armonía con los principios protectorios del Derecho del consumidor.

c) Si se admite que la Autoridad de Aplicación no puede incluir a los daños morales dentro del artículo 40^a bis LDC, no podrá admitirse la deducción de sumas de dinero que establece la norma en su párrafo 4°. Aprobar la deducción de indemnizaciones que obedecen a rubros indemnizables diversos constituiría un enriquecimiento sin causa del proveedor en perjuicio del usuario o consumidor.

d) Conforme lo establece el artículo 3° de la Ley 24.240, los casos dudosos deben ser interpretados de la forma que resulten más favorables a los intereses de los usuarios y consumidores. El artículo 40^a bis ha generado interpretaciones doctrinarias y judiciales muy diversas, lo cual obliga a optar por aquella que más beneficie a los consumidores. Resulta evidente que la incorporación del daño moral al daño directo es más conveniente para los usuarios y consumidores.

e) El daño directo puede ser establecido de oficio sin que se viole el Derecho de defensa de la parte que debe soportarlo. Ello así, porque la defensa está asegurada con la imputación previa de la infracción.

f) El artículo 40^a bis LDC no puede imputarse a los proveedores denunciados porque no describe conductas típicas de infracción. Es una sanción que se deriva de esas infracciones.

g) Toda vez que el daño moral es indemnizado mediante la compensación dineraria, es un concepto susceptible de apreciación económica.

h) De la conclusión que precede, y de la estricta letra de la norma en comentario, se deduce que el daño moral está incluido en el daño directo previsto en el artículo 40^a bis de la Ley 24.240.

Referencias Bibliográficas

(1) Interpretar la ley es una cuestión inevitable. No creo exagerar al decir que sin interpretación de la ley, directamente no hay ley. No existe la norma que pueda ser eximida de la interpretación del Magistrado que va a aplicarla. El texto legal, cuya finalidad última es regular conductas humanas a fin de mantener la paz social, es siempre defectuoso, incapaz de llevar adelante sin ayuda semejante tarea. El obrar humano despliega en cada conducta que se analiza infinitos matices que nunca podrían ser comprendidos por una norma, por más amplia que ésta fuera. (Fernando SHINA. La interpretación de la Ley. El Reporte. Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, N° 20 Noviembre de 2009)

(2) Como ya dijimos, el art. 40 bis complementa la aplicación de lo previsto en el art. 40, si bien introduce significativos cambios en el sistema de tutela al consumidor y amplía las facultades de la autoridad administrativa de aplicación la cual –a raíz de la reforma- tiene facultades para determinar daños y perjuicios ocasionados al consumidor...del artículo en cuestión se desprende que la ley es amplia y abarca todo perjuicio (teniendo en claro que en caso de duda, debe estarse por la inclusión del daño moral en la presente norma – art. 3º, LDC-) (Juan M. FARINA. Defensa del consumidor y del usuario, 4ª edición. Ed. Astrea, año 2008, página 491).

(3) Por otra parte, se considera el daño como directo, según que la lesión recaiga en la cosas de su dominio o posesión; es decir,

directamente en el patrimonio de la víctima, o indirectamente se refleja en el mismo por el mal hecho a su persona o a sus derechos o a sus facultades tal como lo expresa el artículo 1068, Cód. Civil. (Jorge BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la Responsabilidad Civil, 7ª edición. Ed. Abeledo Perrot, año 1992, página 162).

(4) Ahora bien, la propia redacción del artículo parecería descartar la posibilidad de que la autoridad de aplicación de la ley pueda obligar al proveedor de bienes o prestador del servicio al resarcimiento del daño moral. Ello, claro está, por cuanto determina que el perjuicio sea susceptible de apreciación pecuniaria. El daño moral queda subsumido dentro del daño extraeconómico al ser humano, definiéndose como una lesión a los sentimientos de aquél, y que ostenta carácter reparatorio o de satisfacción. Lo cierto es que el texto es preciso a ese respecto y, por tano, restringe la actuación de la autoridad administrativa al resarcimiento del daño económico. (Graciela G. PINESE – Pablo CORBALAN. Ley de Defensa del Consumidor. Ed. Cátedra Jurídica, año 2009, página 263).

(5) Como se echa de ver, la tortuosa definición proporcionada por el legislador se resume, en el mejor de los casos, en la facultad de la administración de ordenar al proveedor que indemnice al consumidor el valor de los bienes destruidos o deteriorados por un hecho u omisión suyo que constituya una infracción a la ley. Sólo a ese supuesto puede limitarse la intervención de la autoridad de aplicación, debiendo tenerse presente que, en tanto la norma en comentario importa conferir a esta última, facultades jurisdiccionales – que constitucionalmente corresponden al Poder Judicial- sólo cabe interpretar sus términos estricta y restrictivamente, en atención a su carácter de excepción frene a aquel principio general. (Sebastián Picasso, en PICASSO – VÁZQUEZ FERREIRA. Ley de Defensa del Consumidor Tª 1. Ed. La Ley, año 2009, página 535).

(6) Pizarro y Stiglitz dicen que todo daño debe ser necesariamente susceptible de apreciación pecuniaria, también el daño moral, y consideran entonces que esta última categoría también estaría

incluida en la norma. (PICASSO – VÁZQUEZ FERREIRA. Ley de Defensa del Consumidor Tª 1. Nota Ed. La Ley, año 2009, página 531, nota 1232).

(7) Tampoco vemos que resulte diáfano ni preciso el significado y la extensión de lo que la norma llama "daño directo". En efecto, en el epígrafe del artículo se califica al daño como "directo" y en el texto del mismo se hace referencia a que es el ocasionado de manera "inmediata". ¿Es la finalidad de la norma indemnizar solo las consecuencias inmediatas (art. 901 Cód. Civ.), quedando entonces fuera de reparación las mediatas? ¿Puede indemnizarse, por ejemplo, el lucro cesante sufrido por un consumidor víctima de una lesión física a causa de la adquisición de una cosa o de la prestación de un servicio, siendo que este no es un daño directo sino indirecto conforme el desarrollo de la doctrina especializada? ¿Comprende la definición apuntada la noción de daño moral? Esta imprecisión terminológica de la norma seguramente traerá conflictos interpretativos. (VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - AVALLE, Damián. Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios. LA LEY 23/07/2008).

(8) De ahí que la reforma, en el artículo 40 bis, disponga lo relativo al denominado 'daño directo', que no es sino un perjuicio o menoscabo, patrimonial o no, susceptible de apreciación pecuniaria, causado a la persona del consumidor o usuario, en sus bienes o en su misma persona, cuya cuantía es dispuesta por la autoridad administrativa, al margen de la intervención judicial, dentro de un límite cierto –valor máximo de cinco canastas básicas total para el hogar. (Jorge MOSSET ITURRASPE. Ley de Defensa del Consumidor. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2010, página 29).

(9) Se incluyen a los daños morales (causados por el proveedor al consumidor en virtud de la relación de consumo), pero se excluye la 'indemnización punitiva'. (Carlos MOLINA SANDOVAL. Derecho de Consumo. Ed. Advocatus. Año 2008, página 62).

(10) La compensación es un modo de extinción de las obligaciones. En forma simultánea y hasta la misma cuantía se extinguen las obligaciones de aquellas que por derecho propio son recíprocamente acreedoras y deudoras entre sí. La importancia de esta figura radica en que simplifica la extinción de dos obligaciones hasta la concurrencia del monto de la menor, porque evita el transporte de lo que debe darse en pago. (BUERES – HIGHTON. Código Civil T° 2 B. Ed. Hammurabi, año 2008, página 236).

(11) La incorporación del artículo comentado en la Constitución Nacional importó la consagración de los derechos de los consumidores y usuarios en nuestro país en el máximo escalafón posible, en sintonía con las constituciones más modernas de la orbe. (Javier WAJNTRAUB en Constitución de la Nación Argentina. Daniel SABSAY, director. Ed. Hammurabi, año 2010, página 302).

(12) Se trata de un nuevo artículo introducido por la reforma que de modo expreso y con carácter genérico exige a los proveedores condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios, acoplándose así a lo que la Constitución Nacional ya había contemplado en su art. 42 luego de la reforma de 1994 ("Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo... a condiciones de trato equitativo y digno"). (VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - AVALLE, Damián. Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios. LA LEY 23/07/2008).

(13) “Dentro de las prácticas vedadas por el art. 8 bis, pueden reconocerse: a) la práctica abusiva general: esta tipología sociológica encuentra fundamento en la propia denominación incluida en la norma y constituye una contravención al trato equitativo y expresamente impuesta por la Constitución Nacional y por la ley...b) práctica vejatoria o vergonzante: constituidas por aquellos procedimientos aplicados en la formación del contrato o en su ejecución que se caracterizan por colocar al consumidor en estado de sospecha, vergüenza o intimidación. Cualquier actitud que moleste,

denigre, tienda a colocar en situación de inferioridad al consumidor, infundiéndoles miedo o temor, encuentra aquí cabida...c) prácticas discriminatorias: la disposición describe un caso específico al respecto constituido por la imposición de condiciones contractuales diferentes para el consumidor extranjero, salvo aquellas situaciones expresamente autorizadas por la autoridad correspondiente...” (PICASSO – VÁZQUEZ FERREYRA..., página 127 y 128).

(14) Como bien señala MOLINA SANDOVAL, paralelamente, el consumidor podrá reclamar daño moral en sede administrativa de conformidad con el nuevo art. 40 bis, LDC. Esta norma no sólo señala que el ‘daño reclamado’ podrá consistir en el perjuicio o menoscabo al derecho del consumidor susceptible de apreciación pecuniaria...sino que la autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario y consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios... La ley no excluye al daño moral, que se trata de un perjuicio de apreciación pecuniaria y se ocasiona en forma directa sobre la persona, así que el consumidor podrá reclamar no solo la multa del artículo 47, inc b, LDC sino también los improbables daños punitivos... y el daño moral en sede administrativa. (Juan M. FARINA. Defensa del consumidor y del usuario, 4ª edición. Ed. Astrea, año 2008, página 232 y 233).

(15) Pueden darse situaciones, por aplicación de los lineamientos comentados, en las que el ordenamiento jurídico contemple más de una respuesta normativa para determinado presupuesto de hecho, planteándose una superposición, generándose un problema de interpretación que correspondería solucionar. De esta manera, aplicando correcta hermenéutica constitucional, le legislador previó la prevalencia del criterio interpretativo más favorable para el consumidor. (Javier WAJNTRAUB en Constitución de la Nación Argentina. Daniel SABSAY, director. Ed. Hammurabi, año 2010, página 307).

(16) Alberto J. BUERES – Jorge MOSSET ITURRASPE.
Directores. Responsabilidad Civil. Ed. Hammurabi, año 1993, página
246. Capítulo escrito por Gabriel STIGLITZ y Carlos ECHEVESTI.

Medicina prepaga. El aumento de precios por edad avanzada: un enfoque económico de la cuestión

por Fernando Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC14D5

[Consultado el: 13/07/2021]

Sumario:

1.- Introducción. Un contrato complejo y descentralizado 2. El encuadre normativo. La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. 3. El tiempo. La memoria, la nostalgia, la economía y la salud. 3.1. Aspectos económicos del contrato de medicina prepaga. 4. Algunos Veredictos. 5. Las conclusiones. Último, ofrezco algunas terminaciones con la única certeza de que las debo a los mejores autores que cito en este insuficiente trabajo.

1. Introducción. Un contrato complejo y descentralizado.

La llamada medicina prepaga se pone en movimiento a través de un contrato. Me apresuro a mencionar sus principales características, para luego tratar de resolver las difíciles cuestiones que están comprendidas en esta actividad. En primer término, sobresale que es un acuerdo de adhesión en el que una parte – empresa organizadora del sistema – se obliga frente a otra, el adherente o afiliado, a brindarle cobertura o asistencia médica en el momento en que éste la requiera. El socio, como contraprestación, se compromete a pagar una cuota que generalmente es percibida por la empresa mensualmente. Es, en principio, un contrato de tiempo

indeterminado, o de larga duración, característica que como se verá más adelante es muy importante.

La medicina prepaga tiene particularidades específicas, y una normativa propia, y una transcendencia, individual y social, que la convierte en una actividad singular. No obstante, esa especialidad no la aleja del estatuto de los consumidores, sino que –por el contrario - las normas que la regulan se integran a la Ley 24.240. Ya anticipo una primera conclusión de este breve trabajo: el servicio de medicina prepaga constituye un contrato de consumo. (2)

Otra nota congénita de este contrato es que el sujeto que organiza la prestación del servicio predispone cláusulas que el usuario acepta sin que medie una negociación. En este punto tampoco hay disputa: es un contrato de adhesión.(3) En resumen, la medicina prepaga constituye una actividad de consumo emblemática en la que la parte débil debe ser protegida con normas de orden público, protectoras e irrenunciables.(4) Además, el organizador del sistema, para llevar adelante su tarea empresaria, debe subcontratar a otros proveedores de gran conocimiento y altísima pericia técnica (médicos de las distintas especialidades, laboratorios, anestesiastas, clínicas, quirófanos, etcétera) para que se integren a la actividad que él desarrolla. (5) Esto hace que en la medicina prepaga estén involucrados numerosos sujetos de derecho, pero todos cohesionados con el principal que compone toda esa actividad dispersa (descentralizada). Esta circunstancia, hace que el usuario tenga frente a sí más de un deudor contra quién podrá reclamar en caso de ocurrir un vicio o defecto en la prestación que le es debida. Ello, claro está, sin perjuicio de las acciones de regreso que estos proveedores mantienen para sí.

En sumario, las notas esenciales de este contrato son: (1) La existencia de un empresario que organiza un sistema de cobertura médica, integrado por las diversas especialidades clínicas, que se obliga a dar asistencia a requerimiento del afiliado; (2) La descentralización de las distintas especialidades, que permite que este contrato pueda ser

fraccionado en una diversidad de subcontratos integrados; (3) Se trata de un clásico contrato de adhesión con cláusulas predispuestas; la actividad negociadora del afiliado es mínima, o nula; (4) la existencia de un afiliado o beneficiario, que mediante el pago de una cuota mensualizada, respalda (anticipa pagos) los servicios médicos que, eventualmente, utilizará en el futuro. (5) La tarifa que abonan los usuarios, considerada como unidad, es menor al precio de la prestación médica requerida, pero utilizar el servicio en forma esporádica y no constante, el afiliado actúa como un verdadero ahorrista que paga los servicios médicos con sus propias reservas; la acumulación de esas reservas fue hecha durante todo el tiempo que no utilizó los servicios; (6) Ese ahorro, que es una tasa que surge de la diferencia entre la cuota pagada por el usuario y los servicios médicos que él usa (o no usa) durante el período mensual, constituye el capital que financia a toda la estructura empresarial.

En última instancia, el de medicina prepaga es un contrato entre un ahorrista que financia los riesgos de su salud, y un empresario que toma ese ahorro, a cambio de la promesa de que, a requerimiento del ahorrista, le dará una cobertura médica. Es, lector, a menos que prefieras las discusiones largas de dudosa utilidad, un contrato de seguro. (6)(7)

2. El encuadre normativo. La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Tal es la asimetría de fuerzas del binomio constituido por el proveedor de servicios médicos y el usuario de esos servicios, que son muchas las normas que se ocupan de regular las complejas, a veces dramáticas, relaciones entre ambos. Voy a realizar una recorrida por esos textos legales empezando por los que se ubican en el tope de la pirámide jurídica: la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.-

Nuestra Constitución Nacional, modificada en el año 1994, dice en su 42º: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios

tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud,...”. La medicina prepa es el sistema universalmente estandarizado en nuestros días que permite a millones de usuarios en todo el mundo concretar este derecho de rango constitucional. (8)

Por su parte, el artículo 75 -inciso 22-, enumera a los tratados internacionales que -a partir de esa reforma- tienen, dentro de nuestro sistema normativo, preeminencia sobre las leyes ordinarias, alcanzando la misma jerarquía que la Constitución.(9) Destaca que de los once Convenios Internacionales incorporados por la reforma del año 1994, prácticamente la mitad se refiere a la salud de los habitantes, y el consiguiente derecho que éstos tienen a recibir una prestación médica adecuada a los tiempos que corren. Lamentablemente, como se verá luego de la rápida recorrida por esos Pactos Internacionales, nuestro país está tan lejos de alcanzar sus objetivos que, como con frecuencia nos ocurre, debemos conformarnos con imitar las leyes que otras naciones tienen para disfrute efectivo de sus habitantes. Veamos qué dicen las normas internacionales.-

(1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Colombia, 1948. Artículo XI: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”;

(2) Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas, diciembre de 1948. Artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez...”(El subrayado es propio);

(3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, Estados Unidos, diciembre de 1966. Artículo

12: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para: a.- La reducción de la mortinatalidad y mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;...d.- La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” (El subrayado es propio);

(4) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Nueva York, Estados Unidos, julio de 1967. Artículo 5: En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley,...particularmente en el goce de los derechos siguientes:...e.-...El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (El subrayado es propio);

(5) Convención sobre los Derechos del Niño, Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, noviembre de 1989. Artículo 24: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán...la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de la salud. (El subrayado es propio).-

Definitivamente, la salud y la asistencia medicinal, tienen la máxima protección en nuestro ordenamiento jurídico. La reforma del año 1994 ha conferido el mayor rango jerárquico a los tratados que coronan a la salud como el derecho más importante que a una

persona le corresponde. Asimismo, en el orden legal secundario, integrado por leyes nacionales y provinciales, hay varias normas que se ocupan de este complejo tema; siendo las más importantes la ley 26.660, que regula la actividad de las obras sociales; la Ley 26.661 que establece la creación del Sistema Nacional de Seguro de Salud; y la ley 24.455 que regula la obligatoriedad de las obras sociales de cubrir gastos médicos referidos al tratamiento del SIDA. Entiendo que todas estas normas específicas están integradas a la ley 24.240 (de defensa del consumidor) en la medida que deben ajustarse a los amparos y beneficios que esta última les concede a los usuarios del servicio de asistencia médica. En otras palabras: en caso de colisión o duda entre la normativa específica referida a la inclusión o no de determinada prestación médica, o la cobertura o no de determinado gasto, a la procedencia o no de un aumento de precio, o si un aumento fue o no debidamente informado, o si es o no justificado, se deberá estar, conforme el artículo 3° de la LDC, a la que resulte más favorable al usuario. Por último, cada una de las cláusulas que formen el contrato de medicina prepaga deberá, bajo pena de nulidad, pasar el estándar de admisibilidad fijado en el artículo 37° de la LDC.-

En sumario, el empresario que organiza un sistema de medicina prepaga deberá ajustarse a los términos de los artículos 3, 4, 19 y 37 y otros de la ley 24.240. Y en su defecto, será pasible de las sanciones previstas en el artículo 47° y las indemnizaciones establecidas en el artículo 40^a bis y 52° bis del citado cuerpo legal. Su conducta, en todos los casos, deberá pasar el altísimo nivel de exigencia que esa ley les impone a los proveedores para liberarse de sus consecuencias. (10) En la nota al pié de página que precede, el lector podrá encontrar citas jurisprudenciales que hacen que esta discusión esté ya terminada: el contrato de medicina prepaga es un contrato de consumo.-

3. El tiempo. La memoria, la nostalgia, la economía y la salud.

El paso del tiempo trae consigo innumerables beneficios para quienes gustan solazarse, en tardes un poco nostálgicas, con recuerdos agradables. La memoria actúa como un biógrafo complaciente que adultera los hechos haciendo que, por efecto de la mirada retrospectiva, se evoquen con una alegría quizás ausente cuando sucedieron. A medida que los años pasan, el recuerdo se apodera del porvenir, haciendo que los amantes de la añoranza a menudo tengan más memorias que planes. El recuerdo anticipa el futuro que, sin embargo, queda aplazado por ese permanente estado de evocación; así, hay quienes dicen, sin asumir del todo los cargos de esta reflexión, que somos un recuerdo indeciso de nuestros sueños. Oscar Wilde, cuya imaginación excesiva lo ponía a resguardo de las dudosas apelaciones del recuerdo, arremetió sin piedad contra esta apología de amnesias deliberadas, y sentenció: “Experiencia, es el nombre que cada uno le pone a sus errores.”(11)

No obstante, para bien o para mal, el paso del tiempo también trae también consigo, la degradación de toda biología; y así, la juventud espléndida es seguida por un deterioro físico irreversible. La salud sigue este mismo camino. Y la vida, este edicto irrevocable. Como se verá, lector, la medicina prepaga no está al margen de estas digresiones que me he permitido hacer. Veamos, entonces, cómo funciona el sistema de asistencia médica desde su estructura económica.-

3.1. Aspectos económicos del contrato de medicina prepaga.

Belén JAPAZE, tomando íntegramente el pensamiento de LORENZETTI, explica bien algunos aspectos de este contrato desde una perspectiva económica. Dice la autora: “Exhibe una curva de utilidad marginal inversa: esta característica del contrato está directamente vinculada al de riego cubierto mediante la contratación.

Como principio, mientras el usuario es joven y está sano, sus aportes y ahorros se traducen en ventajas para el organizador del sistema. La empresa obtiene una rentabilidad mayor porque el adherente paga la cuota, contribuye al ahorro, propicia la concentración de recursos y poca demanda del sistema; tiene un bajo nivel de consumo de prestaciones. Estas ventajas para el organizador se ven reforzadas por la implementación de técnicas propias del tipo de contrato, tales como la exclusión de las enfermedades previas y los llamados períodos de carencia. Pero, con el tiempo, el usuario —que ya no es tan joven ni tan sano— reclama del sistema un creciente número de prestaciones que dan sentido a aquella contratación. Las ventajas para la empresa son evidentes en un primer momento del vínculo aunque inapreciables para el adherente quien, recién en una segunda etapa de la vida del contrato, goza de los beneficios de pertenecer al sistema.”(12)

La Corte Suprema, en causa “E.R.E. vs. OMIT” se había expedido en idéntico sentido, adhiriendo en mayoría al dictamen del Procurador General que dijo: “...la curva de utilidad marginal que atañe a las partes es inversa puesto que las empresas de medicina prepaga obtienen mayores réditos en los comienzos de la relación...” (13)

Por su parte, LORENZETTI, dice: “En líneas generales la curva de utilidad marginal de las partes es inversa. La empresa gana más dinero al principio de la relación porque el paciente paga con un bajo nivel de consumo de prestaciones, lo que se garantiza con la exclusión de las enfermedades previas y los períodos de carencia. Con el transcurso de los años el paciente comienza a gastar cada vez más por su envejecimiento natural y las enfermedades. De manera que el paciente ‘disfruta’ más del vínculo luego de varios años, mientras que a la empresa le sucede exactamente lo contrario. Este fenómeno muestra que ambas curvas se cruzan en un momento conflictivo, en el que la demanda del paciente aumenta y la empresa tiende a frenarla o reformular el vínculo. ¿Puede la empresa cambiar los precios y cobrarle más a la persona adulta que ha aportado varios años?”(14)(El

subrayado es propio, y constituye el dilema que intenta resolver este trabajo). Comparto, en líneas generales, estos pensamientos. Agrego – simplemente- unas pocas consideraciones que estimo importantes para contestar la pregunta formulada por el doctrinario, y que constituye la raíz de este trabajo.

(1) La rentabilidad de la empresa, medida en un período de tiempo X , describe una curva que va de mayor a menor: la organización tiene más rédito económico al inicio de la relación contractual. Pero, sin embargo, esta ventaja inicial se va equilibrando a medida que pasa el tiempo; finalmente, hacia el fin de la relación contractual, se describe una drástica reducción de la utilidad empresaria, por la mayor demanda de servicios que el afiliado requiere en su edad madura.

(2) Esta utilidad marginal inversa (de mayor a menor), obedece a que el afiliado, al inicio de la relación, ahorra más para el organizador que lo que consume como usuario de prestaciones médicas.

(3) Si bien la curva de utilidad es una tasa de riesgo (¿alea?) empresario, es susceptible de ser calculada realizando sencillas cuentas actuariales. Es decir, lector, que: al momento de suscribir el contrato con el adherente, el organizador ya conoce el pronóstico de su rentabilidad futura, y la asegura fijando el precio que entiende provechoso para obligarse a cumplir su prestación.

(4) El precio que establece al inicio de la relación contractual, y que predispone sin negociación con el adherente, contempla todos los efectos y consecuencias de la utilidad marginal inversa.

(5) Por su parte, el afiliado sabe que va a usar más medicina cuando envejezca.

(6) Por regla, también económica, en la vejez el individuo tiene menor capacidad productiva; es decir, colecta menos dinero por

el fruto de su actividad, y normalmente debe gastar - parte o todo - lo que pudo acumular en sus años más productivos. Por eso, bien decía el siempre lúcido Lorenzetti "...que ambas curvas se cruzan en un momento conflictivo, en el que la demanda del paciente aumenta y la empresa tiende a frenarla o reformular el vínculo." Es este el dramático quid de la cuestión: el conflicto entre una demanda de la piedad humana, y la impiadosa respuesta de la economía, también humana. El derecho debe resolver la tensión de ambas pasiones. Avancemos.

El empresario no ignora que su ganancia está invertida en el tiempo; o, al menos, debe saberlo porque es un profesional dedicado al aseguramiento de riesgos, y cuenta con herramientas de cálculo estadístico que le permiten preveer su rendimiento económico con bastante precisión. Por su parte, el cliente usuario de la prestación tampoco ignora –porque el oficio de vivir enseña esa clase de lecciones- que a medida que crezca irá necesitando más intervenciones galenas. En resumen: el proveedor conoce, al momento de fijar el precio de la prestación, cuál será su ganancia a lo largo de todo ese contrato. El afiliado, a su vez, sabe que al principio usará poco del servicio, pero que ese ahorro de consumo será utilizado en el futuro. Su expectativa es que el servicio médico esté disponible más adelante, cuando realmente precise usar las reservas acumuladas durante los años de aportes (ahorros).

En orden a lo dicho al final del párrafo que precede, no comparto plenamente la reflexión que "las partes no conocen las ventajas y las pérdidas que habrá de reportarles el contrato..." (15) Admito que ese criterio es seguido por los autores de más prestigio en la doctrina nacional (16); pero esa circunstancia, sin embargo, no me inhibe de formular el reparo que, frente al argumento de la aleatoriedad del contrato de medicina prepaga tengo. (En todo caso es aleatorio para el afiliado, y en medida muy menor para el organizador. O, si se quiere, la parte aleatoria inseparable de este contrato está debidamente amortizada en el precio de la cuota establecida). Por eso, aclaro, el disenso es parcial, y entiendo que va en la misma dirección

que el pensamiento crítico de la autora citada al inicio de este capítulo. Pues, a mi modo de ver, el organizador del sistema, sí conoce la ecuación de ventajas y pérdidas que va soportar desde el inicio de la relación contractual. Este conocimiento, que sin la menor duda le atribuyo al empresario, deriva de suponer que —como hombre dedicado al negocio - es capaz de realizar una ecuación matemática de costo y beneficios, similar a la que realizan todos los administradores que operan en un mercado cada vez más competitivo y complejo. El análisis de los costos vinculados a cualquier emprendimiento comercial es determinante para fijar los precios, sea de los bienes, sea las de las prestaciones de servicios. No existe en la actualidad ningún negocio que se lleve adelante sin un minucioso examen previo de costos y beneficios asociados.

Desde luego, ese conocimiento previo que los empresarios tienen frente a las eventualidades del negocio, no es infalible y está sujeto a errores de pronóstico. Sin embargo, el margen de equivocación está, ciertamente, minimizado. En el caso del negocio del seguro (también el de medicina prepaga) las proyecciones utilizadas para fijar precios, se basan en cálculos estadísticos de probabilidad de ocurrencia; se trata de cómputos de base científica que, en la mayoría de los casos, se cumplen con la una precisión cercana a los rigores de la aritmética.

Propongo un ejemplo para ver el asunto con mayor claridad. (La oración anticipa la paradoja). Supongamos que el afiliado Horacio Lynch, aficionado a la literatura desde niño, lee, con más compulsión que gusto, cuanto relato llega a sus manos. El párvulo Lynch, abusa de sus ojos desde que aprendió a leer, antes de ingresar a primer grado, según informa la señora que ayudaba a cuidarlo en sus días. Para no alertar a sus padres, muy preocupados por su rara afición, Horacio lee encerrado en su cuarto, casi a oscuras, durante largas horas que él cree gozosas. Sin embargo, y por suerte o desgracia no es algo que podamos modificar, el destino ejerce una distribución caprichosa, y en algunos casos cruel, de las destrezas que elogian a cada persona. Lo cierto es que Horacio, recibió del inimitable Borges

los horrores de la oscuridad sin las delicias de su talento ya inmortal. (17) A causa de este problema Lynch tiene, a los 30 años, los defectos de visión de una persona de cincuenta. Esto lo obliga a usar anteojos, o lentes de contactos, y a realizar tratamientos, y comprar medicamentos, y a visitar regularmente al oftalmólogo muchos años antes que el promedio de individuos de su generación; incluso, hasta es probable que deba someterse a un tratamiento quirúrgico. En el caso de Horacio, el organizador del servicio de medicina deberá asumir un gasto que no estaba originalmente previsto en sus proyecciones financieras. No obstante, la estadística de probabilidad indica que el caso Lynch es singular entre los afiliados al sistema. Dicho de otro modo: su porcentaje de ocurrencia es menor en el universo de socios de la empresa. Se trata, por consiguiente, de un supuesto raro que si bien disminuye la hipótesis de renta óptima de la empresa, su incidencia es tan baja que resulta despreciable para modificar la base de cálculo con la que se estimó el valor de la cuota. En breve: la excepción a la regla de ocurrencia es fácilmente absorbida por el total de casos que sí se ajustan al cálculo proyectivo de probabilidades.

Por eso, entiendo que la operación matemática para establecer los precios de prestación es de base científica y, como tal, prevalece sobre la mera fortuna o la adivinación o la profecía que usualmente se formulan para explicar contratos que de aleatorios sólo tienen el nombre. En esta actividad, los riesgos son evaluados por el empresario antes de establecer un precio que resulte eficiente para que acepte obligarse a cumplir la prestación debida. Ese precio surge de estadísticas que le indican cuál es el valor óptimo de la cuota, considerando la curva de utilidad marginal invertida a la que antes hacía mención. El usuario paga ese importe por la expectativa de que esa cuota será compensada en el futuro (a distinta escala, el usuario también realiza una especulación financiera que estima provechosa). Al momento de confeccionar el contrato de adhesión, el empresario tiene conocimiento acerca de la utilidad de su negocio; cada cláusula que incorpora responde a un estudio financiero previo, a un cálculo proyectivo, a un análisis económico. El conocimiento ha disminuido

la inmensa llanura aleatoria del negocio del asegurador. En materia de medicina prepaga, el saber ocupó el lugar de la incertidumbre. Y las proyecciones financieras, el de las profecías caprichosas.

El análisis económico del derecho, sin cuyo auxilio se nos hará cada vez más difícil comprender la realidad en la que vivimos, y explicar desde la juridicidad fenómenos financieros complejos pero absolutamente racionales, trata todas estas cuestiones, a mi juicio, con acierto. En poco tiempo más, quien no sepa economía aplicada al derecho no podrá aplicar el derecho. (18)

En línea con el desarrollo que precede, y tratando de contestar el interrogante que propone este ensayo, entiendo que todo aumento de precio que altere la ecuación de costo-beneficio previsto por el organizador al predisponer el contrato de adhesión es injustificado. Como tal, ese incremento determina una infracción al artículo 19° de la LDC. Si, además, el aumento no está debidamente informado al usuario, la transgresión también incluye una violación al artículo 4° de la citada ley. Y, si ese aumento es establecido de manera unilateral por la empresa, estamos en presencia de una cláusula nula en los términos del artículo 37° de la LDC.

4. Algunos Veredictos.

Con criterio que comparto, la jurisprudencia más reciente ha dicho que los casos de esta naturaleza (aumento injustificado de cuotas) constituyen, además de las infracciones previstas en el estatuto consumerista, un aprovechamiento del estado de necesidad del usuario en los términos del artículo 954 del Código Civil. (19)

Una serie de veredictos, que han tenido lugar en los últimos 5 años, permiten concluir que el criterio de limitar a las empresas de medicina prepaga en su capacidad de aumentar precios unilateralmente, sobre todo en casos de edad avanzada de sus afiliados, es doctrina judicial consolidada. Veamos algunos de esos fallos.-

(a) “Encuadra dentro del concepto de ‘cláusula abusiva’ – artículo 37, ley de Defensa del Consumidor 24.240- la estipulación que otorga a la empresa de medicina prepaga la facultad de modificar ilimitada e incausadamente uno de los elementos esenciales del contrato, cual es el precio de la cuota, si se trata de afiliados de avanzada edad...que no cuentan con posibilidades ciertas de ser aceptados por otra entidad, debiendo asimilarse el incremento a una resolución unilateral, ya que de no poder afrontárselo, el consumidor se vería obligado a desasociarse.” (CCAdm. Trib. CABA, Sala III, del 13 de abril de 2004);

(b) “Debe confirmarse la resolución que ordenó a la empresa de medicina prepaga demandada abstenerse de aplicar la cláusula que autorizaba a incrementar la cuota de sus afiliados por razones de edad...pues la estipulación señalada desnaturalizaría las obligaciones que el artículo 37 de la ley 24.240 impone a la accionada...” (CNcom., Sala C, del 8 de marzo de 2005);

(c) “Es admisible la acción de amparo interpuesta contra una empresa de medicina prepaga con el fin de que restituya las sumas que percibió por el aumento de la cuota de un afiliado dispuesto unilateralmente con fundamento en la edad avanzada de éste, puesto que el sistema de medicina prepaga tiene un ingrediente aleatorio, semejante al del seguro, que lo obliga a afrontar la mayor onerosidad que debió tenerse en cuenta al efectuar los cálculos actuariales tendientes a fijar el precio del servicio.” (CNCom., Sala c, del 29 de agosto de 2005. El Subrayado es propio) ;(20)

(d) “Sobre esta base, forzoso es concluir en que la cláusula contractual que faculta a la empresa médica a imponer aranceles adicionales por edad resulta abusiva...De tal modo, colisiona con el artículo 42 de la Constitución Nacional, en cuanto garantiza a los consumidores el derecho a la protección de su salud, seguridad e interés económicos, así como de trato equitativo y digno...” (CNCiv. y Com. Fed., Sala II, del 31 de agosto de 2010). (21)(elDial.com - AA62C9)

Termino este capítulo con una aclaración que no quiero esquivar. Si el aumento arancelario tiene por finalidad restablecer el equilibrio económico del contrato cuando, por el motivo que fuera (inflación, depreciación monetaria, crisis cambiaria o cualquiera de estas felicidades que figuran en el menú de la economía argentina), ese equilibrio se hubiera roto, entiendo que el precio podría ser modificado; porque en ese supuesto, no estaríamos frente a un verdadero aumento del valor de la tarifa, sino ante una actualización del precio de la prestación. La jurisprudencia parece ir en ese sentido: “La reserva unilateral en la fijación de precios es abusiva en cuanto afecta la determinación del precio (artículo 19 ley de consumo). Ello sin perjuicio de que puedan presentarse situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente. La variación de precios es lícita siempre que constituya una cláusula de estabilización del precio original que puede contemplar el ajuste de los diversos servicios conforme a su costo” (22)

Este sería, a mi juicio, el único supuesto que facultaría un incremento de los precios sin que la empresa caiga en infracciones a las distintas normas legales.-

5. Las conclusiones. Último, ofrezco algunas terminaciones con la única certeza de que las debo a los mejores autores que cito en este insuficiente trabajo.

(1) La medicina prepaga se pone en movimiento mediante un típico contrato de consumo;

(2) Es, además, un contrato de adhesión con cláusulas predisuestas unilateralmente por el organizador del negocio;

(3) En la actividad de medicina prepaga existe una gran descentralización de proveedores de servicios; actúan muchos proveedores, pero todos cohesionados con el principal que los integra en una actividad única;

(4) El derecho a la salud, conforme el artículo 42 de la Constitución Nacional, es de rango superior y, por tanto, justifica un esquema de protecciones ampliadas a favor del usuario. Asimismo, esa jerarquía inmejorable, también se corresponde con la incorporación de los Tratados Internacionales a que se refiere el artículo 75 –inciso 22 – de la Constitución Nacional;

(5) La rentabilidad de una empresa de medicina prepaga describe una curva marginal inversa, fenómeno que describe que la utilidad del negocio es mayor al inicio de la relación contractual y va decreciendo con el correr del tiempo;

(6) El empresario, al fijar el precio de la prestación a que se obliga frente al afiliado, tiene en cuenta la marcha decreciente de la curva descrita en el punto que precede;

(7) Resulta necesario hacer un análisis económico para entender el funcionamiento de este particular contrato;

(8) Todo aumento del valor tarifario, fijado unilateralmente con causa en la edad avanzada del afiliado es –en principio- una infracción a los artículos 4º,19 de la LDC;

(9) Toda cláusula contractual que permite al organizador del sistema a realizar aumentos de precio unilateralmente es, conforme el artículo 37º de la LDC, nula;

(10) El aumento arancelario cuya finalidad sea restablecer el equilibrio económico del contrato es, en principio lícito, conforme lo establece el artículo 1198 del Código Civil.-

Referencias Bibliográficas

(1) Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios – Chubut.

Autor de La libertad de expresión y otros derechos personalísimos."Un ensayo de Derecho Comparado", Editorial Universidad, (ISBN 978-950-679-449-1). Abril de 2009.

(2) El contrato de prestación médica prepaga es aquel por el cual la persona física o jurídica titular de una empresa organizada a este fin, promete a otra, llamado 'beneficiario' (o abonado), una determinada asistencia médica, y recibe, como contraprestación, el pago, generalmente, periódico, de una suma de dinero. (Juan M. FARINA. Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2009, página 144. Nota 23 –cita del Dr. Carlos GHERSI).

(3) Es aplicable el régimen de defensa del consumidor –ley 24.240- al contrato de cobertura médica celebrado con una empresa de medicina prepaga, habida cuenta de que se trata de un contrato de adhesión y de consumo. (CSJN, 13/02/2001. Fallo citado en Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 410. Nota 86).

(4) El problema aquí es que las partes pueden haber emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento, pero hay una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino mera adhesión. Estas circunstancias que antes no interesaban al Derecho, sino a la sociología, han sido juridizadas mediante normas de orden público. (Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 27).

(5) Habitualmente el organizador del servicio de salud subcontrata o delega en otros la efectiva prestación de los servicios: médicos, odontólogos, laboratorios, clínicas, sanatorios, etcétera. (FARINA, Ob. citada, página 144).

(6) Sin perjuicio de la inversión o aporte del empresario organizador del sistema, los recursos destinados a solventar los costes de la prestación tienen como origen el patrimonio de los usuarios del

sistema. (Belén JAPAZE, en PICASSO – VÁZQUEZ FERREIRA. Ley de Defensa del Consumidor T° 2. Ed. La Ley, año 2009, página 129).

(7) Entre una empresa de medicina prepaga y un seguro de salud existen grandes similitudes. Ambos son sistemas de financiamiento, es decir que su propósito es dar servicios médicos a través de terceros que contratan...Ambos tienen como base el pago anticipado del usuario y la prestación otorgada cuando se produce el evento dañoso. LORENZETTI. Ob. citada, página 415).

(8) Un ejemplo interesante que no queremos omitir –entre otras razones porque se vincula con el derecho a la vida y a la integridad – es el derecho a la salud. Su mención marginal en el artículo 42 (para protegerlo en la relación de consumo) apunta a un aspecto parcial que ahora debemos ampliar...Piénsese, no más, en las prestaciones estatales y privadas que para la atención de la salud tienen a su cargo los establecimientos del estado, las entidades de medicina prepaga, las obras sociales, etc. (Germán J. BIDART CAMPOS. Tratado elemental de Derecho Constitucional, T° 1 B. Ed. Ediar, año 2006, página 288 y 289).

(9) Cuando se hace interpretación coherente de esta disposición se observa que: a) a los tratados se les atribuye jerarquía superior a las leyes, y b) a los once instrumentos internacionales que enuncia el párrafo segundo del inciso se les reconoce jerarquía constitucional...De ahí que jerarquía constitucional, bien que por el adjetivo ‘constitucional’ define una prioridad sobre las leyes, quiere decir mucho más: quiere decir que los once instrumentos se sitúan al mismo nivel de la constitución, que comparten su supremacía, y que encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico. (Germán J. BIDART CAMPOS. Tratado elemental de Derecho Constitucional, T° III. Ed. Ediar, año 2006, página 276).

(10)(a) Toda vez que resulta de aplicación la ley 24.240, al contrato de medicina prepaga, si la empresa condiciona la permanencia de la

cobertura al cumplimiento de requisitos modificados unilateralmente en perjuicio del afiliado, ello desnaturaliza las obligaciones de aquella (artículo 37, ley citada), la cual tiene el deber de mantener lo convenido (artículo 19, ley citada) y el deber específico de información (artículo 4, ley citada). (CCCom., Rosario, sala II, del 9 de noviembre de 1999); (b) El contrato que regula la prestación del servicio de medicina prepaga es un contrato de consumo, por lo que queda comprendido dentro del marco regulatorio de la ley 24.240 (CCadm. Tib. CABA, sala II, del 8 de junio de 2004); (c) Los contratos de afiliación a empresas de medicina prepaga, regulados por la ley 24.240, son contratos de adhesión y consumo, siéndoles aplicables, por ende, las disposiciones de aquella normativa y las pautas jurisprudenciales generadas sobre ella, de modo que, entre las soluciones posibles debe buscarse la interpretación más favorable al consumidor. (CNCiv., sala A, del 4 de julio de 2005). Los fallos citados fueron tomados de LORENZETTI, Ob cit., página 410 y 411).

(11) Experience is the name that every one gives to their mistakes. Oscar Wilde, Ed. Península, 1997, psge 30).

(12) Belén JAPAZE, en PICASSO – VÁZQUEZ FERREIRA. Ley de Defensa del Consumidor^T 2. Ed. La Ley, año 2009, página 130).

(13) CSJN, 13 de marzo de 2001. (eIDial.com - AA74B)

(14) Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 415)

(15) Belén JAPAZE, en PICASSO – VÁZQUEZ FERREIRA. Ley de Defensa del Consumidor^T 2. Ed. La Ley, año 2009, página 133).

(16) El contrato que analizamos es aleatorio, de manera que las partes no saben si van a requerir los servicios médicos o no, lo cual depende de un acontecimiento que es la enfermedad. No se trata de una cuota de inversión, y la relación jurídica es profundamente diferente del contrato de ahorro previo para la compra de bienes. Un automotor o

una vivienda tienen un valor, un precio cierto, que se puede pagar en forma previa o posterior, pero la relación es siempre conmutativa, puesto que las partes conocen las ventajas ab inicio...en cambio, siendo aleatorio, el contrato de medicina prepa no permite este efecto. (LORENZETTI, Ob., citada página 418).

(17) Homenaje a la genialidad: Nadie rebaje a lágrima o reproche esta declaración de la maestría de Dios, que con magnífica ironía me dio a la vez los libros y la noche. De esta ciudad de libros hizo dueños a unos ojos sin luz, que sólo pueden leer en las bibliotecas de los sueños los insensatos párrafos que ceden las albas a su afán. En vano el día les prodiga sus libros infinitos, arduos como los arduos manuscritos que perecieron en Alejandría. J.L.B. Poema de los Dones.

(18) Los supuestos sobre la racionalidad y maximización de la utilidad proveen una teoría de la formación del contrato: cada cláusula de ser 'racional' para las dos partes. Cuando se negocia sobre una contingencia determinada, cada parte evaluará el valor (o el costo) que para ella tiene cumplir con las obligaciones bajo tal contingencia. El obligado exigirá un pago suficiente como para cubrir los costos esperados, es decir, los costos que resultarían si hubiera una contingencia, descontando la probabilidad de que tal contingencia no acerca. La otra parte no aceptará pagar por el cumplimiento del obligado más del valor que para él tiene el valor descontado del cumplimiento si se produce la contingencia; si el valor descontado del cumplimiento es menor para ella que el costo descontado de cumplimiento para el obligado, las partes no llegará a ningún acuerdo, o modificarán los requisitos de cumplimiento bajo tal contingencia para que la transacción sea beneficiosa. (Aporte de Lewis A. KORNHAUSER, en Elementos de Análisis Económico del Derecho. Ed. Rubinzal- Culzoni, año 2004, Capítulo IV, página 114 y 115. El subrayado es propio).

(19) La reserva unilateral en la fijación de precios es abusiva en cuanto afecta la determinación del precio (artículo 19 ley de consumo)...Frente a ello, si como también surge del reglamento se

condiciona la permanencia al sistema al pago de los incrementos...o como le pasó al actor se lo lleva a la necesidad de cambiar de plan con disminución de prestaciones para pagar una cuota más reducida, no cabe duda que se configura una hipótesis de lesión (artículo 954 del Código Civil) frente al estado de necesidad del asociado...Obsérvese que el actor, después de pertenecer al sistema durante décadas, ahora con 76 años de edad y discapacitado, le resultaría imposible acceder a otro sistema de salud, donde debería afrontar nuevamente otro plazo de carencia o con su enfermedad al declararla como preexistente, no tendría cobertura y su edad implica un problema, pues significa cuotas más elevadas o alguna otra traba que generalmente aparecería , con lo cual el sistema general un cliente cautivo. (CNCiv, sala K, del 11 de febrero de 2010. En (elDial.com - AA600B).

(20) Los fallos citados como a, b y c, fueron tomados de LORENZETTI, Ob., citada, página 430 y 431.

(21) En (elDial.com - AA62C9).

(22) CNCiv, sala K, del 11 de febrero de 2010. En (elDial.com - AA600B).

Consumo on line. Problemática del contrato informático (1)

por Fernando Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC14E6

[Consultado el: 13/07/2021]

Sumario:

1. Introducción. 2. Desarrollo de la cuestión de los consumos on-line. 3. La vulnerabilidad de los consumidores online. El problema del conocimiento. 4. Los contratos conexos. La cadena de comercialización el artículo 2º de la LDC. La integración de toda la actividad. 5. Responsabilidad por el riesgo del desarrollo. 6. Conclusiones.

1. Introducción.

Básicamente la Internet es un sistema de interconexión en red que permite a un conjunto de personas, ubicadas distantes entre sí, comunicarse e intercambiar datos en tiempo real. Para hacerlo, se necesita una computadora personal y una vía de acceso a la red. Además, Internet es una red abierta, cuyo acceso no tiene ninguna otra restricción que no sea la de contar con los elementos antes indicados. El lector podrá advertir que ya a esta alturas estoy tentado (forzado) de decir que, básicamente, la aparición de Internet es una cuestión absolutamente revolucionaria. Asombrosa, básicamente. La Internet ha cambiado nuestros hábitos de vida dramáticamente, y tanto más ha hecho con el comercio y, desde luego, con el Derecho en general. En particular con el Derecho del consumo, materia que esta ponencia tratará de abordar.

La primera cuestión que debe entenderse es que ese conjunto de personas que acceden a la red, se cuentan por millones, y que las distancias que las separan se cuentan en miles de kilómetros, y el tiempo real en que se comunican, ciertamente, de real no tiene nada. Es un tiempo asombroso. Propongo un ejemplo para que se vea la cuestión: Naresh Kumar, un ingeniero en sistemas que vive en Nueva Delhi, le envía un email a un amigo abogado que tiene en la Argentina. En el correo electrónico, el indio expone el desarrollo de un negocio que – a pesar del pesimismo de su mujer – él considera brillante; como tantas veces ocurre, Naresh desea que la opinión favorable de su amigo logre suavizar la de su esposa. Por su parte, el abogado de argentina se muestra –silenciosamente – atraído por la idea; sin embargo, le dice a Naresh que el tema no le parece interesante; al mismo tiempo, utilizando una computadora más chiquita que tiene en su mesita de luz, le reenvía el email de Mr. Kumar a sus socios que viven, convenientemente, en el clima casi caribeño de alguna ciudad en el Estado de Florida (Estados Unidos); a su turno, el socio americano, sin dejar de comer un dudoso Hot Dog, saca su teléfono celular de un bolsillo y reenvía el mensaje a sus agentes en Europa, quienes ya han realizado un negocio similar en Turquía. (Se trata del desarrollo de un Sitio Web para comprar y vender productos On line); tímidamente el americano los invita a invertir algo de dinero (varios millones de dólares) en esa operación. En simultáneo, los europeos se contactan con su asesor informático que vive en la India (Naresh Kumar, ni más ni menos). De esta forma, mientras el ingeniero Kumar chequea si el email que mandó a la Argentina llegó a destino, advierte que tiene un nuevo correo de un cliente que ahora vive en Alemania con su tercera mujer y su primer hijo. Y la novela –lector - puede continuar, porque la trama de relaciones posibles a través de Internet es infinita. En resumen: en un tiempo “real” que no supera los 30 minutos se puede consensuar un contrato multimillonario, arruinar una amistad, traicionar a un socio, atenuar una pelea doméstica, ocasionar un divorcio, o favorecer una historia de amor inesperada, sin que sus agentes –ubicados en distintos continentes- hayan siquiera gastado un centavo en

comunicaciones telefónicas. Es el universo de la Internet, sin espacio, ni tiempo, ni limitaciones geográficas o temporales (2).

Los números de la Internet sorprenden; en las últimas décadas los precios de las computadoras han caído dramáticamente; hoy –afortunadamente - es un bien que está al alcance de una masa de gente que era impensable años atrás. No obstante, esa democratización de la ciencia no debe ser vista con la parcialidad de los entusiasmos ingenuos, ni con la severidad de los pesimismo anacrónicos. (3) La alta tecnología tiene rincones oscuros que siguen ocultos a la luz del progreso; los contenidos inapropiados, la pornografía infantil, la violación de la intimidad, por nombrar solo algunos. Dejo, quizás para otro trabajo, un análisis del aporte que el adelanto trajo para la felicidad del individuo. (4)

Por medio del acceso a la red de redes, son cientos de millones de personas que están comunicadas las 24 del día en cada rincón del Planeta Tierra. Tampoco los niños quedan afuera, ni los educadores dejan de advertir que la ‘revolución tecnológica’ ha cambiado la estructura de la sociedad desde sus cimientos. F. Philip Rice y Kim Gale Dolgin, en su libro *The Adolescent* nos informan que, solamente en Estados Unidos (País que tiene una población de más de 300.000.000 millones de habitantes), desde 1980 a la fecha, el 50% de los trabajadores usan computadoras en sus trabajos; el 65% de los estudiantes secundarios las usan en sus casas; más del 75% de esos estudiantes las utilizan regularmente en sus escuelas; y - a no inquietarse lector - el 35% de los alumnos de jardín de infantes las usan en sus salitas. Todo eso, sin dejar de considerar que el principal motivo que los usuarios tienen para usar una computadora es la posibilidad de acceder a Internet. (5) Así las cosas, no es precario señalar que la Internet ha modificado nuestros modos de consumir, y que el derecho debe acompañar esos cambios con una evolución sin precedentes en la historia. Son miles, los millones de dólares que anualmente circulan on-line, con solo mover el mouse y apretar enter.-

2. Desarrollo de la cuestión de los consumos on-line.

Siguiendo con el ejemplo propuesto, imaginemos que finalmente el Web Site de Naresh Kumar comienza a funcionar bajo el nombre de nareshventasonline.com. El sitio, básicamente, realiza la siguiente actividad comercial. Les cede (a cambio de un precio) a todos los usuarios que ingresen la posibilidad de publicar los productos o servicios que deseen vender. Por su parte, otros usuarios se pasean libremente por este Shopping Center Virtual pudiendo comprar desde un auto hasta un secador de pelo. Según lo explica el propio Kumar, el sitio constituye un desarrollo único en la región que opera como una de sección de avisos clasificados (virtuales) de un diario tradicional, en el cual los usuarios pueden publicar avisos y lograr que otros navegantes del sitio los compren. (6)Esta empresa hipotética percibe una utilidad por el espacio virtual que cede (Tarifa por espacio publicitario) más una comisión por venta, si los productos logran venderse (Comisión por venta). Es decir, la rentabilidad de nareshventasonline.com es una vía de dos carriles: a.- colecta utilidades por la cesión del espacio publicitario; b.- percibe una comisión por las ventas efectivamente realizadas. Sigamos navegando. En una sección de la página virtual aparece una ventana que contiene algo parecido a un contrato o condiciones de uso del sistema de compra y venta virtual. En breve, en el acuerdo que ningún usuario ha podido acordar, se les informa (eufemismo del artículo 42 de la Constitución Nacional y del artículo 4º de la Ley 24.240) que el sitio no puede garantizar la calidad, ni el estado, ni la integridad ni la legitimidad de los productos ofrecidos. Más aun, nareshventasonline.com tampoco responde por el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los usuarios que mercadean en él. En resumen: no se asegura ni la entrega, ni la calidad, ni el transporte, ni la seguridad de ninguno de los productos que se comercializan en nareshventasonline.com. Sigamos. Para facilitar las tareas de sus clientes, se abre otra ventanita que contiene bastantes consejos útiles que los usuarios deben seguir para que la operación van realizar resulte exitosa. Todos estas sugerencias tienen la finalidad de informar a los usuarios de los riesgos e imperfecciones

(sobre todo referidas a la certeza de los datos ingresados; por ej., identidad de las personas) que esta actividad tecnológica tiene; por eso, se advierte que si la operación fallara, nareshventasonline.com no se hará responsable, ni aún en caso de la existencia de fraude. Dicho esto, un ejército de marineros aficionados comienzan a navegar sin brújula, atraídos por las sirenas del consumo, confiando en redes de contención que no ven, y sin informes acerca de los vientos que soplan en esas aguas.

3. La vulnerabilidad de los consumidores online. El problema del conocimiento.

No hay autor que al hablar de responsabilidad por los productos elaborados no se refiera al triple problema que presentan los productos. El triplete se completa así: a.- eventuales problemas en el diseño del producto; b.- eventuales problemas en la fabricación del producto; c.- desinformación que tienen los usuarios acerca de cómo usarlo de manera segura y útil. Voy a focalizar el análisis en el tercero de los puntos señalados: la información. Para empezar, hay que remarcar la asimetría de conocimiento con la que nacen todas las relaciones de consumo, en las que un consumidor inexperto se enfrenta a proveedores profesionales que, por mucho, lo superan en recursos técnicos, financieros y logísticos. En la alta tecnología, esas desventajas se agravan porque el usuario es más inexperto en su manejo; la brecha cognoscitiva, entre unos y otros, se hace directamente inalcanzable. (7) Debido a ese mayor conocimiento, cuyo valor en términos económicos es transcendental (el conocimiento es la materia prima –junto con el marketing comercial – más costosa en la ingeniería comercial de nuestros días); el profesional, mediante el uso de publicidad exacerbada, logra atraer al sujeto inexperto a un mundo de consumos instantáneos, donde las cosas parecen sencillas. El propio desconocimiento del usuario le hace pensar que es fácil aquello que en verdad es difícil, complejo y riesgoso. De esta forma, es rápidamente atraído a un mundo infrecuente para él que, sin embargo, es presentado bajo una ‘apariencia’ apacible y exenta de riesgos; esa apariencia, es la que

engendra en el sujeto la ‘confianza’ necesaria que lo lleva a ingresar a un medio desconocido. Aparece así un binomio conceptual que resulta clave para explicar algunas cosas del complejo mundo del e-commerce: la apariencia (creada por el experto) y la confianza (transferida por el consumidor al proveedor). Para LORENZETTI, que tan profundamente se ocupa de este tema, lo que rige en materia de comercio electrónico es la oferta contractual basada en la apariencia, y una aceptación sustentada en la confianza que el usuario le transfiere al proveedor. (8) La enorme desventaja cognitiva que rige a las relaciones del consumo on line exige que la tarea protectora sea reforzada. Algunos autores hablan de la creación de un Orden Público Tecnológico que equilibre la semejante desigualdad. El siempre vanguardista, y querido amigo, Waldo Sobrino dedica parte de uno de sus tantos libros a explicar este novedoso concepto del ámbito jurídico. (9) Último, cabe señalar que esa apariencia, creada artificialmente a través de publicidades muy agresivas y que en algunos casos son, directamente, invasivas también es la causa que ocasiona su responsabilidad. (10) Sigamos.

4. Los contratos conexos. La cadena de comercialización el artículo 2º de la LDC. La integración de toda la actividad.

Volvamos al almacén virtual del ejemplo propuesto. Veamos la cantidad de tareas que los usuarios deben desarrollar para que sus operaciones sean seguras; en ese singular contexto se puede apreciar cómo juegan en concreto los conceptos de ‘apariencia’ y ‘confianza’ expuestos en el antecedente. La mayoría de las operaciones se realizan entre personas que no se conocen, pues no es dable asignar ninguna cercanía a sujetos que se presentan entre sí utilizando un nickname o nombre de fantasía que, precisamente, usan para preservar su identidad real. El primer inconveniente, entonces, es que el usuario (el comprador) no conoce a su vendedor, ni tiene manera certera de conocerlo porque (siguen las apariencias) es altamente probable que uno y otro estén a cientos o, tal vez, miles de kilómetros de distancia entre sí. Es decir, el usuario común realiza una operación comercial con quien no conoce y no sabe dónde está ubicado. Luego, entre

ambos cibernautas se realiza una negociación –generalmente- a través del correo electrónico; en ese intercambio, también electrónico y también anónimo, fijan el precio y las demás condiciones de su negocio. (11) A simple vista, parecería que quien realiza una inversión en esas condiciones es, por decirlo en términos más suaves que jurídicos, un negligente. Sin embargo, nuestro usuario lo que hace es navegar en un sitio que conoce, por referencias al menos; es fascinado por una apariencia de seguridad de la cual deriva un estado de confianza; se fía, no en el cibernauta que tiene al otro lado de su PC, quizás al otro lado de algún océano, sino en el proveedor que dispuso a su favor, un sistema experto de comercialización de bienes y servicios. Ese profesional, especializado en informática, no creó solamente una página de intercambio de datos e información; no es un mero intermediario que cede un espacio virtual; en verdad, ha creado un sistema comercial experto de alta complejidad técnica. Ese sistema, se presenta al público bajo una apariencia que lo hace confiable, y sencillo de utilizar. Alcanza con clicar, y el consumidor cliqua y cliqua: acepta condiciones que no acepta, enter; lee contratos que no lee, enter; salta consejos útiles que son inútiles, enter; experimenta la prisa del deseo, enter. Pero casi siempre ignora que si algo sale mal, es ‘gameover’. No obstante, no es un consumidor negligente, es una persona común y corriente que confía en las apariencias creadas por un experto. La alta tecnología, y las actividades comerciales derivadas, agudizan un desigual encuentro entre quienes LORENZETTI denomina expertos y profanos. (12) La fortaleza de uno radica en su conocimiento aplicado; la vulnerabilidad del profano, no de su espíritu inmodesto, sino de su limitado conocimiento y su deseo exasperado. Actúa, al ritmo de un cliqueo casi alienante. (13) Sin embargo, la ensoñación le dura poco; la apariencia deja caer sus velos y muestra que confiar mucho y conocer poco es el preludio de los peores negocios.-

Veamos qué cosas, en su apuro, dejó de leer mientras cliqueaba sin parar: 1) que nareshventasonline.com solo es un intermediario que pone en contacto a los compradores y vendedores; 2) que nareshventasonline.com no tiene ninguna responsabilidad

relacionada con productos que se comercializan en el sistema experto, ni en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada una de las partes; 3) que nareshventasonline.com no responde por el fraude de un usuario en perjuicio del otro; 4) que nareshventasonline.com no responde ni siquiera por la veracidad de la información que está disponible dentro del sitio; 5) que nareshventasonline.com no responde civilmente por los daños derivados de las operaciones realizadas; 5) que el usuario debe chequear la autenticidad de los datos aportados por su contraparte; 6) que también el usuario debe asegurarse que las eventuales transferencias bancarias sean seguras; 7) que el sistema experto no le asegura que la mercadería llegará a destino, ni que el precio ofrecido sea compatible con el que el mismo producto tiene en el mercado. En suma: en ese espacio virtual reina la inseguridad real; y la felicidad aparente.-

Sin embargo, y más allá de las condiciones de uso que predispone el organizador de un sitio Web como el descrito, su titular debe ser considerado como un proveedor que organiza un servicio experto de compra y venta, utilizando una tecnología altamente calificada; en ese espacio, otros proveedores mercan sus productos y servicios, y se realizan una serie de contratos que resultan ser conexos (14) al que los vincula con nereshventasonline.com. Entre todos integran una actividad única y un frente solidario con relación al usuario. Por lo tanto, entiendo, y esa es la hipótesis de este artículo, que el organizador del sistema es un eslabón más de la llamada cadena de comercialización que forman todos los proveedores de bienes y servicios que en ella actúan. Ello, conforme lo establece el artículo 2° de la ley 24.240. Su responsabilidad solidaria, en los términos del artículo 40° del estatuto de los consumidores, surge de haber creado un sistema comercial experto en el que interactúan otros proveedores, formando entre todos una red contractual. (15)

Uno de los grandes logros –quizás el más importante - de la ley 24.240 y sus modificaciones fue, precisamente, crear una cadena de deudores solidarios (Conf., artículos 2°, 13° y 40° de la LDC); si se permite que esa responsabilidad sea segmentada nuevamente cuando

se celebren contratos de e-commerce, habremos dado un enorme salto hacia el atraso. Porque la mayoría de estas contrataciones se hacen con la participación de muchos proveedores que se encolumnan tras de uno que los concentra; desde luego, este organizador no quiere formar parte de ninguna red solidaria. Pero, al estar obligado a responder por todo lo que pase en su sitio, se verá incentivado a que sea más seguro y más confiable, y no una apariencia virtual de esos atributos reales. La ley tiene la virtud de crear incentivos que benefician a todos. Ensanchar –moderadamente- los límites de la Teoría de la Responsabilidad Civil tiene un inestimable efecto disuasorio de conductas nocivas, lo que se traduce en una fórmula casi matemática que indica que, a mayor responsabilidad del proveedor, menor daño para el consumidor. Los estudios sobre el análisis económico del derecho explican este fenómeno que vincula, bajo un estricto régimen de proporciones inversas, al daño con la responsabilidad civil. (16)

Por último, cabe recordar que a la Argentina le costó casi una década incorporar el artículo 13º y 40º de la LDC, ambos textos tuvieron padecer un largo veto presidencial que finalmente cedió en 1999 con la modificación de la ley 24.499.

Mantener unido al bloque de deudores solidarios (Proveedores) es el eje de esta nueva rama del Derecho. No dejemos que el avance nos haga retroceder. No es una paradoja, es pura estrategia. (17)

5. Responsabilidad por el riesgo del desarrollo.

En materia de alta tecnología el progreso continuo es la regla; del asombro innovador a la obsolescencia hay un paso mucho más corto del que podemos imaginar. El teléfono celular de ayer, que apenas sirve para hablar por teléfono, ya no sirve, virtualmente, para nada. La tiranía del progreso no legisla leyes sociales piadosas con los productos que pierden su vigencia: se los desecha, y ya nadie quiere

comprarlos. El ritmo es vertiginoso, creando la percepción de que el futuro es más veloz que el presente.

Quien desarrolla un producto debe actualizarlo en forma permanente; no es infrecuente que al poco tiempo de lanzado al mercado, ese mismo producto o servicio sea superado, o al menos mejorado por la aparición de nuevas técnicas. En ese marco, quien desarrolla un producto o servicio de alta tecnología puede – razonablemente- alegar que al momento de ponerlo en circulación dispuso de toda la tecnología vigente en ese momento, pero que un año después esa misma tecnología era ya añeja. Los autores definen al ‘riesgo desarrollo’ como las consecuencias dañosas de un producto ignoradas al momento de su fabricación. Por nuestra parte, incluimos también en esta categoría a aquellas consecuencias desfavorables que, aún pudiendo ser previstas, se desconoce la manera técnica de resolverlas. El dilema que se plantea consiste determinar qué pasa con una falla o riesgo de un producto o servicio que, al tiempo de su lanzamiento, era o bien desconocida o bien insuperable. Los riesgos de desarrollo se alojan en una zona gris en la cual los de eventuales daños pueden conjeturarse sin que, sin embargo, una solución sea posible. (18) Frente a esta situación cabe interrogarse, si ¿responde quien desarrolló el producto por un defecto que no tenía solución cuando empezó a comercializarlo? En caso negativo, ¿es justo que respondan los usuarios por el desarrollo imperfecto? ¿Quién debe hacerse cargo del desarrollo tecnológico? La cuestión divide aguas en la doctrina de todo el mundo.

Un grupo de estudiosos, sostiene que imponer penas al ‘desarrollo’ inmediatamente se traduciría en un desincentivo a la inversión; con algo de razón, alegan que los empresarios, por temor a ser sancionados al pago de indemnizaciones, evitarían hacer inversiones en productos cuya incorporación a la sociedad es útil aún siendo incompleto su desarrollo. Agregan, además, que imputar responsabilidad, no por el vicio de la cosa, sino por la imposibilidad actual de solucionarlo equivaldría a poner en cabeza del inversor el atraso de la ciencia antes que el defecto del producto. (19) Finalmente,

dicen que los empresarios no podrían tomar seguros por la ocurrencia de estos daños, porque, al ser ignorados no pueden ser sometidos a un estudio estadístico de probabilidad de ocurrencia.

Otro grupo, no menos importante, sostiene la posición opuesta; ellos creen, también con razón, que si no son los empresarios quienes se hacen cargo de la potencialidad dañosa de los productos automáticamente ese riesgo se desplaza a los usuarios, generando la mayor injusticia de poner en cabeza de los usuarios los riesgos de un producto o servicio que enriquece al empresario. Este sector de la doctrina concluye que la vía de atribución de responsabilidad por riesgo desarrollo es objetiva. (20) En principio, sostengo esta posición.

Quizás un punto de equilibrio entre ambas posiciones pase por la creación de un Fondo de Garantía, constituido con diversos aportes, que permita amortiguar colectivamente esta clase de daños, previniendo que las víctimas queden sin reparación integral. El desarrollo de este tipo de organismos, que tienen base cierta en principios de la economía, evitaría que los empresarios frenen sus inversiones, atemorizados por el pago de indemnizaciones.-

Sin perjuicio de lo dicho, el artículo 40° de la ley de defensa al consumidor únicamente prevé como causa de exoneración de la responsabilidad, la ruptura del nexo causal entre la conducta desarrollada y el daño soportado. Es decir, la culpa de la propia víctima o la existencia del ‘casus’. Pero, los nuevos avances de la técnica, ¿acaso podrían asumir la forma de alguna de estas eximentes? Sostener que el progreso – o su contracara – el subdesarrollo científico es imputable a la víctima que padeció un daño es un desatino, y decir que la aparición de una nueva técnica, inexistente al momento de presentar el producto, constituye un caso fortuito es falso. Porque si el artículo 514 del Código Civil define al ‘casus’ como ‘...el que no ha podido preverse...’ Pero lo cierto es que pocas cosas son más previsibles que el desarrollo constante de la ciencia. En síntesis, el riesgo desarrollo debe ser asumido por quien instala el bien o servicio y lucra con él (21). Ello, sin perjuicio de sostener que la

solución más equilibrada sería la creación de fondos de Garantía que permitan amortizar colectivamente esta clase particular de daños. Así, se permitiría más rápido el ingreso al mercado de tecnologías, que aún no siendo perfectas, son de utilidad y beneficio para los usuarios y consumidores, sin que éstos queden desguarecidos de protección.

En suma, y de acuerdo con las consideraciones presentadas, los proveedores de servicios de alta tecnología no podrán descargar sobre los usuarios su obligación de indemnizarlos, ni aún alegando que al momento de presentar el servicio no existía la tecnología capaz de hacerlo más seguro, o menos riesgoso. Si, por caso incorporaran en las condiciones de uso cláusulas que limitaran esa responsabilidad; estas estipulaciones serían, conforme lo establecido por el artículo 37° de la LDC, nulas. (22)

6. Conclusiones.

Sin otro mérito que la repetición de ideas, que tanto han profundizado los mejores autores que cito, cabe sacar las siguientes conclusiones:

a.- El asombroso desarrollo de la computación, seguido por la irrupción de la Internet ha cambiado drásticamente nuestros hábitos de vida. En el ámbito del derecho, la aparición de la cibernética ha incorporado a su mundo el e-commerce que, dada su altísima complejidad, presenta materias que deben ser analizadas cuidadosamente. El e-commerce ha creado un consumidor de servicios de alta tecnología, que realiza sus consumos en forma computarizada. Son millones los usuarios que consumen todo tipo de bienes y servicios on line.-

b.- La asimetría de conocimientos, entre proveedores y usuarios, que es propia de todas las relaciones de consumo, se agrava con la utilización de sistemas de alta tecnología. La brecha cognoscitiva, es más profunda, circunstancia que obliga a aumentar los cuidados a la parte débil.-

c.- Resulta clave para explicar el fenómeno de la expansión popular del e-commerce, los conceptos de apariencia de seguridad (creada por el experto) y la confianza (transferida por el consumidor al proveedor). El consumidor on line está prácticamente obligado a aumentar su confianza en el proveedor de servicios de alta tecnología. El mayor desconocimiento aumenta la necesidad de confiar. En ese sentido, el deber de informar contenido en el artículo 4° de la LDC es agravado en perjuicio del proveedor de servicios de alta tecnología, en aras de proteger adecuadamente al consumidor on line.-

d.- Por lo general, los consumos on line se realizan ingresando en una página Web que funciona como sistema comercial experto., en donde el consumidor se vincula con otros sujetos, y se llevan adelante una serie de contratos que resultan ser conexos. Todos los sujetos que integran ese sistema comercial experto forman una actividad única, y un frente solidario con relación al usuario.-

e.- El organizador del sistema, es un proveedor más conforme los términos del artículo 2° de la ley 24.240. Por lo tanto, es responsable en los términos del artículo 40° de la citada ley.-

f.- El riesgo desarrollo, debe ser asumido por el empresario que incorpora el bien o servicio al mercado percibiendo utilidades desde ese mismo momento. Asimismo, se sostiene que una solución posible pasaría por la formación de fondos de garantía que permitan distribuir colectivamente los daños ocasionados por estos riesgos.-

g.- El factor atributivo de responsabilidad es objetivo, conforme lo establece el artículo 40° de la LDC.-

Referencias Bibliográficas

(1) III Congreso Euro americano de Protección Jurídica de los Consumidores. 23 al 25 de septiembre de 2010. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.

(2) El tiempo virtual, al igual que el espacio, se divorció de las categorías comunitarias y naturales que configuraron el tiempo real. El día y la noche definieron el tiempo para el trabajo y el descanso, pero ahora se trabaja en lugares cerrados, frente a computadoras, sin que importe si es de día o de noche. No interesa la naturaleza, pero tampoco la comunidad; si antes había horarios compartidos para determinadas actividades, ahora desaparecieron: en la familia, por ejemplo, uno trabaja, otro se divierte, otro pasea, otro compra, porque todo puede hacerse en el mismo horario. El surgimiento del tiempo individual, a medida, privatizado, reformula las comunidades, tal como ocurre con la familia, ya que es difícil que estén todos juntos a la vez. (Ricardo L. LORENZETTI. Comercio Electrónico. Ed. Abeledo Perrot, año 2001, página 16).

(3) La complejidad del tema merece un análisis más penetrante que la mirada acrítica y el entusiasmo por la informática, la telemática, o Internet que supere las visiones ingenuamente feliz sobre el mundo informático y que esté emparentado con la tradición literaria, filosófica, y sociológica sobre el tema. Un debate tan rico, arduo y de tan vastos alcances no puede ser reducido inmerecidamente a la categoría de una guía para un mundo feliz. En muchos casos existe un verdadero tratamiento 'mítico' de la globalización y la tecnología digital, de modo que ésta alcanza la categoría de pensamiento único, frente al cual la única posición sería aceptarlo irrefutablemente. (LORENZETTI..., página 10).

(4) Internet tiene beneficios. Incluso beneficios que todavía ignoramos o que ni siquiera podemos imaginar. Alcanza con decir que la totalidad del conocimiento posible queda al alcance de los inquietos dedos que lo busquen en un teclado. Está en crecimiento y pleno desarrollo la generación de personas más informadas que jamás haya conocido la historia. Pero la red es también un espacio infinito de material inapropiado, especialmente para niños y adolescentes, que son quienes más usan Internet. Hay millones de páginas que contienen pornografía, sexo explícito, prostitución, sexo grupal, individual, grupal homosexual, bisexual, violento, sexo sin sexo y más

sexo. Todas estas páginas se presentan con fotos y videos a los que se puede acceder gratuitamente. No existe ninguna forma sexual que no esté disponible en Internet. (Fernando E. SHINA. La Libertad de Expresión y otros derechos personalísimos. Ed. Universidad, año 2009, página 103).

(5) Of all these changes, none has had as profound an effect as the introduction of the computer...It's easy to forget that the first personal computer was introduced in 1980. Since that time, the use of computer has skyrocketed. About half of all U.S. workers today use computers on the job. In 1997, 65 percent of students were using computers at home, and over 75 percent were using computers at school. Amazing as it may seem, about 35 percent of prekindergarten and kindergarten students were using computers at school...conservative estimates put more than 100 million users on the Internet (Carlson, 1996). The Internet is open 24 hours a day, 365 days a year. It is a way to meet people; find adventure; share ideas and experiences; look for a job, a date, or a mate; ask questions; or give advice... (Philip Rice & Kim Gale Dolgin. The Adolescent. Ed. Allyn and Bacon, 2002, page 4).

(6) La mayoría de quienes organizan sitios similares a éste dicen, en serio, lo que el ficticio ingeniero Kumar presenta en este ejemplo de análisis.

(7) En el medio virtual, además de lo dicho surge una diferencia cognitiva respecto del medio empleado. En el derecho comparado existen normas jurídicas que diseñan un esquema protectorio funcionalmente relacionado con la aparición de nuevas tecnologías de marketing invasivo, lo que se acentúa en el caso de Internet, que permite hacer publicidad dentro del hogar abarca todo el grupo familiar generando expectativas y comportamientos orientados al consumo que resultan irresistibles, produciendo incluso conflictos familiares. Debe tenerse en cuenta también que la tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultando de este modo una gran

cantidad de aspectos que permanecen en la esfera del control del proveedor. Puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores, instaurando un trato no familiar. Concluimos este punto afirmando la necesidad de un desarrollo protectorio dentro del campo de la economía de la información y la tecnología digital, cuyos aspectos más específicos iremos desarrollando a lo largo de este capítulo. (LORENZETTI, ..., página 222)

(8) Una técnica novedosa produce nuevas reglas jurídicas; el consentimiento contractual fue una respuesta para relaciones jurídicas interpersonales; la adhesión a condiciones generales fue un conjunto de tecnologías para responder a la sociedad masificada; la oferta basada en la apariencia y la aceptación basada en la confianza son conceptos apropiados para la sofisticación excesiva que proponen la economía digital y la de la información. La protección del consumidor actual requiere dar respuesta a la complejidad social, y por ello debe ser reformulada principalmente en el campo del espacio virtual. (LORENZETTI, ..., página 228)

(9) Dentro del amplio concepto de ‘consumidores y usuarios’, estamos mentando al ‘ciudadano común’, también llamado ‘títere estratégico’ por la doctrina norteamericana, quien cada día se encuentra más desprotegido. Se dice que es ‘estratégico’ porque las grandes corporaciones necesitan vender a las grandes masas a nivel mundial, y ‘títere’, porque la publicidad (incluida la subliminal) va modelando la voluntad y las necesidades del común de la gente. (Waldo R. SOBRINO. Internet y la Alta Tecnología en el Derecho de Daños. Ed. Universidad, año 2003, página 78).

(10) Por esta razón sostenemos que en el plano conceptual es necesario utilizar la noción de apariencia jurídica para sostener que hay oferta contractual de bienes o servicios, la de confianza para juzgar la aceptación. Estos instrumentos tienen importancia decisiva a la hora de la formación del consentimiento contractual en materia de

responsabilidad por daños y en el plano de la jurisdicción aplicable. (LORENZETTI..., página 229).

(11) La voluntad de los contratantes se expresa por el medio electrónico, lo que significa que la declaración negocial es transmitida mediante algoritmos que se dirigen a un receptor que los recibe y que comunica su aceptación por intermedio de ellos. Ello produce una gran despersonalización, ya que el emisor de la voluntad de contratar es un sujeto que puede no ser el dueño de la computadora, ni quien la utilice en el momento concreto. Es un sistema jurídico basado en la tradición de unir la declaración con la voluntad y ésta con la persona física, hay que hacer un gran esfuerzo para realizar una imputación donde el sujeto emisor no es detectable en forma inmediata. (LORENZETTI. Comercio..., página 165)

(12) La venta se hace poniendo adelante y como propaganda la ‘alta tecnología’ del producto, difundiendo su respetabilidad. El producto y el servicio se vuelven complejos, muchas veces deliberadamente inescrutables. El conocimiento, a su vez, caduca aceleradamente, lo que obliga a que todo el sistema se ‘flexibilice’ para mantenerse a la altura de la circunstancias...El conocimiento es fuente de poder, lo que nos permite afirmar que tiene la suficiente importancia como para merecer la atención del derecho. El experto y el profano. En la sociedad moderna se configura una disección entre quien provee profesionalmente productos y servicios y quien los consume. (Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 200 y 201).

(13) El sistema informático, la red global, la economía de la información constituyen un ‘sistema experto’, denominación que se refiere a sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas del entorno material y social en que vivimos. El sistema es inextricable porque la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo porque no se puede conocer al dueño ni al responsable. Frente a este fenómeno, las conductas de los empresarios, así como las de los consumidores, cambian

sustancialmente, apartándose de los modelos de elección racional que inspiraron las legislaciones codificadas. (LORENZETTI, Comercio..., página 171).

(14) La presentación de una página web es un claro ejemplo de fraccionamiento objetivo y subjetivo de la responsabilidad, ya que, como hemos señalado, se produce una actuación en redes y con productos fragmentados en módulo. Ello significa que hay una multiplicidad de sujetos: uno que provee el servicio de acceso a la red, otro que es titular de la página, otros muchos que pueden suministrar contenidos diversos. En la responsabilidad contractual, estamos ante un caso en que existe pluralidad de sujetos actuando en redes, unidos por contratos conexos, en los que parece difícil imputar responsabilidad a uno de ellos por la actuación de los otros. (LORENZETTI, Comercio..., página 268)

(15) Es relevante señalar que los proveedores actúan en redes contractuales, de modo que quien satisface el servicio final puede ser un tercero respecto de la relación directa. Por ello parece importante aplicar aquí la noción de ‘redes contractuales’ o ‘contratos conexos’, que permite imputar a todos los miembros de la red en supuestos de responsabilidad por daños en el consumo, como veremos más adelante. (LORENZETTI, Comercio... página 237).

(16) El sistema de responsabilidad civil ha experimentado cambios extraordinarios en los últimos 40 años. Si su función histórica consistió fundamentalmente en proporcionar un mecanismo de compensación a favor de las víctimas y en disuadir actividades dañosas, la primera función (compensación) no parece ser hoy tan importante. Hoy la función fundamental de ésta parece ser, en la medida en que esté a su alcance, la creación de incentivos para la mejora de la seguridad y para la eliminación de los riesgos. Aunque todavía son escasos para poder decir algo concluyente los estudios empíricos sobre el impacto disuasorio que pudiera tener la amenaza del empleo de reglas de responsabilidad civil en aquellas actividades generadoras de riesgo, la evidencia disponible parece mostrar que

tienen cierto efecto disuasorio. (Cita de Santos PASTOR, en Elementos de Análisis Económico del Derecho. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2004, página 102).

(17) Hemos señalado que las leyes sobre comercio electrónico no derogan ni desplazan en su aplicación a las referidas a la protección del consumidor, y que existe un derecho de éste a una protección igual o mejor que la existente en otros ámbitos del comercio. (LORENZETTI. Comercio..., página 237).

(18) La doctrina alemana ha introducido el tema de las denominadas 'lagunas del desarrollo' para referenciar a los riesgos que están asociados a un producto pero que resultan inevitables, se sabe que el producto es potencialmente dañino pero se carece de medios para evitar el daño y dado el interés social se autoriza su comercialización;...En cuanto a las 'lagunas del desarrollo', a nuestro entender, estamos frente al incumplimiento del deber de informar los efectos secundarios al consumidor y a una responsabilidad en cabeza del Estado por autorizar la circulación del producto en virtud del ejercicio del Poder de Policía. (Colaboración de Lidia María Rosa GARRIDO CORDOBERA, en Aída KEMELMAJER de CARDUCCI – Directora. Responsabilidad Civil. Ed. Rubinzal – Culzoni, página 188)

(19) No compartimos la corriente que lo considera un riesgo imprevisible y atípico que es injusto hacerlo recaer sobre el fabricante ya que es ingobernable e imprevisible estadísticamente y por ende inasegurable al no poder saberse su dimensión, apoyándose sus sostenedores además en el prurito de que el vicio no estriba en la cosa en sí, sino en el nivel alcanzado por la ciencia y no en las tomas de medidas de seguridad del empresario. (Colaboración de Lidia María Rosa GARRIDO CORDOBERA, en Aída KEMELMAJER de CARDUCCI – Directora. Responsabilidad Civil. Ed. Rubinzal – Culzoni, página 191)

(20) Creemos que las víctimas no pueden ser sacrificadas en aras del avance de la ciencia, pues esto no se compadece ni con las nociones de desarrollo sustentable, calidad de vida y menos aún con los derechos del hombre, además recordemos que generalmente se está poniendo en juego a las futuras generaciones representadas por la descendencia... en todo tipo de economía se debe garantizar la inocuidad del producto que se lanza al mercado masivo de consumo, que en el moderno Derecho de Daños la óptica se debe centrar en la víctima y no en el actuar del elaborador...(Colaboración de Lidia María Rosa GARRIDO CORDOBERA, en Aída KEMELMAJER de CARDUCCI – Directora. Responsabilidad Civil. Ed. Rubinzal – Culzoni, página 189)

(21) Vemos que si bien no se menciona la Responsabilidad por Riesgo de Desarrollo expresamente en la Ley de Protección al Consumidor argentina, tal responsabilidad prospera en virtud de toda su normativa, y dado que no se ha consagrado la excepción por avance de la ciencia, ella no puede válidamente invocarse, a menos que reconozca la equiparación con el caso fortuito o fuerza mayor; pero como estamos frente a un factor que sostenemos es el riesgo no se da la característica necesario de riesgo extraño a la cosa. ...(Colaboración de Lidia María Rosa GARRIDO CORDOBERA, en Aída KEMELMAJER de CARDUCCI – Directora. Responsabilidad Civil. Ed. Rubinzal – Culzoni, página 183).

(22) También existen cláusulas de eximición de responsabilidad por los contratos celebrados por terceros or intermedio del proveedor: el consumidor celebra contratos con sujetos situados en el exterior; el proveedor conoce la existencia de un riesgo y pretende liberarse de éste afirmando que el tercero es autónomo. La cláusula es nula conforme el referido artículo 37. (LORENZETTI. Comercio..., página 252).

Del Privity of Contract al contrato conexo: 150 años de evolución en la Teoría General de los Contratos. Breve ensayo de derecho comparado

por Fernando Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC1503

[Consultado el: 13/07/2021]

“Durante el siglo XIX la Teoría General de los Contratos, tanto en los ordenamientos jurídicos de tradición romana, como los Common Law estuvo dominada por la regla del ‘privity of Contract’; este principio establecía que los contratos beneficiaban y obligaban únicamente a los firmantes del acuerdo.”

“La falta de vinculación contractual entre los productores de bienes y servicios, y sus destinatarios finales constituía una barrera insalvable que impedía a las víctimas iniciar acciones indemnizatorias contra los agentes dañadores.”

“Esta desvinculación legal entre fabricantes de bienes y consumidores, creaba un verdadero amparo que beneficiaba a los productores; de esta forma, se verificaba un traslado de las consecuencias disvaliosas de un daño, del sector empresario hacia el sector de los usuarios y consumidores. El ‘ahorro’ por indemnizaciones no pagadas forma una inmensa masa de dinero que acrecienta las utilidades del empresariado.”

“En el año 1916, en los autos MacPherson v Buick Motor Co se pone fin a 75 años de primacía del ‘Privity of Contract’; este veredicto establece que los productores actúan como garantes finales, y responden por la calidad y seguridad de los productos que fabrican frente a los consumidores o usuarios. Este laudo, conducido por el

notable juez Benjamin Cardozo, es reconocido como uno de los más importantes del siglo veinte en materia de responsabilidad por los productos elaborados.”

“Las últimas dos décadas del Siglo XX se caracterizaron por la aparición de una verdadera revolución tecnológica; fenómenos como la Internet cambiaron definitivamente los paradigmas de la contratación. La producción y consumo a escala convirtió al acuerdo individual en una forma residual de contratación.”

“La complejidad creciente de la economía obliga a repensar las formas en las que se lleva adelante la comercialización de bienes y servicios. En ese marco fáctico, la actividad contractual conexa toma notable relevancia. Se define a dicha actividad como aquella que se concreta mediante una serie de contratos vinculados entre sí; esos acuerdos, derivados de uno que los centraliza, se han celebrado para llevar adelante una tarea económica determinada. La conexidad contractual de estos múltiples acuerdos es un presupuesto para la marcha de un negocio jurídico que, de otra forma, sería inviable. LORENZETTI explica que en estas contrataciones, el interés de las partes se concentra en un único negocio cuyo funcionamiento requiere la existencia de varios vinculados. En cuanto al régimen de responsabilidad, la conexidad contractual establece obligaciones que, por un lado afectan a los integrantes de la red contractual, y por el otro a los terceros, pero siempre – agregado - teniendo en cuenta los principios protectorios que la Constitución Nacional, y el resto del ordenamiento jurídico, puso al servicio de los consumidores.”

Interpretación de la ley. Breve ensayo de derecho comparado. Primera parte

por Fernando Shina

Disponible en: <https://ar.lejister.com/>

Cita online: IJ-XLII-106

[Consultado el: 13/07/2021]

Introducción

Probablemente mi interés sobre el derecho americano se deba a que viví y trabajé en aquél país durante dos años, circunstancia que me permitió tener un acercamiento más profundo al sistema legal que ellos utilizan. Esa aproximación me permite anticipar una primera conclusión que quizás sorprenda al lector: los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos son muy parecidos a los que dictan los jueces de nuestro Máximo Tribunal. En verdad, la Corte Suprema de Justicia americana ejerce un liderazgo jurídico que se propaga al resto del mundo occidental. Ejemplo de esto son los míticos “leading cases” como *New York Times vs. Sullivan* que creó o, mejor dicho, patentó la doctrina de la real malicia (actual malice) que hoy se aplica en todos los tribunales del mundo cuando toca resolver cuestiones relacionada a la libertad de expresión y medios masivos de comunicación. También la aplican los Tribunales Internacionales como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el año 2008 en el marco del caso *Kimel vs. Argentina* se expidió repitiendo casi textualmente la doctrina Sullivan. “...la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social...implica también, por el otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” En resumen: la aplicación de esta doctrina, creada por la Corte Americana en el año 1964, es utilizada por todos los

tribunales del mundo. Sin embargo, esta utilización supranacional, no implica que su interpretación no haya variado con el paso del tiempo.

Durante el año pasado estuve investigando diversos fallos que la Corte Suprema de los Estados Unidos dio a partir del año 1960, siguiendo el análisis hasta nuestros días. Mi estudio se centró en el análisis de diversos fallos dictados por el Máximo Tribunal de ese país durante la vigencia de la conocida Corte Warren, que debe su nombre a quien fuera su Presidente, Earl Warren. La composición de aquél Tribunal, propuesta por el presidente Eisenhower en 1953 duró hasta 1970. No exagero al afirmar que la Corte Warren produjo uno de los cambios más importantes en la historia del Poder Judicial de Norteamérica. Sus magistrados, entre los que destacan el propio Earl Warren, pero también Hugo Black y William Douglas, dieron las sentencias más liberarles en materia de derechos individuales, de protección de las minorías étnicas, y a favor de la lucha contra la discriminación racial. La impronta que estos hombres de derecho le dieron a sus laudos trascendió las enormes galerías de los tribunales y el eco de sus dictámenes llegó hasta los escritorios donde políticos y legisladores hacen su tarea. En resumen: la Corte Warren debe su fama a un hecho inusual en nuestros días; sus veredictos siempre limitaron la primacía del Poder Ejecutivo. Y, como el lector sabe, en los regímenes excesivamente presidencialistas de la primacía a la impudicia hay un paso muy corto. Imperceptible.

Sin embargo, los criterios de la Corte Warren, tan revolucionarios en sus días, tampoco se mantuvieron inalterables frente al paso del tiempo. Y es inevitable que esto ocurra porque el devenir de la historia lleva y trae nuevas costumbres, nuevas tecnologías, nuevos derechos, nuevas obligaciones. El Magistrado no está eximido de percibir las oscilaciones de su época. Más. Creo que está obligado a percibirlas, siendo esta su tarea principal, y seguramente la más difícil. El Magistrado debe tener pulso fino para acompañar el paso lerdo de los cambios sociales, y pulso firme para no tropezar con los bruscos cambios de la moda política y los políticos de moda. La mirada inoportuna del Poder Ejecutivo sobre el

Poder Judicial es universal. Se repite en todos los países, aún en aquellos que se proponen como líderes de las democracias del mundo.

Y hablando de esa difícil convivencia entre el Poder Político y la judicatura, hay un caso emblemático que describe como pocos esta situación. Se trata del famoso leading case conocido con el seudónimo de Roe vs. Wade dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1973. En Roe se debatió judicialmente la legalización del aborto. Este fallo histórico dividió como ninguno a toda la sociedad norteamericana. Enfrentó posiciones filosóficas, científicas, religiosas y políticas. A partir de su dictado, todo candidato a presidente debe, necesariamente, referirse públicamente a su posición frente al aborto.

Así lo han hecho los presidentes Gerald Ford, Ronald Reagan, George Bush padre y George Bush hijo, que por el lado del partido republicano se mostraron en contra de la legalización del aborto. Por su parte, los Presidentes Jimmy Carter y Bill Clinton y Barack Obama, todos pertenecientes al partido demócrata, se pronunciaron a favor del aborto, y de extender el derecho de la privacidad.

Entre los republicanos, el Presidente Reagan, quizás haya sido quien llevó su acción política al punto más alto que la sociedad americana puede tolerar. Y debo señalar que es aquella una sociedad mucho menos tolerante que la nuestra con los funcionarios que eligen para que les sirvan. Lo cierto es que el Presidente Reagan, durante un discurso retó públicamente a los Jueces de la Corte que invalidaban leyes antiaborto que él mismo remitía al congreso para su aprobación. El enojado mandatario les dijo a los magistrados que el país requería que sus jueces interpreten las leyes, y no que las escriban en cada sentencia, porque esa tarea le había sido encomendada por la Constitución al Poder Político y no al Poder Judicial de la República.

Los jueces, en innumerables fallos silenciosos pero efectivos le dieron respuesta al enojadizo Reagan. No se trata de escribir leyes sino de interpretarlas con criterios evolutivos, lo que también favorece a la salud de la República. Pero evolución social no quiere decir

obediencia al gobierno de turno. En esa pelea feroz entre ambos poderes de la República, Reagan llegó a proponer con éxito a la Jueza Sandra Day O'Connor para que integre el Tribunal ni bien se produjo una codiciada vacante. La Jueza O'Connor, en todos los veredictos aportaba su opinión negativa, dejando la votación en un inquietante vaivén. La crónica de la época dice que si en el año 1987 la propuesta de Reagan de llevar al Juez Robert Bork a la Corte Suprema prosperaba, los días del aborto en los Estados Unidos estaban contados. Y cito a este jurista porque él representa el pensamiento más extremo en materia de interpretación del texto constitucional. Su pensamiento jurídico se conoce con el nombre de Originalismo y, básicamente, consiste en respetar a rajatabla los principios constitucionales establecidos por el constituyente originario al redactar el texto constitucional. En los hechos, esa teoría se manifiesta diciendo que los jueces deben concentrar todo su pensamiento en bucear la intención que tuvieron los Fundadores de la Patria evitando las interpretaciones evolutivas. La tarea fundamental del Juez, sostiene esta doctrina, es interpretar el pensamiento de los constituyentes originarios. Por caso, en materia de libertad de expresión, el Juez debería ceñirse al pensamiento que el constituyente tenía en el año 1791 en que la Primera Enmienda Constitucional fue dictada.

La teoría que se enfrenta al originalismo borkinano es aquella que alienta una suerte de interpretación evolutiva del texto constitucional. Entre los cultores de esta teoría destaca otro prestigioso jurista americano: Ronald Dworkin. Sus seguidores sostienen que hay que interpretar la ley en el caso concreto, y de manera integral e integradora, sin prescindir de la costumbre nueva que se va agregando. La ley bien interpretada siempre va a dar una solución apropiada al caso concreto que llega a tribunales. Es decir que ambas teorías se oponen desde sus raíces. Porque mientras el originalismo lleva el caso concreto al fundamento primario que tenían los constituyentes de origen, el evolucionismo procura adaptar ese pensamiento para resolver con justicia situaciones que ocurren muchos años después que la norma constitucional fuera dictada. Para la tesis de la interpretación evolutiva, el juez puede y debe extender el

mandato constitucional a situaciones no contempladas por el constituyente originario. Por ejemplo, esa evolución permite interpretar al magistrado que el derecho de libertad de expresión contempla a los artículos publicados en blogs o diarios online que, ciertamente, no existían al finalizar el Siglo XVIII.

Sin que esto tenga mayor relevancia, quiero decir que suscribo a esta última corriente en materia de interpretación de la ley. Porque sostengo que una vez que los textos legales ingresaron a la sociedad tienen vida propia y una utilidad que trasciende el pensamiento circunstancial de sus autores. La vida útil de una ley es más larga que la del legislador y debe evolucionar de manera autónoma, dejando atrás las estrechas circunstancias de su creador.

Interpretar la ley es una cuestión inevitable. No existe una norma que pueda ser absuelta de la interpretación de quien va a aplicarla. El texto legal, que siempre regula conductas humanas es invariablemente defectuoso. El obrar humano despliega infinitos matices que no pueden ser abarcados por una norma por más amplia que ésta fuera. Más aún, esa amplitud normativa es un peligro; una norma demasiado ancha, probablemente también sea vaga e imprecisa, al punto de resultar inútil, o tan discutida que no cumpla otra finalidad más que promover una controversia interminable acerca de sus alcances.

En mi opinión, todo texto legal nace con tres defectos que obligan a interpretarlo. Ellos son:

(i) La ambigüedad del lenguaje. Las palabras, en todos los idiomas, son ambiguas. Además, su significado cambia con el paso del tiempo, y también de acuerdo al contexto específico en el cual fueron pronunciadas. Por regla, las palabras son insuficientes para definir con precisión un grupo grande de acciones, o de cosas, o de personas. Por ejemplo, un banco puede significar el siempre incómodo asiento de una plaza en donde amantes entusiastas y optimistas se cuentan secretos inconfesables. Pero aquella palabra también puede describir

el lujoso salón donde dos empresarios, también entusiastas y optimistas, depositan los réditos de operaciones comerciales inconfesables. Y como éste hay miles de ejemplos que demuestran que la palabra, per se, es insuficiente para precisar un número indeterminado de situaciones.

(ii) La aparición de situaciones imprevisibles al momento en que una ley se redactó. Esta cuestión está directamente relacionada con el desarrollo tecnológico, y no puede dejar de mencionarse que lo ocurrido en la última mitad del pasado siglo, sobre todo en materia de telecomunicaciones, es asombroso. La Primera Enmienda constitucional fue dictada en el año 1791. Su finalidad fue garantizar la libertad de expresión. Sin mucho esfuerzo puede decirse que también quiso el legislador originario liberar a la prensa escrita de la mordaza que la censura siempre le impone. Sin embargo, es absolutamente improbable que el constituyente originario haya, siquiera imaginado, que hacia fines del siglo XX la aparición de Internet cambiaría dramáticamente conceptos tan tradicionales como prensa escrita, periódico, medio masivo de comunicación, y también el de periodista. Y entonces yo me pregunto, a la luz de estas evoluciones de la alta tecnología, ¿la regla universal de la real malicia, se aplica también para los diarios online o, para los cada vez más difundidos y populares blogs? Esta misma pregunta, que en sí misma obliga a la interpretación de la Primera Enmienda, que en la actualidad tiene 218 años, es la que hoy se formulan en la mayoría de las oficinas judiciales del mundo, y en las aulas de las escuelas de derecho más prestigiosas. Porque ya nadie discute que un blog, es un medio masivo de transmitir información, pero pocos se animan a examinar qué diferencia hay, si es que existe alguna, entre la tarea que realiza el periodista contratado por un medio tradicional, y la que diariamente emprende un escritor aficionado que decide abrir un blog. En suma: ¿el blogero, es un periodista al cual le corresponden los amparos asignados al reportero tradicional? Por caso, ¿puede protegerse de una investigación judicial invocando la confidencialidad de las fuentes informativas? Evidentemente, el texto originario del Primera Enmienda no contiene una respuesta para este magnifico grado de

evolución tecnológica. Por tanto, se requiere interpretar aquél texto para que sus días de merecida gloria continúen. Los jueces, con su tarea interpretativa ayudan a mantener con vida textos legales indispensables para la salud de la República.

(iii) La angustiada incertidumbre que provocan todas las normas legales. Es imposible, sin la oportuna intervención del intérprete experto, que una ley no genere inseguridad acerca de su extensión. Por ejemplo, es usual que luego de leer un artículo determinado de una nueva ley, uno se pregunte, ¿a qué grupo de personas involucra esta ley? ¿Quiénes son los beneficiarios? ¿Quiénes son los deudores, quiénes los acreedores? Hace poco tiempo se reformó la Ley N° 24.240 de defensa de los consumidores. La Ley N° 26.361 le incorporó muchos cambios al estatuto de Defensa del Consumidor. Es seguro que algunas de esas modificaciones van a generar polémica, enojo, discusión y, probablemente, varios pronunciamientos de las instancias judiciales de alzada que tendrán que interpretar ese texto normativo tan reciente. Para citar tan solo un ejemplo que ilustre esta circunstancia cito el art. 1° de dicha ley, que en su apartado final dice textualmente: “Se considera asimismo consumidor...a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.” Intuyo que ni bien se leyó este párrafo del artículo, un temblor habrá sacudido los no siempre seguros cimientos de las compañías de seguros. Porque, según este nuevo texto legal, se abre un gran interrogante que afecta a los terceros no contratantes directos de una póliza de seguros: el dilema que obliga a la interpretación podría formularse así ¿el tercero no contratante, puede ser considerado como un consumidor expuesto a una relación de consumo en los términos del art. 1° de la Ley N° 24.240? En su caso, ¿tendrá acción directa contra la compañía de seguros con la cual no firmó ningún contrato? Más: ¿quién tiene competencia administrativa para juzgar casos en los que están involucrados una aseguradora y un tercero? Ninguna de estas preguntas puede resolverse con la simple lectura del art. 1° de la ley de defensa al consumidor. Porque no define, y creo que no podría hacerlo, quiénes son las personas expuestas a una relación de consumo. Es decir que sin una

interpretación jurisprudencial y doctrinaria, esta norma es un texto muerto.

Además del pensamiento creador u originario de la norma legal, y de la evolución de las costumbres sociales, existe el pensamiento y las valoraciones del magistrado que va a aplicarla. La persona del juez adquiere una notable relevancia en materia de interpretación legal. Veamos un poco esta reflexión. En Mayo de 2009 ocurrió en Estados Unidos algo impensable hasta hace poco: el Presidente Barack Obama, quien a su vez era un presidente impensable en los años de lucha que emprendió Martin Luther King y otros valientes con él, propuso a la Jueza Sonia Sotomayor, de padres Puertorriqueños y nacida y crecida en el popular barrio neoyorquino del Bronx, (barrio negro por excelencia) como integrante de la Corte Suprema de la Nación de. El Senado aprobó su candidatura y, finalmente, Sonia es miembro del Máximo Tribunal desde el 6 de Agosto de 2009. Se trata de la tercera Jueza mujer que integra ese tribunal, pero el dato más importante es que es la primera descendiente de hispanos que ocupa uno de los tronos del Tribunal Superior del país más poderoso del mundo. Dado que se su nombramiento es reciente, habrá que esperar un poco antes de que sus fallos salgan a la calle. Sin embargo, el paso de Sonia Sotomayor por los tribunales de instancia dejó pistas para que los operadores políticos y jurídicos no tengan sorpresas. Hago un repaso de los viejos criterios de la flamante magistrada.

(i) En materia de aborto: en el año 2002, se pronunció a favor de decretar la constitucionalidad de una ley que impulsaba el gobierno del Presidente Bush. La norma determinaba la interrupción de un programa de subsidios gubernamentales a favor de una ONG que promovía el aborto como una de las técnicas aceptables dentro de la planificación familiar. La Sotomayor dijo que el gobierno no está obligado a subsidiar, con fondos públicos organizaciones pro-abortistas.

(ii) También en 2002 dictaminó que la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda no autoriza a un oficial de la policía a enviar correos electrónicos con contenidos racistas utilizando las computadoras de su público despacho.

(iii) En 2008 estableció que la libertad de expresión no alcanzaba para proteger a una alumna que, utilizando un blog afuera de la escuela, se refería a las autoridades escolares con términos inapropiados, y promoviendo que el resto de los estudiantes tomaran medidas de indisciplina. En aquella oportunidad la jueza dijo que los dichos de la joven estudiante ponían en peligro el normal desarrollo de la actividad escolar y, por tanto, no tenían la protección constitucional emanada de la Primera Enmienda. En síntesis: la nueva Jueza del Tribunal Superior de los Estados Unidos sostiene una interpretación bastante restrictiva de la Primera Enmienda constitucional, al menos en lo que constituye el núcleo de las relaciones laborales y disciplina escolar. Tampoco parece una entusiasta del aborto. Pero, más allá del gusto o preferencia que cada uno pueda tener por sus veredictos, es importante destacar que su aporte, como representante de una cultura minoritaria es inestimable para la consolidación de aquellas Democracias que aspiren a ser genuinas y no solamente formales. Prefiero evitar los ejemplos de unas y otras.

Termino este prólogo tan incompleto con un pensamiento que creo propio. Interpretar una ley es también equilibrar dos pasiones demasiado humanas: la del exceso, porque toda exageración en la facultad de declarar leyes inconstitucionales termina afectando la división de los poderes, y la de la indiferencia, porque sin una interpretación evolutiva de los textos legales se perjudica al individuo al privarlo de nuevos o remozados derechos que directamente influyen en su felicidad diaria.

La Interpretación de la ley. Breve ensayo de derecho comparado. Segunda parte

por Fernando Shina

Disponible en: <https://ar.lejister.com/>

Cita online: IJ-XLII-108

[Consultado el: 13/07/2021]

La evolución jurisprudencial de la Corte Suprema (1969 – 2007).

En la primera parte de este artículo me referí a la interpretación de la ley en sentido abstracto. Intento ahora ejemplificar cómo se manifiesta esa evolución analizando casos reales. Para eso voy a examinar, y compartir con el lector tres asuntos; dos de esos casos fueron tratados por la Corte Suprema de Estados Unidos. Entre el primero de los pleitos, que tuvo lugar en el año 1969 y el último del año 2007 la composición del Máximo Tribunal americano fue cambiando. Pero, las cuestiones resueltas versan sobre la misma colisión de derechos. En dilema a resolver, propuesto por los magistrados, siempre aspira a determinar si dado un eventual enfrentamiento debe prevalecer el derecho de los estudiantes, o las facultades disciplinarias de los establecimientos escolares. Es muy interesante ver cómo ese conflicto de derechos constitucionales evolucionó en los últimos cincuenta años. Más que una evolución, fue un cambio rotundo que quizás sorprenda al lector.

1. Caso *Tinker vs. Des Moines*, (1969). Los hechos ocurrieron más o menos así. En el marco de una protesta estudiantil en contra de la guerra de Vietnam, dos alumnos de una escuela pública secundaria deciden ingresar al establecimiento con un brazalete negro en el brazo. Ese distintivo procuraba hacer pública la manifestación adversa que los jóvenes tenían respecto de la participación de los Estados

Unidos en la guerra de Vietnam. Los estudiantes, de quince y trece años eran los hermanos John y Mary Tinker. Por su parte, las autoridades del colegio sabían de antemano que entre los alumnos se estaba gestando una protesta – pacífica pero pacifista- que podía crear inconvenientes disciplinarios. Para prevenir posibles incidentes, unos días antes de que ocurrieran los sucesos, las autoridades emitieron un comunicado escrito en el que se advertía a los estudiantes que estaba prohibido ingresar a la escuela con brazales o insignias que manifestaran una opinión crítica o adversa a la intervención militar del los Estados Unidos en la guerra de Vietnam. El comunicado incluía el detalle de la sanción que la violación a la norma traería indefectiblemente: la suspensión del alumno infractor. John y Mary Tinker, ya sea por convicción, o arrebató juvenil, decidieron desoír la norma y entrar al colegio luciendo los brazales negros que inequívocamente expresaban su opinión adversa a la guerra de Vietnam. Como era previsible (los países en donde se cumplen las leyes resultan más previsible que los otros) ambos alumnos fueron suspendidos de la escuela.

Al poco tiempo de que esto ocurriera, la Iowa Civil Liberties Union, una de las tantas asociaciones americanas dedicada a la protección integral de los derechos individuales, se pone en contacto con la familia Tinker y les propone llevar la cuestión a los tribunales. La idea era torcer la sanción disciplinaria impuesta por las autoridades escolares alegando que viciaba los derechos de libertad de expresión contenidos en la Primera Enmienda Constitucional. La familia Tinker acepta la propuesta y así comienza la batalla judicial. Los Tinker pierden su reclamo en la primera y segunda instancia judicial, pero apelan ambos decisorios adversos y logran que su queja trepe hasta la Corte Suprema de Justicia.

La Corte, en un fallo histórico que aún sigue siendo materia de estudio en las escuelas de derecho de todo el mundo, dicta sentencia favorable a los estudiantes sancionados. Los argumentos utilizados por el Máximo Tribunal pueden resumirse como sigue: (i) la Primera Enmienda Constitucional protege a todos los individuos al

permitirle que expresen sus ideas con la más absoluta libertad. Los alumnos que asisten a establecimientos escolares, sean éstos públicos o privados están igualmente amparados por este derecho de rango constitucional; (ii) el necesario ejercicio de autoridad que los colegios deben ejercer sobre los alumnos no puede constituir una excepción a los principios constitucionales. (iii) la protesta pacífica realizada por los estudiantes Tinker, en la que manifestaban su opinión acerca de la intervención militar de los Estados Unidos en el guerra de Vietnam, no vulneraba derechos de los otros alumnos, ni ponía en peligro la seguridad de ninguna de las personas que se encontraban en el colegio. Tampoco impedía el normal desempeño de la actividad escolar.

La Corte fue muy precisa para limitar los derechos y las facultades de los alumnos y de las autoridades escolares. Lo más importante del fallo es, en mi opinión, que fija un estándar más o menos objetivo para resolver cuestiones en las que se enfrentan los derechos individuales de los alumnos y la autoridad disciplinaria de las escuelas. En concreto se dispone que para que una sanción disciplinaria supere al derecho constitucional de los alumnos a expresarse libremente se deben dar alguno de estos requisitos:

a) que la manifestación del alumno, por el motivo que fuera, llevara implícita la probabilidad de poner en peligro a otras personas;

b) que la manifestación del alumno impida el normal desarrollo de la actividad escolar;

c) el fallo también fija un criterio referido a la carga probatoria, poniendo en cabeza de la escuela la obligación de probar la existencia del peligro para los terceros, o la grave interrupción del servicio escolar como de sustento de la aplicación de la sanción; .

d) el veredicto resuelve que esos extremos no han sido probados y, por tanto, la sanción fue revocada. En resumen: hacia fines de la década del 60 la colisión entre los derechos del alumnado y

el ejercicio de las facultades disciplinarias de las autoridades escolares fue resuelta a favor de la estudiantina.

Último. Quiero agregar que el veredicto fue de votación dividida, con una victoria parcial de la mayoría de 7 votos contra 2 del bando provisoriamente opuesto. La minoría no se privó de dar su opinión y sostener su disenso con muchos y buenos argumentos. Tampoco evitó echar al aire una profecía tan inquietante entonces, como vigente ahora: se avecina la llegada de una era de permisividad excesiva en el ámbito de las escuelas, los desafíos de los alumnos a las autoridades serán cada vez más frecuentes y más graves. Fallos como este favorecen esas indeseables consecuencias, decían los jueces en minoría.

2. Caso Bethel School vs. Mathew Fraser,(1986). Al igual que en el anterior, en este caso también se enfrentan libertades estudiantiles y facultades disciplinarias. Sin embargo, a menos de veinte años del caso Tinker, la Corte Suprema cambia radicalmente la interpretación de la Primera Enmienda constitucional. Veamos el sumario de los hechos.

El joven Mathew Fraser era muy popular entre sus compañeros de escuela. Ese año había sido elegido como candidato a presidir el Centro de Estudiantes de su colegio. En el marco de esa carrera proselitista, Mathew pronuncia, ante sus 600 compañeros de escuela, un discurso con el cual pretendía sumar apoyos. Es probable que haya sido su entusiasmo por jugar en las ligas mayores de la política lo que le hizo perder el único talento que necesita un verdadero político: la prudencia. Lo cierto es que la pieza oratoria de Fraser contenía palabras explícitas que se referían a la sexualidad de uno de sus compañeros de clase. A raíz de este discurso, ciertamente escandaloso para ser pronunciado en un acto oficial escolar, y delante de cientos de alumnos de muy corta edad, las autoridades escolares decidieron castigar al estudiante con un escarmiento ejemplar: una suspensión por dos días de clases y, como castigo accesorio, la inhabilitación para ser el orador principal en el acto de fin de año. La

última parte de la pena fue la que indignó al joven político que no quería resignar esa ocasión de protagonismo. Es probable que Fraser se haya tentado por el precedente judicial de los Tinker; incluso, tal vez creyó que su grosería tenía la misma entidad filosófica que los ideales pacifistas de la familia Tinker, o quizás pensó que un poco de publicidad judicial le sumaría réditos a su carrera política. Lo cierto es que Mathew decide llevar su queja a los tribunales.

En el transcurso de la pesquisa judicial, se supo que antes de dar el discurso Fraser les mostró el borrador a dos profesores. Los docentes le sugirieron que no lo dijera, advirtiéndole sobre las posibles sanciones disciplinarias que podrían corresponderle si leía ese discurso. Sin eufemismos los maestros le dijeron que debía eliminar todas las alusiones sexuales que el pasquín contenía. En suma: Mathew Fraser sabía, desde antes de agarrar el micrófono, que sus palabras burlonas no iban a resultar chistosas para las autoridades del colegio. Pero, como buen político, sucumbió a la tentación del éxito efímero que aseguran las palabras ligeras. Luego de dar el discurso, el alumno fue sancionado. Sus compañeros intentaron que las autoridades revean la medida; realizaron marchas, peticiones, ofrecieron disculpas, solicitaron audiencias y agotaron todas las vías conciliatorias existentes. El resultado fue nulo: el colegio mantuvo el castigo. Fraser sería suspendido de la escuela, y privado de dar el discurso de fin de año.

Cuando Mathew pensaba que no le quedaba otra alternativa que la resignación y el olvido de sus aspiraciones políticas, la poderosa AMERICAN LIBERTIES CIVIL UNION (ALCU) se puso en contacto con sus padres, para ofrecerles asesoramiento y representación legal. La estrategia consistía en iniciar acciones judiciales contra la escuela, por una supuesta violación a la libertad de expresión del joven, amparada por la Primera Enmienda Constitucional. Los leguleyos, como cita obligada y profecía de éxito, les recuerdan a los flamantes clientes el fallo Tinker.

Me adelanto a decir que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el año 1986, en un fallo dividido, mantuvo la sanción impuesta por el colegio y rechaza el argumento de los actores. No obstante, a modo de anécdota, quiero señalar que hay una serie de coincidencias invertidas entre el Caso Tinker y el Caso Fraser. Por ejemplo, ambos expedientes llegaron a la máxima instancia judicial. En Tinker, las autoridades escolares salieron airosoas de las dos instancias de grado, mientras que en Fraser fueron derrotadas en la primera y la segunda instancia de apelación. Finalmente, en ambos casos la Corte Suprema dio vuelta el fallo de la Cámara de Apelaciones. En un expediente votó a favor de los alumnos, en el otro a favor de las autoridades escolares.

Es notable apreciar como en tan poco tiempo mutó tanto el criterio interpretativo del Máximo Tribunal. Paradójicamente, lo primero que dice el veredicto es que no cambia la doctrina sentada en Tinker. Sin embargo, ya nadie discute que el caso Fraser cambia dramáticamente el paradigma establecido por la Corte Suprema en Tinker. En el primero de los casos, el estándar favorable a la libertad de expresión fue fijado en un punto altísimo. Recordemos que entonces el tribunal estableció que solamente dos cuestiones podían tener entidad para que una facultad disciplinaria prevalezca sobre un derecho individual.

Primero: que la expresión que motivó la sanción pudiera, por el motivo que fuera, poner en peligro la seguridad de las personas presentes en el establecimiento.

Segundo: que la expresión sancionada, por el motivo que fuera, pudiera afectar el funcionamiento escolar.

En Fraser se sancionó al alumno porque pronunció un discurso que fue considerado inapropiado para un ámbito escolar. Pero lo cierto es que el discurso en sí mismo, ni ponía en peligro la seguridad de terceros, ni tenía la potencialidad de interrumpir el normal funcionamiento de todo un colegio. Es decir, que si esta

cuestión hubiera sido ventilada veinte años antes el resultado del pleito hubiera sido el opuesto. Porque, siguiendo la lógica del fallo Tinker, el discurso de Mathew Fraser era un discurso de mal gusto, soez incluso, pero de todos modos protegido por la Primera Enmienda.

Una parte del fallo Bethel dice: “Resulta atinado y aún deseable que una escuela pública prohíba a sus alumnos el uso de un lenguaje ofensivo es un discurso dirigido a la comunidad estudiantil. Ninguna norma constitucional prohíbe que las autoridades escolares enseñen que determinado uso del lenguaje es inaceptable y, como tal, susceptible de ser castigado. Es decir que el Sr. Fraser no tiene garantizado un derecho constitucional para usar un lenguaje que sus autoridades escolares consideran vulgar.” Para apreciar la profundidad del cambio de criterio entre un fallo y otro, recuerde el lector que en el caso Tinker, el límite a la libertad de expresión estaba puesto en la seguridad de las personas y el normal desenvolvimiento del colegio. En el caso Fraser, la libertad de expresión quedó subordinada a la calidad del lenguaje.

Este fallo también fue de opiniones divididas. La minoría fue guiada por el Juez Stevens quien todavía continuaba fiel al criterio sentado en Tinker. Este magistrado argumentó que la escuela no había probado que el discurso fuera intrínsecamente dañino o potencialmente peligroso para la comunidad escolar, ni que tuviera capacidad de interrumpir el normal desarrollo de la actividad de la escuela, más allá de los criterios y el desorden que siempre provocan las palabrotas cuando son dichas en público. En resumen: para la minoría, el discurso del joven estaba protegido por la Primera Enmienda Constitucional.

Es evidente que en Bethel School vs. Mathew Fraser la interpretación del texto constitucional había cambiado; el caso Fraser marca el fin de un liderazgo indiscutido de la doctrina sentada en Tinker. Sin embargo, en materia de interpretación de la ley – afortunadamente - no hay victorias decisivas ni derrotas permanentes;

porque únicamente lo que es provisorio puede evolucionar. Por cierto, la experiencia humana es eso: conciencia de interinato y sentido de evolución.

3. Caso Deborah Meyer vs. Monroe Community School (2007) Este expediente trata de otro asunto judicial en el que colisionan el derecho a la libertad de expresión y el derecho laboral. Al igual que en *Tinker*, lo que motivó la batalla legal fue una expresión contraria a la intervención de los Estados Unidos en otro conflicto bélico. A casi cuarenta años de aquél fallo, es razonable pensar que John y Mary *Tinker* continuaron sus vidas normalmente; por su parte, los Estados Unidos continuaron sus guerras normalmente.

El caso Meyer tuvo lugar durante la ofensiva armada dispuesta por el Presidente Bush contra Irak. Pero a diferencia de aquella guerra y de aquella protesta, en este asunto la crítica o disidencia pacifista no partió de un alumno sino de un docente. Deborah Meyer, profesora de ciencias sociales se refirió al controvertido tema durante una de sus clases. Quizás para ahuyentar el sopor que por regla invade a los alumnos durante el dictado de clases de historia, la docente eligió un método áulico efectivo pero riesgoso: emprendió la clase lanzando duras críticas contra gobierno del Presidente Bush, particularmente contra la invasión norteamericana en Irak. No hay certeza acerca de si los muchachos que asistieron a la clase se quedaron o no dormidos, pero sí se sabe que la cátedra terminó siendo una pesadilla para la docente.

Luego de la clase magistral impartida por Deborah Meyer, algunos padres de los alumnos se quejaron ante las autoridades escolares. Esta queja motivó que se celebrara una entrevista poco cordial entre la Directora de la escuela, la maestra disidente y un grupo de papás preocupados. Durante la reunión se le ordenó a Deborah Meyer que en lo sucesivo no volviera a dar su opinión sobre temas que no fueran los estrictamente referidos al contenido de la materia a su cargo. En concreto, se le solicitó a la docente que se abstuviera de dar su opinión sobre la guerra en Irak en el transcurso

de sus clases. Unos meses después de estos sucesos, y al terminar el contrato laboral que vinculaba a la maestra Meyer con el establecimiento escolar, el contrato no fue renovado. En otras palabras: la maestra fue despedida. Durante la investigación judicial, se supo que la Directora del Colegio, Victoria Rogers, le había sugerido a la Comisión directiva del colegio que no renovaran el contrato de la docente.

Ni bien supo que su contrato sería cancelado, Deborah inició acciones legales. Su argumento legal se apoyaba sobre tres pilares.

Primero: que su expulsión del plantel docente estaba relacionada con sus opiniones políticas.

Segundo: que la extinción del contrato violaba su libertad de expresión.

Último: que la ruptura intempestiva de su contrato laboral violaba otras leyes y estatutos laborales vigentes.

Es interesante ver cómo resolvió el tribunal de apelaciones las cuestiones referidas a la libertad de expresión y a la rescisión del contrato laboral. No obstante, anticipo que en ambos aspectos tomó la dirección contraria al criterio establecido en el veredicto Tinker. Veamos los pormenores de la sentencia:

(i) El fallo arranca diciendo que la cuestión bélica de Irak es de tal trascendencia social que la maestra tiene derecho a expresar libremente su opinión al respecto.

(ii) Sin embargo, este derecho no debe ser ejercido hasta límites que pongan en peligro el normal desenvolvimiento del colegio. Es decir, si el contenido de la disertación dada por Deborah es de tal intensidad que resulta disruptivo para la clase entera, debe evitarse. Porque la tarea esencial del docente es desarrollar la currícula específica de su materia. (Observe el lector la construcción intelectual

del Magistrado; se desprende del precedente Tinker, sin dejarlo de lado. Es ésta una característica muy utilizada por el Juez americano).

(iii) Los docentes contratados por las escuelas – en particular por las escuelas públicas - no pueden dictar sus clases con absoluta independencia de criterios; deben ceñirse a una agenda curricular impuesta por las autoridades. El docente transmite un conocimiento, pero no define los contenidos de un programa oficial que debe respetar a sin objeciones.

(iv) En la cuestión que se refiere estrictamente al derecho laboral, le tribunal de apelaciones describe cuales son los derechos y las obligaciones de este particular contrato laboral. El docente recibe su paga para transmitir los contenidos de un programa oficial que le es dado. Un docente no tiene derecho a cambiar esos contenidos. Cita un ejemplo: si un programa oficial de historia se refiere a un personaje como un héroe, un docente no podría tratar a ese mismo personaje como un traidor. El ejemplo es claro, pero por sí mismo carece de todo rigor porque deja de lado importantísimas cuestiones que podrían encontrarse en el anecdotario del héroe y del traidor.

(v) Finalmente, el tribunal de apelaciones da otro argumento que sirve para limitar la libertad de expresión de los maestros durante el dictado de sus clases. Debo admitir que, aún a desgana, lo considero un argumento de peso. Se trata de un concepto extrajurídico que se refiere a la audiencia cautiva. Con esta palabra compuesta se describe con mucha precisión el rol que los alumnos de nivel primario y secundario tienen en la escuela. Ellos, dice el fallo, están obligados a asistir a clases y no pueden elegir a sus maestros. Por lo tanto, las autoridades escolares deben proteger que los alumnos se conviertan en la audiencia cautiva de la idiosincrasia de un docente.

(vi) La maestra Meyer podía dar su opinión acerca del tema Irak, siempre y cuando presente al alumnado, además de su punto de vista todos los otros que rodean al tema. Lo que hace que el alumno tenga un rol de audiencia cautiva es que esté obligado a escuchar un

solo punto de vista, precisamente el de la persona a que está obligado a escuchar.

(vii) Para terminar el debate, el veredicto establece que la Primera Enmienda constitucional no protege las expresiones personales de los docentes expresadas ante audiencias cautivas. En síntesis: Deborah Meyer no tenía derecho a expresar ante sus alumnos su opinión personal acerca de la intervención bélica del gobierno de los Estados Unidos en Irak.

Definitivamente el criterio utilizado en el caso Tinker cambió, como también habrá de cambiar el que vino en su reemplazo. Estoy convencido, y me consuela pensar de esta forma, que las modificaciones interpretativas que hacen los jueces tienen algún correlato con las oscilaciones sociales. No es el caso de la política y sus protagonistas, cuyas decisiones siguen el ritmo de pasiones anómicas. En otras palabras, lector, me atrevo a interpretar la ley o las sentencias que se dictan a su consecuencia, pero La interpretación del acto político es tarea de cronistas más sofisticados que quien redacta este ensayo tan insuficiente.

Los daños punitivos en el derecho argentino. Experiencia en el derecho comparado

por Fernando Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC1537

[Consultado el: 14/07/2021]

Sumario:

1. Introducción. 2. La cuestión económica. 3. Las opiniones críticas. 3.1. El enriquecimiento sin causa. 3.2. Otras críticas. 3.3. La segmentación de la producción. 4. La situación en Argentina. 4.1. Cuantificación de los Daños Punitivos. Aspectos constitucionales. 4.2. Los Daños Punitivos en el III Congreso Euroamericano. 5. Los Daños Punitivos en el Derecho comparado. 6. Jurisprudencia Argentina. 7. Conclusiones

1. Introducción.

La Ley 26.361 incorporó al código consumerista institutos inéditos para nuestro ordenamiento jurídico; entre ellos, los daños punitivos. La escuela nacional, como era previsible, no se puso de acuerdo acerca de su naturaleza jurídica. Para unos se trata de una indemnización y para otros de una reparación en la que prevalece el aspecto penal. Desafortunadamente, en nuestra academia existe una marcada tendencia a convertir en perpetuas las cuestiones de menor transcendencia intelectual; los DP no escapan a esa predisposición. Los daños punitivos son definidos por la propia norma que los regula como ‘multas civiles’ que el juez ‘puede’ aplicar, ‘a pedido de parte’. El jurista Edgardo LÓPEZ HERRERA, en su reciente y muy cuidada obra, Los Daños Punitivos, explica extensamente la cuestión referida

a la naturaleza jurídica de los DP. (2) Algunos autores, que sin ser mayoría tampoco carecen de prestigio, consideran a los DP extravío para el sistema jurídico argentino. (3) Sin embargo, son pocos los investigadores que han advertido que los DP no son una herramienta completamente extraña en nuestro derecho. Nancy CELAYEZ explica con acierto las similitudes entre los DP, incorporados en el artículo 52° bis de la Ley 24.240, y las multas que dispone la ley 24.013 del Derecho Laboral. Su trabajo fue presentado bajo la forma de una ponencia en la comisión N° 5 del III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores. (4)

En particular, sostengo que los DP consisten en un plus indemnizatorio que se impone al agente dañador, a favor del damnificado. La finalidad que tienen los DP no es solamente indemnizatoria, sino que procuran disuadir al dañador evitando la repetición de conductas similares. Es decir, los DP cumplen un doble propósito: uno, de carácter netamente individual al reparar la violación de un derecho subjetivo; el otro social, al intentar que la ocurrencia de daños disminuya. En ese orden, comparto la reflexiones que realiza LORENZETTI al explicar porqué es admisible – y necesaria – la existencia de una indemnización cuyo monto supere el valor económico del daño padecido por la víctima. (5) La desvinculación del daño de la multa impuesta es la clave para entender el funcionamiento de los DP. Esta duplicidad entre el daño sufrido y la pena impuesta permite que el Derecho intervenga sobre la conducta del sujeto dañador para prevenir la ocurrencia de daños. El monto elevado de la penalidad busca disuadir al sujeto, evitando que emprenda conductas ilícitas por temor a una multa que sea mucho más elevada que el valor económico del daño que ha ocasionado. La finalidad preventiva de los DP es más importante que la referida a la reparación concreta del daño. (6)

Es sabido que las indemnizaciones tradicionales compensan a la víctima de un daño reponiéndole exactamente lo que perdió a su causa. Pero, si se admite que el daño desaparece por efecto de su reparación, también se anula la idea de víctima luego de ser

compensada, y la de dañador luego de remediar el daño. Esta lógica induce a reflexionar que un daño causado deliberadamente es aceptable si luego es reparado. Sin embargo, esta idea se apoya en un pragmatismo economicista antagónico con la ética. Algunos estudiosos norteamericanos han propuesto argumentos similares al examinar a los daños punitivos. Si se aprueba la idea de que la reparación de los daños vuelve las cosas al estado anterior al perjuicio, el ‘daño reparado’ equivale al ‘no daño’. Entonces, ¿por qué no permitir la ocurrencia de todo daño que luego pueda ser compensado? (7)

Si se acepta que una indemnización es capaz volver las cosas al estado anterior al suceso dañoso no existiría el concepto de daño, ni el de víctima, ni el de agente dañador. Los DP, en su formulación teórica, cumplen objetivos más ambiciosos en términos filosóficos; al tiempo que reparan un daño concreto, tienen un efecto disuasivo sobre el agente dañador, evitando que repita la conducta reprochable. (8)

2. La cuestión económica.

Como había señalado antes, el monto económico que pueden alcanzar los DP es muy elevado, lo que le ha valido numerosas críticas. Son muchos, y muy acreditados, los autores que les endilgan a los DP tres problemas graves: (1) constituyen una reparación excedente para el damnificado; (2) son un obstáculo para las inversiones empresarias y, por consiguiente, atentan contra la creación de nuevos empleos. (3) incentivan la promoción de juicios. Debo admitir que las críticas son serias; en muchas regiones de Estados Unidos prohíben su aplicación porque los consideran perjudiciales para el desarrollo económico. Algunos datos estadísticos informan que las corporaciones no invierten en las regiones que admiten la aplicación de DP. Aún sus defensores aceptan que los DP son una tentación para la promoción de juicios, pero también indican que actúan como un estímulo para que los damnificados, animados por una indemnización millonaria, controlen a las compañías. De esta forma, los particulares colaboran con una actividad de suma

importancia que difícilmente pueda ser llevada adelante por el Estado.-

En mi opinión el sistema de indemnizaciones tradicionales es insuficiente, sobre todo en materia de derechos del consumidor. Veamos esta afirmación. Si el costo de la compensación es equivalente al costo del daño pero menor al precio requerido para hacer que un producto sea más seguro, el agente dañador puede ‘elegir’ qué daño realizar (y luego reparar) y qué daño evitar. Nadie va a invertir en hacer productos más seguros si el precio de esa inversión supera el valor de la pena que deberá abonar si ocurre un evento dañoso. Además, pocos usuarios presentarán sus quejas en los tribunales si de antemano saben que la reparación será de menor valor que los gastos necesarios para tramitarla. En resumen: las indemnizaciones exigidas promueven una sensación de impunidad que empeora la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado. En este esquema, los DP juegan un rol preponderante; su correcta aplicación le agrega al dañador un gasto que va más allá de la exacta reparación del daño causado, destruyendo la posibilidad de que se realicen especulaciones de costo-beneficio reñidas con la ética. (9)

David Friedman, jurista norteamericano especialista en Análisis Económico del Derecho, señala que cuando las indemnizaciones benefician a las víctimas, con reparaciones que superan el valor nominal del daño padecido, se las estimula a que investiguen a las compañías proveedoras de bienes y servicios. Si no se recompensara de manera atractiva a los consumidores que padecieron daños la tarea preventiva sería más lenta y menos eficaz. La prevención del Estado, en casi todos los países del mundo (y particularmente en el nuestro), es insuficiente a causa de la inepticia propia de las burocracias elefantinas. Cuánto más alto sean los premios que se otorguen a las víctimas, mayor será su voluntad de investigar los comportamientos ilícitos de las corporaciones. (10)

3. Las opiniones críticas.

En la Argentina, es difícil encontrar investigadores más pesimistas frente a los DP que Marcelo J. LÓPEZ MESA. El prestigioso jurista profetiza que los punitivos pueden desmoronar los cimientos de la teoría contractual clásica. Además, se queja (con razón) de la defectuosa redacción del artículo 52° bis de la Ley 24.240. Su aporte (que no comparto) es interesante porque censura los aspectos más controvertidos de los DP y expone libremente una feroz crítica al instituto.(11) Sebastián PICASSO y Alberto J. BUERES también se pronuncian negativamente frente a los DP; éstos reconocidos estudiosos señalan que las sanciones que se siguen de su aplicación son propias del derecho penal, siendo desaconsejable que tales puniciones provengan del derecho privado.(12) Esta última opinión, que vincula los DP con el Derecho penal no es seguida por la mayoría de la escuela nacional. No encuentro mucho fundamento en el razonamiento que sostiene que aquellas conductas que merecen la aplicación la sanción punitiva prevista en el artículo 52° bis LDC sean, al mismo tiempo, figuras típicas del Código Penal. (Ver nota N° 12). Sería interminable la lista de acciones dañosas merecedoras de aplicación de DP, pero que no pueden tipificarse como delitos. Los DP, como toda norma del Derecho privado o público, tienen un objetivo preventivo y otro sancionador que en el caso del Derecho civil procura compensar a la víctima de un ilícito civil. Son éstas las únicas semejanzas que los DP tienen con el Derecho penal. Pero son una pena del Derecho privado, y no son las únicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico; como bien apunta LÓPEZ HERRERA, existen penas privadas de naturaleza patrimonial y también las hay de contenido extrapatrimonial.(13)

3.1. El enriquecimiento sin causa.

Otra reprobación que se les hace a los DP es que al estar desligada su tasación del daño efectivamente padecido por la víctima, ésta se enriquecería injustamente a costillas del responsable del daño. El enriquecimiento sin causa que, dicho sea de paso, no es una

institución específicamente regulada por el Código Civil, es la crítica favorita de los detractores de los DP. El argumento sostiene que es injusto que un patrimonio (el del consumidor) se enriquezca a expensas de otro (el del proveedor de bienes y servicios) por aplicación de una indemnización superior al monto del daño padecido. (14) Veamos cómo funciona este razonamiento en la práctica. Se sabe que los establecimientos comerciales que atienden gran cantidad de personas diariamente, se organizan para recibir al público y alcanzar sus necesidades en un tiempo razonable, evitando demoras innecesarias que causan mal humor. Así, buena parte del trabajo de estas empresas consiste en reducir el tiempo de espera, previniendo que la gente haga colas lentas. Bien. Ahora supongamos que un banco de Buenos Aires se ha comprometido con la casa matriz de Japón a atender un cliente cada 7 u 8 minutos en promedio; sin embargo, decide contratar a dos empleados en vez de cuatro, número sugerido por la central nipona para lograr la meta de tiempo de espera. A causa de esta disminución del número de empleados, los usuarios del banco argentino demorarán en el local el doble de tiempo que los clientes del mismo banco en Londres o en Nueva York. Ahora imaginemos que un día martes a las 11 de la mañana, Horacio Lynch (que es cliente de ese banco porque su empleador deposita ahí su salario) ingresa a la entidad para efectuar unos cuantos trámites sencillos (pago de la luz, servicio de TV por cable, segundo vencimiento del gas, última prórroga de las cuotas atrasadas del colegio de sus hijos, y pago puntual de la cuota 4 del crédito que solicitara para comprarle una Play Station 3 a su hijo mayor, y una Wii para su hija más pequeña). Ese mismo martes, Horacio tiene turno con su analista a las 11,45 AM a unas veinte cuadras del banco. La cola ese día es interminable; al entrar Horacio ya tiene veinte personas delante. Mientras se come la uñas, exasperado porque todas las cajas menos dos están cerradas, su fila avanza tan lentamente que parece no avanzar; hacia las 11,25 AM., Horacio sigue prácticamente en el mismo lugar; mira el reloj cada dos segundos, transpira; sabe que la demora pone en peligro su llegada puntual al consultorio del influyente analista lacanianao, profesor Jorge Chamorro, con quien está tratando angustias de probable raíz materna. El resultado

provisorio de esta terapia es más positivo de lo que Horacio había imaginado antes de iniciarla. Vivian, la mujer de HL, está muy feliz con el tratamiento de su esposo, y cree que en poco tiempo más Horacio podrá sentarse a la mesa con ella y los niños sin evocar con una nostalgia enfermiza los días de su infancia en los que su madre le preparaba el uniforme para ir a la escuela inglesa que, con más orgullo social que esfuerzo personal, había elegido para educarlo. A las 11,40 AM Horacio sale del banco corriendo; ha pagado todas sus obligaciones exigibles y le quedan unos pocos pesos en el bolsillo. Sin embargo, toma el primer taxi que pasa y, finalmente, llega al consultorio del Dr. Chamorro minutos más tarde del horario asignado a su consulta. A causa de los nervios y del estrés, Horacio arruina su ansiada sesión despotricando contra el banco, y llorando sin consuelo. El Profesor Chamorro, preocupado por el retroceso de su paciente, no vacila en señalarle que debe aumentar el número de sesiones semanales. Al llegar a su casa, Horacio no puede dejar de pensar en la decepción que su tropiezo terapéutico le ocasionará a su mujer; inquieto, mientras toma compulsivamente un mate ya lavado, imagina cómo le explicará a Vivian lo ocurrido sin que su enojo se prolongue más allá de un par de días silenciosos y lentos. Para entretenerse, y así aliviar el peso insoportable que el tiempo tiene en los instantes previos a un suceso desagradable, Horacio hace cuentas simples. El transporte que se vio obligado a tomar por la demora en el banco le costó \$ 18; ese mismo traslado en colectivo le hubiera salido \$ 1,20. Es decir, que la merma en su patrimonio puede cuantificarse en unos \$ 16,80. Para no enriquecerse indebidamente, debería iniciar un pleito contra el banco, aguardar unos dos años de incierta tramitación, y reclamar esos \$16,8 con más los intereses y costas. Por su parte, el banco - gracias al ahorro que supone el pago de dos empleados menos - ha incrementado su patrimonio (en verdad su rentabilidad) en miles de pesos (millones de pesos si se realizan cálculos proyectivos de costo beneficio y de volumen de clientela). Lector: ¿alguna vez te ha pasado algo parecido? En caso afirmativo, ¿se te ocurriría iniciar un juicio para equilibrar tu patrimonio empobrecido en \$ 16,80? ¿Tienes idea lo barato que resulta para los proveedores de bienes y servicios incumplir sus obligaciones si luego tienen que pagar indemnizaciones

de tan escaso valor? ¿Para qué un banco invertiría dinero en mejorar el servicio si es más barato pagar sanciones de montos ridículos? ¿Te puedes imaginar cuántos de estos reclamos directamente NO se hacen para no perder el tiempo que una indemnización grotesca sería incapaz de compensar? ¿No te resulta paródico pensar que Horacio Lynch se puede enriquecer a costa del banco? Lo cierto es que las relaciones consumo (que nos abarcan a todos, dado que todos somos consumidores) tratan sobre este tipo de cuestiones que enfrentan a un individuo con una corporación que dispone a voluntad la forma, las modalidades y el precio del bien o servicio ofrecido. Casi por regla, el daño padecido por los consumidores es de menor cuantía frente a las descomunales cifras de dinero que están en juego en la comercialización masiva de bienes y servicios. Es una obviedad mayúscula decir que contratar a dos empleados en vez de cuatro se traduce en mayores utilidades para el proveedor a costa del ofrecimiento de un servicio defectuoso que soportan los clientes (Lector, ¿alguna vez fuiste a un supermercado o a un banco en el cual todas las cajas disponibles funcionen simultáneamente?). Las teorías restrictivas de los DP tienden a consolidar esta situación perniciosa con argumentos que oscilan entre la candidez y el cinismo. El supuesto enriquecimiento de los consumidores es, sin embargo, un extraordinario ejemplo de equilibrios pendulares porque reúne en sí mismo ambos atributos. En otro trabajo, en el que desarrollé el tema del daño directo contemplado en el artículo 40^a bis LDC, desarrollé estas cuestiones. (15) La experiencia internacional ha demostrado que los DP cumplen una finalidad preventiva fenomenal que mejora las relaciones de consumo. La amenaza de sanciones excepcionales actúa como un impulso para que los proveedores se aseguren que los productos que venden no sean riesgosos, y los servicios que ofrecen sean eficientes. Considerar el ‘enriquecimiento sin causa’ de los consumidores, sin reflexionar sobre los colosales beneficios indebidos que provienen de las inversiones insuficientes es dejar la cuestión a mitad de camino, y para colmo en el camino opuesto al que eligieron los ordenamientos jurídicos más desarrollados del mundo. No alcanza con repetir en latín principios romanos que ya tienen 21 siglos de vigencia; es preciso volver a pensar esas reglas para que sigan siendo

útiles en el siglo 21. Es imperioso entender la tremenda asimetría que existe entre un consumidor individual y un proveedor de bienes y servicios que, cada vez en mayor medida, es una gigantesca organización transnacional con un patrimonio que no pocas veces supera al PBI de un país. La desigualdad de poder entre un banco, o un hipermercado, o una empresa automotriz y un usuario es tan grande que es imposible pensar en un enriquecimiento del débil a costillas del fuerte. Y esto no es una cuestión ideológica. Creo que ni siquiera es una cuestión jurídica. Es una noción de lógica elemental que parte de medir los poderíos de unos y otros. Los daños punitivos también sirven para equilibrar las fuerzas desiguales que conviven en el mercado del consumo. (16) Una buena parte del bienestar de una persona pasa por satisfacer adecuadamente sus necesidades de consumo, evitando los abusos que se producen por las notables desventajas entre los proveedores de bienes y servicios y las personas que los consumen. Avancemos.-

3.2. Otras críticas.

En los Estados Unidos los DP también reciben duras censuras provenientes de la academia. Sobre todo después de que la Corte Suprema se pronunciara (en el año 2003) en el expediente *State Farm v Campbell*(17) En esos autos, el Máximo Tribunal estableció que las reparaciones tradicionales eran, en principio, suficientes para compensar el daño padecido, limitando la aplicación de los DP a casos extraordinarios.(18) Sin embargo, debe comprenderse que esta formulación no significa que los punitive damages vayan a desaparecer de los Estados Unidos, sino que la Corte ha querido limitar las cuantificaciones excesivas. La llamada ‘industria del juicio’, y una economía (la norteamericana) que durante la década del noventa tuvo un auge espectacular, elevaron los montos de los DP a cifras multimillonarias que hoy resultan preocupantes dentro de un contexto económico completamente distinto. Más adelante se hace un examen completo de este caso en el que, insisto, el Tribunal Superior no declaró la inconstitucionalidad de los punitive damages, sino que

debatíó sobre su cuantía. Pero también hay voces doctrinarias en contra de los punitivos.-

Un grupo de juristas, pertenecientes a distintas universidades de los Estados Unidos, señalan la inoperancia de estas sanciones. Sus militantes sostienen que las indemnizaciones tan elevadas comprometen la competitividad de las empresas. Otra crítica importante está dirigida a los jueces y a los criterios que utilizan para tasarlos. Los autores afirman que los veredictos suelen imponer punitive damages para castigar las ecuaciones de costo-beneficio que realizan las empresas. Sin embargo, esos cálculos económicos no constituyen una infracción legal, sino la regla general en el ámbito empresarial. Reducir los costos para optimizar los réditos es el motor de crecimiento empresarial, y también el de toda la economía de los Estados Unidos y del resto del mundo. (19) No hay nada ilegítimo en hacer estimaciones de costo-beneficio. Las empresas no podrían subsistir sin hacerlas. Estos estudiosos afirman que los jurados penalizan a las compañías por el simple hecho de hacer especulaciones de costo-beneficio. Acompañan sus críticas con estadísticas inquietantes: las corporaciones que realizan esta clase de análisis financieros aumentan en un 5% sus chances de sufrir una condena que incluya daños punitivos.-

3.3. La segmentación de la producción.

Desde la Teoría económica del Derecho, también se suman reproches a los DP. Veamos. A medida que la industrialización se hace más sofisticada, los costos de producción son más segmentados; esta circunstancia, sin embargo, no es considerada por los jueces. Pongo un ejemplo para explicar el efecto de esta segmentación de las líneas de producción. Cada parte que integra un producto es analizada según sea la probabilidad de falla que su uso puede ocasionar en los consumidores. Las compañías invierten más capital en la parte del producto cuya probabilidad defectuosa sea superior. Si una pieza del producto tiene escaso riesgo de causar daño, los empresarios deciden invertir dinero en el desarrollo de otros componentes que son

estadísticamente más peligrosos. Pongamos por caso una licuadora. Evidentemente, es más importante hacer enchufes seguros que emplear dinero en el desarrollo de una empuñadura que, potencialmente, no genera ningún riesgo para el usuario. Las sentencias que incluyan sanciones punitivas deberían hacer un análisis que evalúe esta realidad. Las estadísticas son una guía muy preciada para los inversionistas, y ninguna corporación va a prescindir de ellas. Sin embargo, los jueces no hacen ningún estudio, ni estimación de probabilidad dañosa referido a cada una de las partes que integran un producto. Todas las investigaciones que realizan los empresarios antes de lanzar un producto al mercado son descartadas en tribunales. Los magistrados, algunas veces por ignorancia, o comodidad o simple demagogia, se limitan a demonizar a empresas y empresarios. Se conforman con decir “ha muerto una persona porque la empresa no utilizó un material más confiable.” La mayoría de las veces, la diferencia entre precios y calidades de los materiales no supera los U\$ 10. Entonces el jurado dice: “la empresa dejó morir a una persona para ahorrarse U\$ 10” Los jueces deberían considerar la relación entre el accidente y su probabilidad de ocurrencia antes de que ocurra, porque justamente esa relación es el mejor índice para determinar cuán reprochable ha sido el comportamiento de la corporación. Hacer un juicio, sin considerar esa relación de probabilidad estadística distorsiona la realidad. Los empresarios no saben que el accidente va a ocurrir, ni tampoco pueden prever cuántos accidentes van a ocurrir. Ni siquiera pueden especular acerca de si todos los consumidores utilizan los productos con idoneidad. Quienes tienen la tarea de desarrollar un producto sólo cuentan con un cálculo estadístico de probabilidades que pueden ser altas o bajas. (20) En definitiva, para esta escuela los DP son admisibles si están destinados a castigar conductas que - estadísticamente – son riesgosas para la seguridad de los consumidores o usuarios.-

4. La situación en Argentina.

Los daños punitivos se convirtieron en ley positiva en la Argentina por la reforma que la Ley 26.361, de abril de 2008, realizó

sobre la Ley 24240. La citada ley incorpora al estatuto consumerista el artículo 52° bis que expresamente contempla los DP dentro del universo de reparaciones que benefician los consumidores en las relaciones de consumo. (21) El monto de la sanción punitiva tiene un techo de \$ 5.000.000,00., establecido en el artículo 47° de la ley. De acuerdo al texto legal, el Juez tiene la facultad de imponer la sanción a pedido de parte; pudiendo establecer su cuantía de acuerdo a la gravedad del daño y demás circunstancias del caso. Coincido con la doctrina que afirma que la norma debió ser más precisa en cuanto a su procedencia y aplicación, evitando que pueda ocasionar veredictos fronterizos con la pura arbitrariedad. (22)

4.1. Cuantificación de los daños punitivos. Aspectos constitucionales.

Otra cuestión importante es que el monto de la sanción tiene un techo máximo establecido en el artículo 47°, inciso b, LDC (\$5.000.000,00). En mi opinión, sujetar la suma punitiva a un monto fijo es un error. Para algunas empresas, el pago de una indemnización de \$ 5 millones es un monto irrisorio frente a la magnitud de su giro empresarial; por tanto, esa limitación en determinados casos anula la finalidad disuasiva que los punitivos tienen.-

Debo decir que a pesar del entusiasmo que esta herramienta jurídica me ocasiona, reconozco que los DP pueden violar garantías constitucionales como la defensa en juicio y el debido proceso. Veamos. Si una compañía es castigada durante la tramitación de un pleito con el máximo de la pena prevista en el artículo 52 bis, ¿puede otro usuario o consumidor iniciar un nuevo pleito exactamente igual? ¿Cuántas veces puede una compañía ser sancionada por el mismo hecho? ¿A todos los usuarios le corresponderá la misma indemnización, o la compañía les podrá oponer distintas defensas a cada reclamante? ¿El proveedor, podrá defenderse invocando la figura de la culpa concurrente? En caso afirmativo, ¿esa concurrencia de culpas, es igual para todos los casos que se demanden? De acuerdo a cómo se respondan estos interrogantes, puede ocurrir que únicamente

el usuario que primero llegue a Tribunales tenga derecho a este resarcimiento; o puede ocurrir que una empresa sea demanda, por la misma causa, más de una vez. Miles de veces. (23)

En el derecho comparado hay experiencia respecto a estas importantísimas cuestiones. Por ejemplo, el caso Philip Morris v Williams (24), referido a los daños provocados por consumo de tabaco. Un primer fallo le impuso a la tabacalera una multa punitiva que superó más de 100 veces el valor de la indemnización total. La Corte Suprema de los Estados Unidos redujo sustancialmente esta condena y analizó los aspectos constitucionales derivados de la aplicación de los punitive damages. En los países con más experiencia en la utilización de este instituto jurídico, el monto de la punición nace de un análisis que, necesariamente, debe considerar diversos puntos: (i) Un estudio de la ecuación de costo-beneficio realizado por el proveedor; (ii), una evaluación referida a la probabilidad de ocurrencia del daño efectivamente ocurrido; (iii) un examen acerca de si los daños sufridos por la víctima fueron en su patrimonio o en su persona; (iv) una comprobación que permita determinar si la conducta de la empresa es habitual o constituye un caso aislado. Tasar con prudencia y ajustado criterio las sumas dinerarias contenidas en las sentencias es una tarea fundamental que les corresponde a los jueces. Si los magistrados no ponderan adecuadamente los montos de sus veredictos pueden ocurrir dos situaciones igualmente graves: 1) que la pena sea exigua, privando de esta forma que los DP cumplan su finalidad disuasoria; 2) que la sanción sea excesiva, determinando la quiebra de una compañía.-

En mi opinión, hubiera sido preferible no establecer un monto máximo de condena, dejando que surja de los hechos ventilados en cada caso y de la prueba aportada por las partes. Anclar una indemnización a una suma fija es una solución simplista y dogmática. Ello, sin mencionar que nuestra economía registra los índices inflacionarios más altos del mundo, lo que hace que en poco tiempo las sumas fijas de dinero se deprecien al ritmo de la inflación. Desde luego, la inflación castiga a unos, pero también beneficia a

otros que, con el simple paso del tiempo, logran disminuir el valor de sus obligaciones exigibles. Lector: en la Argentina, los cinco millones de pesos que el legislador previó como techo de los DP en el año 2008, no son los mismos cinco millones de pesos que el juez ordena pagar en la sentencia que hoy suscribe. Los montos fijos destinados a funcionar en sistemas económicos inflacionarios fracasan, siempre.-

4.2. Los Daños Punitivos en el III Congreso Euroamericano.

La cuestión de la cuantía aplicable a los DP es relevante. En el mes de Septiembre de 2010, en la ciudad de Buenos Aires tuvo lugar el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores. La Comisión N ° 5 de ese Congreso se dedicó al tratamiento de los daños punitivos. Entre las ponencias tratadas en comisión destaca, entre otros, el trabajo del Dr. Matías IRIGOYENTESTA. El autor explica que establecer topes indemnizatorios es inadecuado. (25) El monto de los DP, dice IRIGOYEN, debe estar condicionado por la finalidad preventiva que ellos tienen antes que por la fijación de un monto determinado a priori por el legislador. En base al estudio de la jurisprudencia norteamericana, de la que el autor es experto, afirma que los DP no son violatorios del debido proceso, y que su objetivo es la prevención del daño, finalidad que para cumplirse requiere un estudio de los diversos aspectos en juego(26) En sentido similar, pero con relación al daño moral (que más de un punto de contacto tiene con los daños punitivos), el autor Alejandro BORDA, explica que la reparación del padecimiento espiritual se mide buscando criterios de justicia antes que una equivalencia entre una amargura y el dinero otorgado para compensarla.(27) Tanto el daño moral como los DP están motivados por una finalidad de justicia que debe cumplirse; el monto de la condena tiene que ser el que mejor se aproxime a ese propósito de equidad.-

A continuación, presento una serie de casos que tuvieron lugar en los Estados Unidos; en ellos se han tratado todas cuestiones

referidas a los DP. Por último, aclaro al lector que los casos son presentados en una versión libre que contiene alteraciones en la parte de los hechos y los personajes que en ellos menciono. Sin embargo, los criterios jurídicos establecidos por los magistrados fueron respetados; al pie de página, se consigna el texto del fallo en su idioma original.-

5. Los Daños Punitivos en el Derecho comparado.

Grimshaw v. Ford Motor Company (28)
- 1981 -

Reunión de Directorio: Señores, la compañía tiene que decidir si es preferible gastar 137 millones de dólares para rediseñar al Ford Pinto, o reservar 49.5 millones de dólares para pagar las indemnizaciones por la posibles muertes que ocurran. Señores, tienen la palabra...

Probablemente, la historia más famosa referida a los daños punitivos se remonta a fines de la década del 70, aunque su aplicación ya aparece en algunos fallos del siglo XIX, cuando en los tribunales americanos se discutía acerca de los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad. Las circunstancias que rodearon el caso Grimshaw, sumado a que terminó sus días siendo un éxito de taquilla cinematográfica, le dieron renombre internacional. En la actualidad, este leading case es analizado por todas las escuelas de derecho del mundo, sobre todo en aquellas donde se pone énfasis en el estudio de la teoría económica del derecho.-

La síntesis de los hechos puede resumirse señalando que la Ford Motor Company, en su esfuerzo por ganar un mercado muy competitivo y rentable decide la fabricación de un nuevo auto compacto: el Ford Pinto. Alentada por proyecciones económicas excepcionales, la líder automotriz comienza la producción del chicode Ford; el desarrollo del modelo se realiza a una velocidad de autopista porque el Pinto tenía que estar en la calle lo antes posible, y a un

precio razonable. Una vez que fue tomada la decisión, decenas de ingenieros y operarios fueron puestos a trabajar frenéticamente en pos de ese objetivo. La presentación en sociedad del nuevo Ford Pinto promete mucho ruido y más dinero. Está por nacer el hijo menor de un grande de la industria automotor. La codicia saca cuentas durante sueños intranquilos.-

Durante el proceso fabricación, y de manera algo imprevista, se detecta una falla en el diseño del Pinto. Sin demoras, la anomalía es reportada al jefe de turno, quien a su vez la anuncia al gerente de planta y así sucesivamente, hasta que el reporte llega a manos de las máximas autoridades de la compañía. El informe era preocupante pero, sin embargo, ni las luces, ni las máquinas de la fábrica se apagaron. Con el correr de los días la información siguió su camino, entrando y saliendo de distintas oficinas sin que nadie la quisiera demorar en la propia más allá de lo indispensable. Finalmente, los directivos más importantes de la compañía se reúnen para tratar la cuestión. La cosa es seria.-

- Una falla de diseño del Pinto puede determinar que, en algunos casos... si se dan algunas circunstancias..., y se combinan con algunos factores, que lógicamente son difíciles de prever... el auto puede estallar, dicen los expertos en accidentes.-

- Esta situación, desde luego indeseable, pero bastante previsible, puede ocasionar un número X de muertes al año, agrega otro perito.-

- Lo cierto es que según nuestras estimaciones, cada víctima fatal le podría costar un valor de Y. Pero, volver la línea de producción hacia atrás, para llegar a la falla de diseño y modificarla, le saldría a la compañía Yx3., dice con entusiasmo el actuario.-

- En otras palabras: corregir el defecto de diseño es tres veces más caro que pagar las muertes que se pueden producir, concluye del Director General.-

El informe realizado por los especialistas fue seguido por unos minutos de silencio y reflexión que se difuminaron por la sala, como si todos los presentes estuvieran dictando a su conciencia un arrepentimiento anticipado e inútil. Es difícil saber si demoró más hacer el cálculo que tomar la decisión, o viceversa. Pero lo cierto es que la fabricación del Ford Pinto siguió adelante y al poco tiempo estaba en la calle. Algunos estudios, que posteriormente se hicieron públicos, demostraron que rediseñar el modelo para hacerlo más seguro a los usuarios le salía a la compañía 147 millones de dólares, mientras que el costo estimado de indemnizaciones totales para cubrir muertes, heridas y unidades destrozadas fue tasado en 49,5 millones de dólares.-

Lily Gray y Richard Grimshaw, de 13 años, viajaban en un Ford Pinto cuando fueron embestidos por otro vehículo que iba a unos 50 Km por hora. A raíz del choque, el Ford estalló y luego se incendió. La mujer murió en el acto, el chico quedó con heridas devastadoras. Se había cumplido el vaticinio de muerte; lo que parecía una adivinación maquillada con exactitudes prestadas, resultó ser una predicción rigurosa. Sin embargo, lo que hace que esta tragedia sea digna de estudio es que hubo una gruesa equivocación en los cálculos que hizo la compañía en sus reuniones palaciegas: fallaron escandalosamente las estimaciones referidas al costo que cada muerte le ocasionaría a la firma automotriz. Los expertos jamás previeron que se descubriría que la compañía había hecho una estimación económica de costo-beneficio que indicaba la conveniencia de pagar las indemnizaciones antes que prevenir las muertes de los usuarios. Por otra parte, también es justo destacar que hacer ecuaciones económicas de costo beneficio no es ilegal. Ford, más allá de la moral repugnante aplicada al caso, no actuó en contra de la ley. A decir verdad, la estimación de la compañía no fue arbitraria. Su cálculo consistió en determinar que no efectuar las modificaciones de diseño que el Ford Pinto necesitaba para ser más seguro le iba a traer un costo de 180 víctimas fatales, 180 víctimas heridas y 2100 vehículos destrozados. La compañía utilizó como base del cálculo la cifra de U\$ 200.000,00 por cada persona muerta y U\$ 67.000,00 por cada persona herida y U\$

700,00 por cada vehículo accidentado Sin embargo, no fue la Ford quien inventó esas cifras, ni quien cuantificó el valor vida, sino que el dato le fue proporcionado por la Agencia Nacional de Seguridad Vial. La información con la que hizo sus cuentas era de fuentes oficiales, y no secretas o reservadas. Por lo tanto, las compañías, sobre todo aquellas dedicadas a la producción de bienes de consumo masivo, como lo son los automóviles, habitualmente hacen ecuaciones de costo-beneficio que consideran ese valor vida. Ese fue su principal argumento en el pleito; sin embargo, elementales nociones de ética hicieron que esos cálculos fueran precisamente la base de su condena. Es importante destacar que, más allá de lo ocurrido en el caso Grimshaw, no es moralmente reprochable que las compañías hagan cuentas de costo-beneficio. Sería peor que no las hicieran, o que no tuvieran información oficial certera o confiable. Generalmente, las grandes corporaciones utilizan esos cálculos para hacer que los productos elaborados sean más seguros para los consumidores.-

La automotriz jamás sospechó que se le aplicarían daños punitivos por haber hecho cálculos de costo-beneficio; en ese sentido el caso Grimshaw modificó precedentes judiciales, con la provechosa idea de que los pronósticos de beneficio y costo queden subsumidos a una regla ética de mayor jerarquía. No se exagera al decir que, gracias a este veredicto, en la actualidad, ni Ford ni otras corporaciones se atreverían a hacer cálculos tan inescrupulosos; todo el establishment económico tomó nota de la sentencia. También lo hicieron los consumidores, las ligas que los representan; y los abogados de parte.-

Rendido a la evidencia aritmética, que probaba que el precio a pagarse por la muerte de X personas era más económico que el de modificar el diseño de un automóvil, el juez de la causa sufrió un enojo mayúsculo. Es probable que durante insomnios lentos haya imaginado miles de maneras de castigar tanta ambición y tan poco recato. Como a menudo sucede, el desvelo ilumina ideas que solo aparecen en la soledad que la penumbra acentúa, como si la luz representara a las alegrías del amor, y la sombra su recuerdo vengativo. La belleza de un poema, o la extrema lucidez de una idea

sólo se consiguen cuando los brillos del día se fatigan; la suave opacidad de la vigilia derrotada prelude lo sublime. (29) En resumen: la sentencia condenatoria que este Juez le aplicó a la compañía automotriz fue de 125 millones de dólares, solamente en concepto de punitive damages. Sin embargo, la sentencia fue reducida en las sucesivas apelaciones hasta quedar firme en 3.5 millones de dólares. Esta diferencia enorme en los montos aplicables quizás sea la principal crítica que los detractores de los daños punitivos les imputan. Y en parte, hay que coincidir con ellos porque semejante brecha hace que sean imposibles de anticipar con alguna precisión. ¿Cómo podría un abogado asesorar a un cliente, diciéndole que la eventual sentencia será de un monto variable de 3.5 a 125 millones de cualquier moneda? ¿Cómo puede una empresa hacer sus cálculos financieros si su probabilidad de error es de un rango 1/100 o superior? Pero, sin perjuicio de estas cuestiones que deben resolverse adecuadamente, lo importante es que el Juez de grado en Grimshaw fundó su veredicto en la aplicación de los punitive damages. Ese criterio quedó firme: las ecuaciones de costo beneficio, aunque lícitas, no gozan de impunidad, ni están eximidas del deber ético. Quizás el magistrado haya querido dejar su impronta para el futuro, o quizás se haya indignado ante lo escandaloso del cálculo financiero. Pero lo cierto es que las compañías comprendieron que era preferible corregir errores que pagar las muertes. Fue un castigo ejemplar. Y funcionó. Sin dudas marcó un importante avance en el complejo mundo de las relaciones de consumo.-

Al poco tiempo, el Ford Pinto salió de tribunales y, con la merecida fama de los fracasos estrepitosos, llegó a Hollywood donde la chatarra fue convertida en película. Las estadísticas informan que luego de Grimshaw v Ford las demandas contra las grandes corporaciones se multiplicaron, y los punitive damages actuaron como un verdadero enemigo de la industrialización salvaje. Sin embargo, no pudieron evitar que los pleitos también sufrieran un proceso de industrialización, más próximo a la teoría económica que a los rigores de la ética. En la actualidad, en los Estados Unidos, hay cada vez más demandas, y más condenas, y montos cada vez más elevados. El juicio

también tiene su industria y el leguleyo, puesto a calcular honorarios, imita al mejor industrial. Humanos, demasiado humanos, hubiera dicho un filósofo alemán; seguramente sin admitir que él tampoco quedó a salvo del código de exageraciones que legisla la conducta humana.-

BMW OF NORTH AMERICA v. GORE
1996 (30)

“Compré un BMW negro, 0 km, lo pagué U\$ 40.750.88 y resulta que estaba repintado. ¡Es una estafa! Quiero que me paguen U\$ 4.000,00 por daños y perjuicios y U\$ 4.000.000,00 por los daños punitivos así se dejan de embaucar a los que compraron autos como éste en todo el país.-

Dr. Ira Gore, Jr.-

En el año 1996, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso BMW v Gore, estableció que la cuantificación de los daños punitivos se debe estimar en base a tres ejes. El sumario del caso cuenta que el señor Ira Gore compró un automóvil 0 Km. de marca BMW en una concesionaria autorizada en el Estado de Alabama. Con posterioridad a la compra Gore, de tanto mirar el lustroso BMW negro, descubrió que había sido repintado antes de serle entregado. Por tal motivo inicia un juicio por daños y perjuicios, solicitando la aplicación de daños punitivos contra el distribuidor de la firma BMW en Norteamérica. En su queja, el Dr. Gore manifiesta que no fue informado acerca de que la unidad había sido repintada; dicha conducta omisiva constituye un caso de fraude a la ley de defensa de los consumidores. En el juicio, la automotriz admite que tiene una política, a nivel nacional, de no informar a los consumidores las pequeñas reparaciones que deben ser hechas a las unidades antes de ser entregadas. El costo de esas reparaciones, para caer dentro de la política corporativa de no información' o 'secreto' frente al cliente, no debe superar al 3% del precio que la concesionaria oficial vende el vehículo. Las reparaciones hechas sobre la unidad de Gore se

encontraban dentro de esta categoría, razón por la cual se mantuvieron en secreto.-

Un primer fallo estableció una indemnización de 4 mil dólares en concepto de daños compensatorios y otra de 4 millones de dólares, por daños punitivos. Tras varias apelaciones, el Tribunal Superior de Alabama entendió que esa sanción punitiva era excesiva y la reajustó a 2 millones de dólares. Para llegar a esa cifra, el tribunal multiplicó los 4 mil dólares fijados, por la cantidad de unidades similares a la de Gore vendidas, no solamente en Alabama, sino en todo el país.-

Este caso es de una importancia decisiva porque la Corte estableció que la sanción de 2 millones de dólares impuesta a BMW era inconstitucional. (31) Asimismo, fijó una serie de pautas para que los DP no sean exagerados. Uno: La pena debe ser graduada de acuerdo a la conducta del demandado. Así, aumenta la pena cuanto más desleal ha sido comportamiento del demandado. Dos: la pena debe ser proporcional al daño padecido por la víctima, considerando especialmente si el daño es económico o físico en sentido amplio. Tres: los daños punitivos deben ser cotejados con la indemnización total aplicada en otros casos similares. Los argumentos más importantes que utilizó la Corte Suprema estadounidense para resolver en BMW v Gore fueron:

(1) La aplicación de daños punitivos no lesiona ningún derecho constitucional; sin embargo, en algunos casos pueden resultar violatorios de la Constitución. Esta última situación se da cuando la sanción es inmoderada.-

(2) Cada Estado provincial es soberano, y puede aplicar las sanciones punitivas que considere necesarias para proteger a sus consumidores y a su economía. (32)

(3) Para resguardar derechos de rango constitucional, el individuo debe estar informado, no solamente que determinada conducta es prohibida y sujeta a coerción por parte del Estado, sino

que también debe conocer con precisión la severidad de la pena que se le habrá de imponer.-

(4) La firma BMW no tenía suficiente conocimiento de la magnitud de la sanción que el Estado de Alabama le podía aplicar en concepto de daños punitivos. Esta circunstancia, hace que la Corte entienda que una sanción de 2 millones de dólares es excesiva y, como tal, violatoria de derechos constitucionales. (33)

(5) El daño sufrido por el actor no fue físico, sino económico. Las reparaciones que le fueron hechas al auto no afectaron su calidad, ni empeoraron sus capacidades técnicas, ni lo hicieron más inseguro. No hay indicios que sugieran que la conducta seguida por la BMW pueda ser calificada como de absoluto desprecio o indiferencia frente a la salud o seguridad de los otros. Las reparaciones autorizadas por la BMW eran de menor cuantía y no se ha probado que actuara de mala fe. Además, la empresa tampoco siguió adelante con esta política luego de ser advertida acerca de su ilegalidad. (34)

(6) Debe existir una proporción entre los daños compensatorios y los daños punitivos. En este caso, esa relación es de 500 a 1. Es decir, el monto impuesto por los tribunales en concepto de daños punitivos es 500 veces superior al daño económico efectivamente padecido por el litigante. Si bien no es posible establecer un límite matemático para determinar cuándo una sanción punitiva es violatoria de la constitución, una relación de 500/1 entre los daños compensatorios y los punitivos atenta contra derechos de rango constitucional. (35)

(7) Por todos estos motivos, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que la conducta desplegada por la firma BMW no fue tan grave como para merecer los daños punitivos que se le habían impuesto. La apelación fue concedida y los DP fueron reducidos.-

State Farm Mutual Auto Insurance v Campbell. (36)

-2003-

“Debe presumirse que el actor queda plenamente satisfecho de su reclamo con la sentencia que condena al pago de daños y perjuicios. Por eso, los daños punitivos únicamente son aplicables cuando la conducta del demandado es tan reprochable que merece un castigo más severo”

Juez Kennedy, quien condujo la opinión de la mayoría (37)

Unos años más tarde, en el caso *State Farm v. Campbell*, la Corte norteamericana estableció que el criterio más importante para calcular el castigo, es la conducta del agente dañador. Asimismo, volvió a establecer que si la indemnización total de daños era de un millón de dólares, la aplicación de daños punitivos por un valor de 145 millones era violatoria de derechos constitucionales.(38) A fin de establecer cuándo una conducta es reprochable, la Corte presentó una lista de puntos que deben considerarse: (a) en primer término se debe analizar si el daño sufrido por la víctima fue de tipo físico o económico; (b) se debe examinar el grado de indiferencia o desinterés que mostró el agente dañador frente a la seguridad y protección de los otros; (c) si la conducta del agente dañador es aislada o si es una forma habitual de actuar. No debe olvidarse que la función de los punitivos es evitar que el daño ocurra; (d) los jueces deben evaluar si el daño fue provocado intencionalmente, por negligencia, o por imprudencia (39).-

También es importante señalar que para la Corte, la imposición de una medida punitiva es extraordinaria, asumiendo que la indemnización ordinaria es en principio suficiente para compensar a la víctima. Sin embargo, su aplicación es admisible cuando la gravedad de la conducta del demandado indique la conveniencia de aplicar un castigo ejemplar que inhiba su repetición. (40)

El fallo confirma que los daños punitivos deben tener una relación con los daños compensatorios. Los daños punitivos que superan en cien veces o más el valor de la indemnización ordinaria son, en principio, confiscatorios de la propiedad.-

Philip Morris USA v Williams.-
-2007-(41)

¿Es justo que los daños punitivos sean 100 veces superiores al monto establecido en concepto de daños y perjuicios O, por el contrario, constituye una condena excesiva y, por tanto, violatoria del derecho de propiedad y el debido proceso?

En este caso, que sigue la línea evolutiva de *BMW v Gore*, la Corte Suprema de Estados Unidos se ocupó de resolver la constitucionalidad de los daños punitivos. El dilema propuesto en el debate fue determinar si los jueces pueden establecer, como base del cálculo de las condenas punitivas, los daños económicos padecidos por terceros ajenos al juicio, o si por el contrario, esa estimación viola derechos constitucionales como el de propiedad y debido proceso.-

La Corte resolvió que estimar el monto de los DP considerando el daño padecido por terceros ajenos al juicio concreto, es violatorio del derecho de propiedad establecido en la en la Decimocuarta Enmienda Constitucional. En otras palabras: para calcular los punitivos no se debe considerar el daño ocasionado a personas que son ajenas al juicio. (42) La cuestión es de suma importancia, puesto que como habíamos visto en *BMW v Gore*, la base del cálculo que tomaron los tribunales fue el daño económico padecido por el actor multiplicado por la cantidad de unidades que la automotriz vendió en todo el país. En ‘*Philip Morris*’, la Corte resuelve que esa fórmula no es ajustada a la Constitución nacional, por ser violatoria de derecho de propiedad como del debido proceso.-

Jesse Williams era un fumador empedernido. En las instancias de grado, la actora logró demostrar que la muerte de Williams se debió a su adicción al tabaco. El argumento principal consistió en sostener que su marido fumaba con la convicción de que el tabaco no le iba a producir ninguna enfermedad, y que esa conciencia errónea había sido favorecida porque la corporación tabacalera lo había conducido a pensar que el fumar no era perjudicial para su salud.-

Para los jueces de instancia, tanto la conducta de Williams como la de Philip Morris fueron negligentes. Pero la tabacalera, según el veredicto, fue deshonesta al no poner énfasis suficiente para lograr que los consumidores entiendan que el tabaco es causa de enfermedades gravísimas. A causa de esta conducta deshonesta se le impuso una condena de U\$ 821.000, en concepto de daño material y daño moral, y una condena de 79,5 millones de dólares en concepto de daños punitivos. (43)

Una instancia judicial posterior determinó que los daños punitivos aplicados eran excesivos y los redujo a 32 millones de dólares. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones de Oregon desestima la queja de Philip Morris y vuelve a subir la condena a los 79.5 millones de dólares que originariamente se le habían impuesto. La tabacalera intenta un recurso extraordinario ante el Tribunal Superior de Oregon, pero el mismo es rechazado, razón por la cual la queja sigue su curso hasta la Corte Suprema Nacional. La Corte manda a revisar el caso, ordenando que se siga el criterio aplicado en *State Farm v. Campbell*. (44)

La tabacalera funda su queja en base a dos argumentos centrales:

Primero: Los jueces deben dar claras especificaciones referidas a la aplicación de los punitivos. No se debe permitir que se tome como base de cálculo los daños que eventualmente hayan sufrido otras personas ajenas a la controversia judicial. En otras palabras, no se debe considerar cuántas personas murieron a causa del tabaco en el Estado de Oregon, sino examinar únicamente la cuestión traída a juicio por el actor. Calcular la indemnización que le corresponde al fumador Williams, multiplicando la cantidad de personas que murieron en todo el Estado de Oregon a causa de su adicción al cigarrillo es excesivo, porque cada una de esas personas tiene, a su vez, la posibilidad de demandar a la compañía. Pero, si por cada demanda la corporación debe pagar los daños punitivos que sufrieron otras personas estaría pagando miles de indemnizaciones

repetidas, lo que constituye una violación al derecho constitucional de propiedad y del debido proceso. En resumen, para establecer una tasación ajustada a derecho, se deben establecer los daños sufridos en cada caso. (45)

Esta cuestión marca una divisoria en materia de sanciones punitivas. En definitiva, se debate sobre la naturaleza jurídica de los punitivedamages. Una opinión sostiene que los DP procuran beneficiar a las víctimas; la otra, que se busca castigar a los demandados para que no repitan su conducta.-

Segundo: También se queja Philip Morris porque entiende que una relación de 100/1 entre los daños compensatorios y punitivos no es razonable. Dicha relación surge porque los daños compensatorios fueron de 821.000 dólares y los punitivos en 79.5 millones de dólares, es decir que los tribunales multiplicaron la indemnización compensatoria por cien para establecer el valor de la condena punitiva. (46) Esta modalidad de cálculo ya había sido rechazada por la Corte Suprema en *State Farm v. Campbell* y *BMW v. Gore*.-

En este sentido, es común mencionar la fórmula de cálculo conocida bajo el nombre de ‘single digit multipliers’ (multiplicadores de un dígito) como límite razonable para la aplicación de sanciones punitivas. Así, los DP no podrían superar al monto equivalente de multiplicar las indemnizaciones compensatorias por nueve. Siguiendo la fórmula del ‘single digit’ la sanción que le correspondería a la tabacalera sería de $821.000 \times 9 = 7.389.000$ como máximo.-

Sin embargo, y a pesar de los precedentes señalados, el Tribunal Superior de Oregon desestimó la queja de Philip Morris, sentenciando que la aplicación de daños punitivos no era violatoria de derechos constitucionales, ni aún en el caso de que para su computación se considerara el daño padecido por terceras partes ajenas al pleito. Por lo tanto, decide que analizando el alto grado de

reproche que la conducta de la tabacalera merecía, la sanción de 79.5 millones de dólares no era excesiva. (47)

Finalmente, el caso llega al máximo tribunal nacional. En *Philip Morris v Williams*, la Corte solamente debatió dos cuestiones: Primera, si es constitucional la sentencia del Superior Tribunal de Oregon, en cuanto castiga a la tabacalera por el daño sufrido por terceros extraños a la controversia. Segunda, si es inconstitucional el veredicto por no guardar una proporción racional entre los daños punitivos impuestos al demandado y el daño efectivamente sufrido por el actor. (48)

Opinión de la mayoría conducida por el Juez Breyer. Este magistrado guió la opinión que resultó ser mayoría. Los aspectos más destacados del decisorio son:

(1) Esta Corte viene sosteniendo desde hace mucho que cada Estado puede imponer los daños punitivos que considere adecuados para proteger las relaciones de consumo de sus habitantes. Pero, también ha dicho que no se puede admitir que la aplicación de las condenas punitivas resulte arbitraria al momento de determinar su cuantía.-

(2) Como ya fuera resuelto en *BMW v. Gore*, y *State Farm v Campbell*, es absolutamente necesario que las personas sean informadas, no solamente acerca de cuál conducta les está prohibida realizar, sino también qué pena le podría corresponder si la cometen. En su defecto, cabría la posibilidad de que se dicten sentencias arbitrarias o caprichosas que poco tienen que ver con la ley. (49)

(3) Se deben examinar los aspectos constitucionales asociados a la aplicación de los daños punitivos. La Constitución impone ciertas restricciones formales para determinar la necesidad de aplicar DP. También existe un límite a su tasación. La Constitución prohíbe la aplicación de daños punitivos groseramente excesivos. Las cuantificaciones que superen la fórmula aritmética de multiplicar las

indemnizaciones regulares por números mayores a un dígito son propensas a caer en excesos. (50)

(4) Computar los daños padecidos por terceras personas ajenas a la litis viola tanto el derecho de la propiedad, como el debido proceso judicial. Si un demandado tiene que pagar una indemnización estimada en base a daños ocasionados a personas ajenas al juicio, es obvio que no pudo ejercer su legítima defensa. Se le impide que oponga las defensas que eventualmente tuviera contra cada uno de los litigantes. Además, hacer cálculos en base a cantidades de personas, cuyo número se ignora con exactitud, es abrir paso a la absoluta arbitrariedad. Por ejemplo, ¿cuántas personas sí sabían, a diferencia de Williams, que el tabaco producía cáncer? ¿Todas las personas que fuman se ven afectadas de la misma forma? ¿No hay causas asociadas a las enfermedades y que dependen del cuadro clínico de cada paciente? ¿Todos los fumadores se enferman? Es evidente que las partes que intervienen en un juicio no podrán contestar ninguna de estas preguntas. Al menos no podrán hacerlo con certeza, apenas podrán especular una respuesta. Por lo tanto, la sentencia que resulte de ese pleito tampoco tiene que darlas. Los veredictos se deben dar en base a las convicciones logradas por el juez, luego de evaluadas las pruebas aportadas por los litigantes. Una sentencia no puede basarse en meras especulaciones del juzgador. Un veredicto de esta naturaleza abriría las puertas a la arbitrariedad, y también a la completa incertidumbre de los litigantes. Sería, en definitiva, una sentencia repugnante al debido proceso garantizado por la Constitución (51)

(5) No hay ningún principio del derecho que le confiera a los jueces la autoridad de aplicar a los demandados sanciones por los daños padecidos por personas ajenas a la litis. Se puede, sin embargo, considerar la conducta del demandado como potencialmente dañosa y castigarla por ese motivo; en este supuesto, los punitive damages tendrían como finalidad evitar que la conducta potencialmente peligrosa se repita. Pero es un caso totalmente distinto al que estamos analizando. Uno se refiere a compensar a cada víctima por el eventual daño sufrido por todas ellas juntas. El otro, a castigar severamente a

un demandado para evitar que repita su conducta potencialmente dañosa para un grupo indeterminado de personas. (52)

(6) La Corte ya había admitido en *BMW v Gore*, que el más importante de los indicios que sugieren la conveniencia de aplicar daños punitivos es el grado de reproche que merece la conducta del demandado. El hecho de que haya tantas víctimas de enfermedades asociadas al consumo del tabaco, es un claro indicio de que la conducta de las tabacaleras es altamente reprochable y, por tanto, merecedora de sanciones igualmente elevadas. El tribunal acepta esa circunstancia como cierta, pero insiste en que no por ello se puede calcular el monto de los daños punitivos multiplicando las compensaciones regulares por el número de víctimas. (53)

(7) Existe una gran diferencia entre considerar el daño ocasionado a los otros, como un aspecto agravante de la conducta, y el hecho de tomar el daño sufrido por una víctima y directamente multiplicarlo por el número de potenciales víctimas. El primer argumento es razonable, pero no lo es el segundo. Es decir, el daño potencial a los otros puede usarse para hacer un examen de conducta, y así establecer un relación apropiada entre la conducta de Philip Morris y el daño causado a Williams. Pero no es un criterio idóneo compensar a Williams por la totalidad de los daños eventualmente sufridos por otras víctimas que no son parte de este pleito. (54)

(8) Finalmente, de acuerdo a todos los argumentos desarrollados, la Corte sostuvo que la queja de la tabacalera no debió ser desestimada por el Superior Tribunal de Oregon. Por lo tanto, su dictado contrario resulta violatorio de garantías constitucionales. Luego de fundar así su fallo, la Corte devuelve el expediente a la instancia de grado para que dicte un nuevo fallo de acuerdo a las pautas fijadas en este decisorio. (55)

Los Daños Punitivos y la protección ambiental
Exxon shipping Co et al v Baker et al.
-25 de Junio de 2008 - (56)

“Los testigos han manifestado que antes de que la embarcación saliera de puerto la noche del desastre, el Capitán Hazelwood había tomado, por lo menos, 5 vodkas dobles, lo que constituye una medida de alcohol que no hubiera resistido ninguna prueba de alcoholemia...”

Juez Souter, quien condujo la opinión de la Corte Suprema en este fallo. (57)

En este caso muy reciente, la Corte Suprema de Estados Unidos también decidió bajar los daños punitivos impuestos contra la compañía petrolera. En su origen, la sentencia de primera instancia los había establecido en 5 mil millones de dólares. Pero las instancias sucesivas los limitaron a 2.500 millones de dólares, y la Corte Suprema, por último, los bajó a 500 millones de dólares. Más allá de los montos, que en parte son acordes a los tremendos daños ambientales producidos, los argumentos de la Corte siguen la misma línea que los casos vistos. La reseña del caso cuenta que en un accidente de navegación, una embarcación derramó sobre el agua millones de galones de petróleo crudo. Uno de los hechos más notables del caso es que el capitán de la embarcación, Mr. Joseph Hazelwood, era un alcohólico rutinario que no interrumpía sus hábitos ni siquiera en horarios de trabajo. Aún 11 horas después del derrame de combustible, su sangre seguía derramando alcohol. El veredicto condenó al capitán y a la compañía, siendo la responsabilidad de esta última indirecta, y derivada de su obligación de garantía respecto de los actos realizados por sus empleados. En resumen, la Corte Suprema Americana estableció las siguientes pautas con relación a los DP.-

(1) Los Daños punitivos aplicados a Exxon son excesivos de acuerdo a la legislación marítima. Los DP deben ser iguales a la condena establecida en concepto de daños compensatorios. (58) Como se ve, la Corte vuelve a mostrar su preferencia de calcular los daños punitivos en base a una escala 1/1 respecto de los daños

compensatorios. Parecería que este es el criterio que se está imponiendo en los últimos años, y que únicamente podría modificarse si se demuestra que la conducta del litigante demandado fue escandalosamente reprochable.-

(2) Tradicionalmente, los daños punitivos únicamente eran aplicables a casos en los cuales la conducta de los demandados había sido escandalosamente negligente, o indiferente frente a la vida, seguridad o integridad de los terceros. Se los utilizaba para castigar conductas deplorables. En la actualidad, los daños punitivos son utilizados para castigar conductas indeseables y, sobre todo, para evitar que se repitan. (59)

(3) Cada Estado tiene una legislación propia en materia de daños punitivos. Del mismo modo, algunos Estados les imponen límites a su aplicación; como fijar una suma máxima de condena, o que no superen en x el monto resultante de la condena por daños compensatorios. Es frecuente que sean cuantificados utilizando un sistema mixto. (60)

(4) Los Daños Punitivos han recibido severas críticas en las últimas décadas porque las sentencias imponían montos desproporcionados. Los estudios más recientes indican que, en líneas generales, la relación de los daños compensatorios con punitivos se mantiene en una escala de 1/1, siendo aún menor en muchos casos. El verdadero problema que los daños punitivos es que es muy difícil predecir su cuantificación. Sin embargo, el esfuerzo de las Cortes de todo el país va en la dirección de encontrar criterios que permitan unificar la cuestión asumiendo que las diferencias de montos que se aplican son realmente inaceptables. (61)

(5) Una sanción siempre debe ser previsible, y debe serlo también en la severidad de su aplicación. No se trata de saber solamente que determinada conducta es indeseable, sino también de establecer qué castigo le corresponderá en caso de ocurrir. Aún el hombre malo que describe Holmes (62) debe saber cuáles serán las

consecuencias de tomar una acción u omitirla. Es fundamental que se sepa de antemano qué pena le corresponderá a cada daño provocado (63)

(6) Para terminar, la Corte trata de establecer un criterio aplicable al derecho marítimo en materia de daños punitivos. De esta forma, al igual que en los fallos referidos a relaciones contractuales de consumo, el Tribunal Supremo procura encontrar parámetros racionales que le quiten a los daños punitivos ese carácter tan imprevisible que los hace peligrosos. La Corte analiza dos alternativas. Primera: ponerle un límite económico máximo a los daños punitivos. Segunda: atar los daños punitivos a los compensatorios, y utilizar para su cuantificación un índice o relación proporcional entre ambos. Por ejemplo, establecer que los daños punitivos no superen en x cantidad de veces a los daños compensatorios, o bien que los punitivos surjan de multiplicar la suma obtenida en los compensatorios por un número multiplicador según una fórmula $DP = DC \times I$ (64) Cabe destacarse que este es el sistema que utilizan varios Estados, y de a poco se va consolidando como una tendencia a nivel nacional en Estados Unidos. Pero, la pregunta fundamental sigue siendo: ¿cuál es la relación de proporciones aplicable? Una respuesta podría ser la relación proporcional media; es decir aquella que ha sido utilizada en un determinado número de casos. De hecho, existen estudios que demuestran que la relación más frecuente para fijar daños punitivos es la escala 1/1. Es decir, $DP = DC$; según estudios recientes, en muchos casos los daños compensatorios son superiores a los punitivos, con lo cual la escala podría ser aún menor que 1/1. Por lo tanto, las sentencias que apliquen daños punitivos según la escala 1/1, o una relación levemente inferior (por ej. 1/0.8) serán razonables en casos como éste, en los cuales no hay evidencias de que haya existido una conducta excepcionalmente reprochable por parte del demandado. Por eso, la Corte sostiene que en derecho marítimo, la cuantificación punitiva que utiliza una relación de 1/1 con las sanciones compensatorias es adecuada a derecho. (65) Y así resolvió en *Exxon v. Baker*, adecuando los daños punitivos a la relación de 1/1, lo que

en los hechos significó una reducción de 2 mil millones de dólares a favor de Exxon Shipping Co. (66)

6. Jurisprudencia Argentina.

A casi tres años de su plena vigencia en nuestro derecho, los DP ya están llegando a tribunales.-

En noviembre de 2009, en el expediente Cañadas Pérez María c/ Bank Boston (67) se les reconoce a los DP esa doble finalidad (reparadora y disuasoria) que venimos sosteniendo a lo largo de este ensayo. También se los desvincula de los daños efectivamente padecidos por la víctima. (68) Más aún, el fallo destaca que la finalidad principal de los DP es disuasoria, pues procuran evitar la reiteración de conductas indeseables. El veredicto, con apoyo en buena doctrina nacional, pone el ojo en la cuestión central de los daños punitivos: no se puede permitir que pagar una indemnización sea más barato para el proveedor de bienes y servicios que evitar la ocurrencia del daño. Esta función de los DP es más importante que la reparación individual que recibe la víctima. (69) Sin embargo, en este expediente la pretensión de los DP fue rechazada por considerarse que no pueden aplicarse retroactivamente a hechos ocurridos antes de la sanción de la ley 26.361. (70)

En mayo de 2009, en los autos Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina(71) la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata también se refiere a la finalidad preventiva de los DP aclarando que su objetivo es reparar al damnificado, castigar al dañador y evitar la repetición de conductas similares en lo sucesivo. (72)

Encuentro un tercer fallo donde la cuestión de los DP ha sido debatida. Se trata de los autos caratulados Aguilera Ramón Rosa c/ Supermercado Atomito Pedro Molina, cuya sentencia es de septiembre de 2009. Resulta que un usuario compró en el Supermercado demandado (Mendoza) un paquete de galletas dentro

del cual había insectos. (73) En el expediente se comprobó que las galletitas Express, del conocido fabricante Terrabusi S.A. contenían restos de cucarachas u otros insectos igualmente repulsivos. El producto estaba infectado y fue declarado no apto para el consumo humano. (74) No obstante, los magistrados de la alzada rechazaron la demanda por completo. La Cámara de Apelaciones encontró que no estaba probada la existencia del daño moral, ni de ningún otro daño indemnizable, y que la aparición de restos, presumiblemente de cucarachas, dentro del paquete de galletas era una molestia que en sí misma no ocasionaba daño resarcible(75) Para este fallo, plétórico de citas eruditas (intransigente para el consumidor y gracioso para Terrabusi S.A), la víctima no llegó a probar la relación de causalidad existente entre la ingesta de galletitas podridas y el daño moral demandado. (76)

Me pregunto cómo podría un consumidor afectado alcanzar ese estándar probatorio, si el daño moral es prácticamente indemostrable. Por otra parte, el veredicto ignora que la Corte Suprema, en los autos Gómez Orué c/ Provincia de Buenos Aires (1994) estableció que una vez comprobado el daño, debe presumirse la existencia de daño moral. (77) ¿Es, acaso, necesario probar que la repulsión, y el asco constituyen sensaciones desagradables para la persona? Comprar en un supermercado un paquete de galletitas (de primera marca y precio) infectado por la presencia de cucarachas, ¿no lesiona la dignidad del consumidor? Lo curioso es que la sentencia contesta acertadamente todos estos dilemas, al tiempo que consigna claramente la comisión de una infracción al artículo 5° LDC. En los considerandos se habla de repulsión y asco, se habla de falta de seguridad e higiene, se habla de la reprochable conducta, tanto del vendedor como del fabricante; se habla del microsistema legal constituido por el Derecho del consumidor, etc.; pero, sin embargo, la sentencia no encuentra la manera de favorecer a la víctima del suceso con ninguno de los miles de artículos que hay en Código Civil, ni los más recientes incorporados por la ley 24.240, ni siquiera con la Constitución Nacional. En particular, la sentencia dice que sería aplicable la figura del artículo 52° bis, si se dieran los requisitos para

admitir su procedencia; pero luego se encarga de explicar que esos requisitos no existen razón por la cual, sin más, el comprador de un paquete de galletitas Express infectado, quedó sin ninguna solución legal (individual) para su planteo. (78)

Finalmente, al tratar la cuestión de los daños punitivos el fallo dice que siendo una penalidad incorporada por la Ley 26.361 su aplicación no puede ser retroactiva al momento de la comisión del hecho. Ergo: ni el fabricante, ni el vendedor de las galletitas apestadas fueron condenados a resarcir a la víctima quien, para colmo, debió pagar las costas del pleito. (79)

En síntesis, lector, ya pueden hacerse las primeras deducciones acerca de cómo los DP son tratados en nuestros tribunales: (i) consisten en una multa del Derecho privado y de fuente legal (el artículo 52° bis de la Ley 24.240); (ii) tienen una naturaleza jurídica doble; reparan a la víctima del suceso ilícito y previenen la repetición de las conductas ilícitas; (iii) a los fines de su tasación, no hay una vinculación entre el daño efectivamente padecido por la víctima y la multa punitiva impuesta al agente dañador; (iv) no procede su aplicación retroactiva a sucesos ocurridos antes de la vigencia de la ley 26.361; (v) no se ha fijado todavía un criterio razonablemente objetivo que permita preveer la cuantificación de los DP.-

7. Conclusiones.

Finalizo este ensayo, tan largo como inconcluso, con una terminación que procura ordenar las ideas dispersas que sin ningún método he presentado.-

(1) A pesar de la controversia, en principio la mayor parte de la doctrina coincide en que los DP son una multa de carácter civil.-

(2) La finalidad de los DP es disuasoria y preventiva.-

(3) Los Daños Punitivos castigan conductas indeseables; su cuantía no debe, necesariamente, guardar una relación de proporciones con el daño padecido por el consumidor afectado.-

(4) En los últimos años, la Corte Suprema de Estados Unidos fue reduciendo los montos de su aplicación.-

(5) En la Argentina, aún no hay una jurisprudencia consolidada que permita sacar conclusiones firmes acerca de su aplicación ni de los criterios que los jueces utilizarán para cuantificarlos.-

(6) Par lograr una mejor cuantificación de los DP es necesario realizar proyecciones económicas que permitan demostrar la tasa de rentabilidad que usualmente se sigue de una infracción menor que se repite muchas veces. También se debe hacer una evaluación de la probabilidad estadística de ocurrencia de un daño.-

(7) Es necesario prestar atención a los aspectos constitucionales derivados de la aplicación de DP.-

(8) La prudente aplicación de los DP no constituye un enriquecimiento sin causa del sujeto que con ellos se beneficia. El lucro de la víctima, en todo caso, puede asignarse a que su acción individual beneficia a otros consumidores.-

(9) La aplicación de los DP puede incentivar la promoción de juicios; pero también estimula a los consumidores a que ejerzan un control más severo sobre los proveedores de bienes y servicios.-

(10) El artículo 52° bis, LDC establece una nueva penalidad civil; por tanto, su aplicación no es retroactiva a los hechos ocurridos con anterioridad a la sanción de la Ley 26.361.-

Referencias Bibliográficas

(*) Es abogado (UBA), especialista en relaciones de consumo. Es Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos), y en diversas cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado et al, “La Responsabilidad Objetiva: El artículo 1113 del Código Civil”. Ediciones Jurídicas de Cuyo. En 2009 publicó “La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado”. Ed. Universidad. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor. Ha disertado en diversas conferencias y seminarios sobre el tema. Las críticas y comentarios que el lector quiera hacer sobre el contenido de este artículo serán muy bien recibidos en fernandoshina@gmail.com.

(2) No son una indemnización por daños sufridos ni tienen por finalidad mantener la indemnidad de la víctima, objetivo que se consigue con la acción común de daños de carácter netamente resarcitorio, o como diría la terminología estadounidense, compensatoria. Sin embargo es probable que tangencialmente indemnicen como sería el caso en que en tal o cual país exista una infracompensación por razones distintas (política legislativa, dificultad probatoria, deficiencias judiciales, etc.). Todo sistema jurídico indemniza sólo ciertos daños porque la indemnización de todos los daños a todos los damnificados puede hacer llegar la responsabilidad al infinito. Por ejemplo, en algunos sistemas el daño moral se indemniza sólo cuando existe un delito criminal, o bien no se indemnizan los daños morales en los contratos, como era el sistema argentino antes de la reforma de la ley 17.711. Si bien no puede hablarse de tomen el lugar del daño causado, sustituyendo el perjuicio por un equivalente, los daños punitivos sí pueden ser catalogados como una “reparación.” Reparar, del latín reparare quiere decir también “desagraviar, satisfacer al ofendido” y “remediar o precaver un daño”. Y, el Código Civil argentino, como el español y el francés,

manda “reparar” el daño (Edgardo LÓPEZ HERRERA. Los Daños Punitivos. Ed. Abeledo Perrot, Año 2008, página 20/21).

(3) En la doctrina argentina, que otrora brindara al mundo de habla hispana impares contribuciones jurídicas y maestros de talla internacional, últimamente ha prosperado una tendencia acrítica –en ocasiones hasta obsecuente- que ha llevado a aplaudir irracionalmente cualquier novedad, sin detenerse a analizar si se trata de un buen aporte –los que suelen ser escasos en nuestro país en este tiempo – o un simple dislate, -los que en los últimos años abundan...No puede soslayarse que la forma en que se plasmaran los daños punitivos en la reforma de la Ley 24.240 no podría haber sido más deficiente. Casi podría decirse que el legislador de la Ley 26.361 no ha dejado error por cometer. (Marcelo J. LÓPEZ MESA. Elementos de la Responsabilidad Civil. Ed. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Jurídica Dike. ISBN 978-958-000-000-0, año 2009, página 229 y 230).

(4) En nuestra opinión el derecho positivo argentino ya ha receptado –sin denominarla de tal modo- la figura de la multa civil.- Nos referimos específicamente al ámbito del Derecho Laboral que a nuestro criterio presenta semejanzas ontológicas y deontológicas con el Derecho del Consumidor, en razón de que en ellas existe un sujeto que se considera vulnerable, en una palabra, es la parte débil de la relación y que por esta particular característica el ordenamiento jurídico se encarga específicamente de proteger creando así un sistema notablemente protectorio del consumidor en el derecho del consumo y el trabajador en el ámbito del Derecho Laboral...Dicho esto, advertimos que en el ámbito laboral argentino, la ley 24.013 vigente desde el año 1991 tiene como objetivo promover la regularización de las relaciones laborales, desalentando las prácticas evasoras. Reprocha así al empleador que no registre una relación laboral o que la registre defectuosamente, y le impone una multa destinada al trabajador (arts. 8º, 9º, 10º Ley 24.013) la que si bien es denominada “indemnización” se presenta en realidad como verdadera multa impuestas por las prácticas sancionadas, con el fin de desalentar conductas evasivas por

parte del empleador. Se advierte así el carácter preventivo que tienen, pues intentan disuadir conductas que perjudican directamente al trabajador. Las mismas no se imponen en beneficio del Estado sino a favor del trabajador, adicionándose a las que deba recibir el sujeto en el caso concreto. Creemos entonces, que el legislador, más allá del “nomen iuris” ha creado a través de la Ley 24.013 en el ámbito del derecho del trabajo una verdadera multa civil, que a nuestro criterio no difiere en su naturaleza de la prevista por el art. 52 bis de la Ley 26.361. A nuestro criterio la primera nace con una técnica legislativa mucho más prolija, puesto que determina cuál es la conducta en la que debe incurrir el empleador para que proceda; señala concretamente las pautas para determinar el monto, indica cuáles son los requisitos formales a cumplir para que sea factible su aplicación y de este modo se evitan la profusión de críticas que en cambio se formulan a la legislación del consumidor.- (Nancy CELAYEZ. Daño Punitivo. Conveniencia de su aplicación. Fuente: (elDial.com - DC14E7), publicado el 3/12/2010).

(5) Los autores que militan en esta corriente toman como eje la premisa según la cual hay supuestos en los que la reparación del daño resulta insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad, pues subsiste un beneficio económico, derivado directamente del ilícito a favor de quien delinquiró. En esos casos los daños punitivos se presentan como la herramienta más adecuada para desmantelar los efectos del ilícito. (Ricardo L. LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 561)

(6) Hemos destacado en el presente trabajo que además de la función reparadora del derecho tradicional, una característica esencial del derecho del consumidor es el carácter preventivo de sus disposiciones, ya que ellas apuntan prioritariamente al desarrollo de medidas tendientes a eliminar los riesgos de conductas dañosas con carácter anticipatorio. Los daños punitivos novedosamente incorporados a nuestro derecho positivo, además de su función sancionatoria, tienen por su especial naturaleza un eminente carácter

preventivo. (Jorge M. BRU y Gabriel STIGLITZ, en Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2010, página 426).

(7) In economic models of liability, "perfect compensation" leaves the victim indifferent between no harm and harm with compensation. In other words, perfect compensation restores the victim to the same indifference curve as if no injury had occurred. A liability system with perfect compensation would make victims indifferent about the behavior of injurers. If victims are indifferent, then injurers should be free to decide how to act. These facts pose the theoretical question, "Why not permit everything and hold injurers liable for the consequences?" To develop the foundation for a theory of punitive damages, I will sharpen this question and answer it. (Robert D. Cooter. Punitive Damages, social norms, and economic analysis. Ver artículo publicado en www.law.duke.edu).

(8) En definitiva, lo que justifica la aplicación de los daños punitivos no es el análisis apriorístico de su naturaleza, sino la promesa silenciosa pero implícita que formulan: la disminución de los daños. Los daños punitivos parten de la idea de que la mejor forma de resarcir un daño es evitar que se produzca. (Fernando SHINA. Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos. En *Obligaciones* 30/09/2009 - Jurisprudencia Argentina -Abeledo Perrot, página 46).

(9) Pero dejando de lado o asumiendo por igual, las opiniones entusiastas y las detractoras quizás la pregunta correcta que deberíamos hacernos sea: ¿cómo se logra, desde el Derecho, disuadir al agente dañador de que emprenda una acción cuya probabilidad dañosa es alta? Dentro de las compensaciones tradicionales el interrogante queda a merced de respuestas insuficientes, o cándidas. Porque en la medida que el costo de la compensación sea igual al costo del daño ocasionado a la víctima, el agente dañador podrá elegir (de acuerdo a sus cálculos de costo-beneficio) qué daño realizar y qué daño evitar. Veamos el razonamiento que se propone. Mediante la aplicación de este instituto, se le agrega al dañador hipotético un gasto que va más allá de la exacta reparación del daño causado. Al verse

obligado a pagar estas indemnizaciones extraordinarias el dañador espontáneamente va a modificar su conducta porque podrá percibir que los precios de cometer el daño serán superiores a los de evitarlo. (Fernando SHINA. Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos. En *Obligaciones* 30/09/2009 - Jurisprudencia Argentina - Abeledo Perrot, página 46).

(10) Under such a system, detecting and prosecuting torts is the job of the victim. The higher the damages he receives when successful, the grater his incentive to find and convict those who have committed torts against him. (An Economic Explanation of Punitive Damages. David Friedman. (Para ver el artículo completo, acceder a www.daviddfriedman.com/academic/Punitive/Punitivehtm).

(11) Y no puede decirse que se le previno, dado que varios integrantes de la Cámara de Diputados consultaron la opinión de quien escribe estas líneas antes de sancionar la reforma y se les advirtió que estaban a punto de sancionar una herejía jurídica, que no respetaba ninguna de la reglas establecidas en materia responsabilidad y que abría enormes campos a la más brutal inseguridad jurídica, pese a lo cual la sancionaron igualmente. (Marcelo J. LÓPEZ MESA. Elementos de la Responsabilidad Civil. Ed. Ed. Pontificia - Universidad Javeriana. Biblioteca Jurídica Dike. ISBN 978-958-000-000-0, año 2009, página 230).

(12) La gran mayoría de los casos en los que, según la doctrina que propicia su admisión, resultaría aconsejable aplicar ‘daños punitivos’, puede subsumirse sin dificultad en delitos reprimidos por la legislación penal vigente. Así, la comercialización de productos elaborados defectuosos, a sabiendas de la posibilidad de que de ellos se derive un daño grave o la muerte de la víctima, constituirá, si el peligro se concreta, el delito de lesiones u homicidio doloso (con dolo eventual); el medio de prensa que difunde noticias injuriosas o agraviantes podrá incurrir en el delito de calumnias o injurias... En ese marco, la introducción de los ‘punitive damages’ imortaría trasladar al derecho privado competencias que el ordenamiento jurídico ya

cumple por medio del derecho penal. Sebastián PICASSO y Alberto J.BUERES en *Ley e Defensa del Consumidor*, Tomo 1. Ed. La Ley, año 2009, página 599).

(13) Los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada, accesoria y excepcional que se impone al demandado a título preventivo y como sanción o satisfacción al ofendido en virtud de haber incurrido en conductas sumamente disvaliosas. ... el ordenamiento jurídico nacional conoce penas privadas pecuniarias como la cláusula penal, los intereses sancionatorios, los intereses punitivos; y penas privadas no pecuniarias como la pérdida de la patria potestad o la indignidad para suceder. (Edgardo LÓPEZ HERRERA. *Los Daños Punitivos*, Ed. Abeledo Perrot, Año 2008, página 23).

(14) Se advierte pues, a tenor de lo dicho, que los llamados daños punitivos aparecen en contradicción con uno de los principios más firmes del derecho continental europeo en materia de responsabilidad por daños, también seguido en nuestro país, cual es el de considerar que la víctima no debe enriquecerse a expensas del responsable del daño, es decir, que el acto ilícito no debe ser una fuente de lucro para la víctima, pues éste debe obtener el resarcimiento integral del daño causado pero no más. Dicho de otra manera, ello significa que el resarcimiento es una reparación que corresponde a la medida del daño. No puede servir para enriquecer al perjudicado, superando tal medida. (Marcelo J. LÓPEZ MESA. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Ed. Ed. Pontificia - Universidad Javeriana. Biblioteca Jurídica Dike. ISBN 978-958-000-000-0, año 2009, página 222).

(15) Limitar la intervención administrativa a la reparación de los daños estrictamente materiales es casi lo mismo que anular la norma. (Por ejemplo, un usuario que se quedó sin servicio de Internet por unos cuantos días, tendría derecho a una reparación de alrededor de \$ 10, y otro que estuvo a punto de quedarse electrocutado mientras se preparaba un licuado de banana, podrá pedir en sede administrativa el

valor de un enchufe nuevo para su licuadora). No creo que esa haya sido la intención del legislador, pero sí la de buena parte de la doctrina que resulta particularmente reticente a la hora de admitir cambios. Pocas cosas afectan más al desarrollo científico que la reticencia dogmática de los que no quieren progresar porque su pensamiento se vuelve cada vez más parecido a un recuerdo que a una idea. Cuando la ciencia exagera la nostalgia, el porvenir envejece. Fernando SHINA. Una interpretación piadosa del Daño Directo. Fuente: (elDial.com - DC14A8)).

(16) Los daños punitivos según Owen también sirven para proteger el poder, la confianza y la verdad. Con respecto al poder señala que una gran parte de los casos de daños punitivos involucran su abuso, entendido como control que una persona tiene sobre el bienestar de otra, motivado, por ejemplo, por las relaciones que existen entre las personas por la posesión de diferentes tipos de recursos, como ser fuerza, inteligencia, conocimiento, dinero, cargos políticos o posición social, etc. Mientras más poder tenga el victimario y menos poder tenga la víctima será más factible que se produzca un gran abuso de poder. Es que a medida que el poder se incrementa, también lo hace la posibilidad de dañar a otros, lo que no puede tener otro correlato que un aumento de responsabilidad. (Edgardo LÓPEZHERRERA. Los Daños Punitivos, Ed. Abeledo Perrot, Año 2008, página 37).

(17) State Farm Mutual Auto Insurance v Campbell, Supreme Court of the United States, 538 – 408 (2003)

(18) It should be presumed a plaintiff has been made whole for his injuries by compensatory damages, so punitive damages should only be awarded if the defendant's culpability, after having paid compensatory damages, is so reprehensible as to warrant the imposition of further sanctions to achieve punishment or deterrence. Id., at 575. JUSTICE KENNEDY, who delivered the opinion of the Court.

(19) Now cases of this nature and the legal theories behind them are not simple excesses that need some reform. I think that strike at the heart of a competitive economy. The use of cost benefits analysis, employing guidelines to constrain costs, maintaining or enhancing output by using less expensive components, these are the engines of economic growth in the U.S. and around the world. George Priest, Professor of law, Yale Law School.

(20) What Jurors should do (rationally) is compare the expected benefits with the costs before the accident, rather than being in insight position of saying we have an identified victim, and there is a certainty of death after the Fact. The company did not know beforehand that this was going to be the case. The central theme of this paper is that juries do a very bad job in figuring out when to award punitive damages. W. Kip Viscusi, Jr., John F. Cogan, Jr. Professor of Law & Economics, Harvard Law School

(21) Art. 52 bis - Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

(22) En primer lugar deja al arbitrio de un solo hombre la fijación del monto de esta multa. En segundo no brinda pautas claras, objetivas y previsibles de cómo se establecerá dicha multa. Los únicos parámetros que da son que la multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que equivale a decir que quien la imponga la fijará como él crea mejor, es decir, según su particular arbitrio. De ahí a la discrecionalidad no hay ni un solo paso,

porque ya se está plenamente en su terreno. (Marcelo J. López Mesa, Ob cit., página 230/231)

(23) Por lo demás, el principio non bis in idem impediría que, una vez pagada la multa a favor de la primera víctima que haya obtenido sentencia favorable, los restantes damnificados como consecuencia de un hecho único tengan derecho a percibir idéntico importe, lo que generaría una intolerable desigualdad entre las víctimas. (LORENZETTI, Ob. cit. Página 561).

(24) SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. PHILIP MORRIS USA, PETITIONER v. MAYOLA WILLIAMS, personal representative of the ESTATE OF JESSE D. WILLIAMS, DECEASED on writ of certiorari to the supreme court of Oregon. February 20, 2007). Más adelante se examinará este caso en profundidad.

(25) En este trabajo pretendemos demostrar que cinco millones de pesos no es ni debe ser el tope apropiado de los DP. Cualquier cuantía fija es inadecuada. Su monto debe estar condicionado al logro del cumplimiento de los propósitos preventivos de esta multa civil. (Matías IRIGOYEN TESTA. El tope apropiado de los Daños Punitivos. III CONGRESO EUROAMERICANO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES COMISIÓN N° 5: “PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. DAÑOS PUNITIVOS)

(26) De este modo, el Máximo Tribunal tampoco impone un techo económico inmóvil para la figura en estudio. Éste considera que las condenas por DP, por sí mismas, no son violatorias del due process (debido proceso) contemplado en la catorceava enmienda (XIV Amendment) de la Constitución de aquel país. Los casos cardinales asociados a la cuantía analizada son: Gore (1996); Campbell (2003); y - en menor medida- Williams (2007). De sus directrices se deriva que el monto de los DP no presenta un tope fijo máximo y que aquél debe ser idóneo para consumir la función de disuasión (y sanción) de la

figura en estudio. El Tribunal Superior esclarece que luego de asegurarse el cumplimiento esta función, la cuantía de los DP no tendría que superar nueve veces los daños y perjuicios, para que exista una alta probabilidad de satisfacerse en sede civil con el requisito constitucional del debido proceso legal (due process). Lo expuesto precedentemente se exceptúa en los casos infames o flagrantes (egregious) que provoquen daños patrimoniales de escasa cuantía (por ejemplo, perjuicios de difícil descubrimiento) o daños extrapatrimoniales de compleja valoración monetaria (Matías IRIGOYEN TESTA El tope apropiado de los Daños Punitivos. III CONGRESO EUROAMERICANO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES COMISIÓN N° 5: “PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. DAÑOS PUNITIVOS).

(27) Un segundo aspecto a contemplar es la necesidad de prescindir de una mentalidad excesivamente apegada a la equivalencia entre lo sufrido y el monto indemnizatorio. Por un lado hemos visto que la indemnización del daño moral tiene un doble fin, reparatorio y sancionatorio; si se admite esto, parece claro que la indemnización puede exceder lo que sería lo estrictamente sufrido. Por otro lado, también dijimos que resulta imposible mensurar con precisión los daños padecidos...Es que, como se ha dicho, no existe un nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario, siendo necesario afrontar un salto sin puente que una los extremos. (Alejandro BORDA en La Prueba en el Derecho de Daños – GHERSI, DIRECTOR. Ed. Nova Tesis, año 2009, página 245 y 246).

(28) El caso que se presenta es una versión libre que pretende ser amena y cumplir una finalidad didáctica. No obstante, está basada en el caso real de Grimshaw v. Ford Motor Inc. El asunto original se encuentra publicado, con cientos de artículos y comentarios, en muchas páginas de Internet.

(29) Homenaje a un grande de la literatura universal: Así como una piedra fosforescente, colocada en la oscuridad, emite una irradiación y

expuesta a plena luz pierde toda su fascinación de joya preciosa, de igual manera la belleza pierde su existencia si se le suprimen los efectos de la sombra. (Junichiro Tanizaki. *El Elogio de la Sombra*. Ed. Siruela, año 1994)

(30) Supreme Court of United States, U.S. 559, 1996 – *BMW OF NORTH AMERICA v. GORE*

(31) Texto del fallo original: Respondent Gore purchased a new BMW automobile from an authorized Alabama dealer, he discovered that the car had been repainted. He brought this suit for compensatory and punitive damages against petitioner, the American distributor of BMW's, alleging, *inter alia*, that the failure to disclose the repainting constituted fraud under Alabama law. At trial, BMW acknowledged that it followed a nationwide policy of not advising its dealers, and hence their customers, of pre delivery damage to new cars when the cost of repair did not exceed 3 percent of the car's suggested retail price. Gore's vehicle fell into that category. The jury returned a verdict finding BMW liable for compensatory damages of \$4,000, and assessing \$4 million in punitive damages. The trial judge denied BMW's post-trial motion to set aside the punitive damages award, holding, among other things, that the award was not "grossly excessive" and thus did not violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. See, e. g., *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U. S. 443, 454. The Alabama Supreme Court agreed, but reduced the award to \$2 million on the ground that, in computing the amount, the jury had improperly multiplied Gore's compensatory damages by the number of similar sales in all States, not just those in Alabama. Held: The \$2 million punitive damages award is grossly excessive and therefore exceeds the constitutional limit. Pp. 568-586.

(32) Texto del fallo original: Because such awards violates due process only when it can fairly be categorized as "grossly excessive" in relation to the State's legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition, cf. *TXO*, 509 U. S., at 456, the federal

excessiveness inquiry appropriately begins with an identification of the state interests that such an award is designed to serve. Principles of state sovereignty and comity forbid a State to enact policies for the entire Nation, or to impose its own policy choice on neighboring States. See, e. g., *Healy v. Beer Institute*, 491 U. S. 324, 335-336. Accordingly, the economic penalties that a State inflicts on those who transgress its laws, whether the penalties are legislatively authorized fines or judicially imposed punitive damages, must be supported by the State's interest in protecting its own consumers and economy, rather than those of other States or the entire Nation. Gore's award must therefore be analyzed in the light of conduct that occurred solely within Alabama, with consideration being given only to the interests of Alabama consumers. Pp.568-574.

(33) Texto del fallo original: Elementary notions of fairness enshrined in this Court's constitutional jurisprudence dictate that a person receive fair notice not only of the conduct that will subject him to punishment but also of the severity of the penalty that a State may impose. Three guideposts, each of which indicates that BMW did not receive adequate notice of the magnitude of the sanction that Alabama might impose, lead to the conclusion that the \$2 million award is grossly excessive. Pp.574-575.

(34) Texto del fallo original: None of the aggravating factors associated with the first (and perhaps most important) indicium of a punitive damages award's excessiveness—the degree of reprehensibility of the defendant's conduct, see, e. g., *Day v. Woodworth*, 13 How. 363, 371—is present here. The harm BMW inflicted on Gore was purely economic; the presale repainting had no effect on the car's performance, safety features, or appearance; and BMW's conduct evinced no indifference to or reckless disregard for the health and safety of others. Gore's contention that BMW's nondisclosure was particularly reprehensible because it formed part of a nationwide pattern of tortious conduct is rejected, because a corporate executive could reasonably have interpreted the relevant state statutes as establishing safe harbors for nondisclosure of presumptively minor

repairs, and because there is no evidence either that BMW acted in bad faith when it sought to establish the appropriate line between minor damage and damage requiring disclosure to purchasers, or that it persisted in its course of conduct after it had been adjudged unlawful. Finally, there is no evidence that BMW engaged in deliberate false statements, acts of affirmative misconduct, or concealment of evidence of improper motive. Pp. 575-580.

(35) Texto del fallo original: The second (and perhaps most commonly cited) indicium of excessiveness—the ratio between the plaintiff's compensatory damages and the amount of the punitive damages, see, e. g., *TXO*, 509 U. S., at 459—also weighs against *Gore*, because his \$2 million award is 500 times the amount of his actual harm as determined by the jury, and there is no suggestion that he or any other BMW purchaser was threatened with any additional potential harm by BMW's nondisclosure policy. Although it is not possible to draw a mathematical bright line between the constitutionally acceptable and the constitutionally unacceptable that would fit every case, see, e. g., *id.*, at 458, the ratio here is clearly outside the acceptable range. Pp. 580-583.

(36) *State Farm Mutual Auto Insurance v Campbell*, Supreme Court of the United States, 538 – 408 (2003)

(37) It should be presumed a plaintiff has been made whole for his injuries by compensatory damages, so punitive damages should only be awarded if the defendant's culpability, after having paid compensatory damages, is so reprehensible as to warrant the imposition of further sanctions to achieve punishment or deterrence. *Id.*, at 575. JUSTICE KENNEDY, who delivered the opinion of the Court.

(38) Texto del fallo original: Held: A punitive damages award of \$145 million, where full compensatory damages are \$1 million, is excessive and violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Pp. 416-429.

(39) Texto del fallo original: To determine a defendant's reprehensibility—the most important indicium of a punitive damages award's reasonableness—a court must consider whether: the harm was physical rather than economic; the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others; the conduct involved repeated actions or was an isolated incident; and the harm resulted from intentional malice, trickery, or deceit, or mere accident.

(40) Texto del fallo original: It should be presumed that a plaintiff has been made whole by compensatory damages, so punitive damages should be awarded only if the defendant's culpability is so reprehensible to warrant the imposition of further sanctions to achieve punishment or deterrence

(41) SUPREME COURT OF THE UNITED STATES - PHILIP MORRIS USA, PETITIONER v. MAYOLA WILLIAMS, personal representative of the ESTATE OF JESSE D WILLIAMS, DECEASED -February 20, 2007

(42) Texto del fallo original: The question we address today concerns a large state-court punitive damages award. We are asked whether the Constitution's Due Process Clause permits a jury to base that award in part upon its desire to punish the defendant for harming persons who are not before the court (e.g., victims whom the parties do not represent). We hold that such an award would amount to a taking of "property" from the defendant without due process.

(43) Texto del fallo original: This lawsuit arises out of the death of Jesse Williams, a heavy cigarette smoker. Respondent, Williams' widow, represents his estate in this state lawsuit for negligence and deceit against Philip Morris, the manufacturer of Marlboro, the brand that Williams favored. A jury found that Williams' death was caused by smoking; that Williams smoked in significant part because he thought it was safe to do so; and that Philip Morris knowingly and

falsely led him to believe that this was so. The jury ultimately found that Philip Morris was negligent (as was Williams) and that Philip Morris had engaged in deceit. In respect to deceit, the claim at issue here, it awarded compensatory damages of about \$821,000 (about \$21,000 economic and \$800,000 non economic) along with \$79.5 million in punitive damages.

(44) Texto del fallo original: The trial judge subsequently found the \$79.5 million punitive damages award “excessive,” see, e.g., *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U. S. 559 (1996) , and reduced it to \$32 million. Both sides appealed. The Oregon Court of Appeals rejected Philip Morris’ arguments and restored the \$79.5 million jury award. Subsequently, Philip Morris sought review in the Oregon Supreme Court (which denied review) and then here. We remanded the case in light of *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 U. S. 408 (2003). 540 U. S. 801 (2003) . The Oregon Court of Appeals adhered to its original views. And Philip Morris sought, and this time obtained, review in the Oregon Supreme Court.

(45) Texto del fallo original: Philip Morris then made two arguments relevant here. First, it said that the trial court should have accepted, but did not accept, a proposed “punitive damages” instruction that specified the jury could not seek to punish Philip Morris for injury to other persons not before the court. In particular, Philip Morris pointed out that the plaintiff’s attorney had told the jury to “think about how many other Jesse Williams in the last 40 years in the State of Oregon there have been. ... In Oregon, how many people do we see outside, driving home ... smoking cigarettes? ... (C)igarettes ... are going to kill ten (of every hundred). (And) the market share of Marlboros (i.e., Philip Morris) is one-third (i.e., one of every three killed).” App. 197a, 199a. In light of this argument, Philip Morris asked the trial court to tell the jury that “you may consider the extent of harm suffered by others in determining what (the) reasonable relationship is” between any punitive award and “the harm caused to Jesse Williams” by Philip Morris’ misconduct, “(but) you are not to punish the defendant for the impact of its alleged misconduct on

other persons, who may bring lawsuits of their own in which other juries can resolve their claims” *Id.*, at 280a. The judge rejected this proposal and instead told the jury that “(p)unitive damages are awarded against a defendant to punish misconduct and to deter misconduct,” and “are not intended to compensate the plaintiff or anyone else for damages caused by the defendant’s conduct.” *Id.*, at 283a. In Philip Morris’ view, the result was a significant likelihood that a portion of the \$79.5 million award represented punishment for its having harmed others, a punishment that the Due Process Clause would here forbid.

(46) *Texto del fallo original*: Second, Philip Morris pointed to the roughly 100-to-1 ratio the \$79.5 million punitive damages award bears to \$821,000 in compensatory damages. Philip Morris noted that this Court in *BMW* emphasized the constitutional need for punitive damages awards to reflect (1) the “reprehensibility” of the defendant’s conduct, (2) a “reasonable relationship” to the harm the plaintiff (or related victim) suffered, and (3) the presence (or absence) of “sanctions,” e.g., criminal penalties, that state law provided for comparable conduct, 517 U. S., at 575–585. And in *State Farm*, this Court said that the longstanding historical practice of setting punitive damages at two, three, or four times the size of compensatory damages, while “not binding,” is “instructive,” and that “(s)ingle-digit multipliers are more likely to comport with due process.” 538 U. S., at 425. Philip Morris claimed that, in light of this case law, the punitive award was “grossly excessive.” See *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U. S. 443, 458 (1993) (plurality opinion); *BMW*, *supra*, at 574–575; *State Farm*, *supra*, at 416–417

(47) *Texto del fallo original*: The Oregon Supreme Court rejected these and other Philip Morris arguments. In particular, it rejected Philip Morris’ claim that the Constitution prohibits a state jury “from using punitive damages to punish a defendant for harm to nonparties.” 340 Ore. 35, 51–52, 127 P. 3d 1165, 1175 (2006). And in light of Philip Morris’ reprehensible conduct, it found that the \$79.5

million award was not “grossly excessive.” *Id.*, at 63–64, 127 P. 3d, at 1181–1182.

(48) *Texto del fallo original*: Philip Morris then sought certiorari. It asked us to consider, among other things, (1) its claim that Oregon had unconstitutionally permitted it to be punished for harming nonparty victims; and (2) whether Oregon had in effect disregarded “the constitutional requirement that punitive damages be reasonably related to the plaintiff’s harm.” *Pet. for Cert. (I)*. We granted certiorari limited to these two questions.

(49) *Texto del fallo original*: This Court has long made clear that “(p)unitive damages may properly be imposed to further a State’s legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition.” *BMW, supra*, at 568. See also *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323, 350 (1974); *Newport v. Fact Concerts, Inc.*, 453 U. S. 247, 266–267 (1981); *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U. S. 1, 22 (1991). At the same time, we have emphasized the need to avoid an arbitrary determination of an award’s amount. Unless a State insists upon proper standards that will cabin the jury’s discretionary authority, its punitive damages system may deprive a defendant of “fair notice ... of the severity of the penalty that a State may impose,” *BMW, supra*, at 574; it may threaten “arbitrary punishments,” i.e., punishments that reflect not an “application of law” but “a decision maker’s caprice,” *State Farm, supra*, at 416, 418 (internal quotation marks omitted); and, where the amounts are sufficiently large, it may impose one State’s (or one jury’s) “policy choice,” say as to the conditions under which (or even whether) certain products can be sold, upon “neighboring States” with different public policies, *BMW, supra*, at 571–572.

(50) *Texto del fallo original*: For these and similar reasons, this Court has found that the Constitution imposes certain limits, in respect both to procedures for awarding punitive damages and to amounts forbidden as “grossly excessive.” See *Honda Motor Co. v. Oberg*, 512 U. S. 415, 432 (1994) (requiring judicial review of the size of punitive

awards); *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U. S. 424, 443 (2001) (review must be de novo); *BMW*, supra, at 574–585 (excessiveness decision depends upon the reprehensibility of the defendant’s conduct, whether the award bears a reasonable relationship to the actual and potential harm caused by the defendant to the plaintiff, and the difference between the award and sanctions “authorized or imposed in comparable cases”); *State Farm*, supra, at 425 (excessiveness more likely where ratio exceeds single digits). Because we shall not decide whether the award here at issue is “grossly excessive,” we need now only consider the Constitution’s procedural limitations.

(51) *Texto del fallo original*: In our view, the Constitution’s Due Process Clause forbids a State to use a punitive damages award to punish a defendant for injury that it inflicts upon nonparties or those whom they directly represent, i.e., injury that it inflicts upon those who are, essentially, strangers to the litigation. For one thing, the Due Process Clause prohibits a State from punishing an individual without first providing that individual with “an opportunity to present every available defense.” *Lindsey v. Normet*, 405 U. S. 56, 66 (1972) (internal quotation marks omitted). Yet a defendant threatened with punishment for injuring a nonparty victim has no opportunity to defend against the charge, by showing, for example in a case such as this, that the other victim was not entitled to damages because he or she knew that smoking was dangerous or did not rely upon the defendant’s statements to the contrary.

For another, to permit punishment for injuring a nonparty victim would add a near standardless dimension to the punitive damages equation. How many such victims are there? How seriously were they injured? Under what circumstances did injury occur? The trial will not likely answer such questions as to nonparty victims. The jury will be left to speculate. And the fundamental due process concerns to which our punitive damages cases refer—risks of arbitrariness, uncertainty and lack of notice—will be magnified. *State Farm*, 538 U. S., at 416, 418; *BMW*, 517 U. S., at 574.

(52) Texto del fallo original: Finally, we can find no authority supporting the use of punitive damages awards for the purpose of punishing a defendant for harming others. We have said that it may be appropriate to consider the reasonableness of a punitive damages award in light of the potential harm the defendant’s conduct could have caused.

(53) Texto del fallo original: Respondent argues that she is free to show harm to other victims because it is relevant to a different part of the punitive damages constitutional equation, namely, reprehensibility. That is to say, harm to others shows more reprehensible conduct. Philip Morris, in turn, does not deny that a plaintiff may show harm to others in order to demonstrate reprehensibility. Nor do us. Evidence of actual harm to nonparties can help to show that the conduct that harmed the plaintiff also posed a substantial risk of harm to the general public, and so was particularly reprehensible—although counsel may argue in a particular case that conduct resulting in no harm to others nonetheless posed a grave risk to the public, or the converse. Yet for the reasons given above, a jury may not go further than this and use a punitive damages verdict to punish a defendant directly on account of harms it is alleged to have visited on nonparties.

(54) Texto del fallo original: The instruction that Philip Morris said the trial court should have given distinguishes between using harm to others as part of the “reasonable relationship” equation (which it would allow) and using it directly as a basis for punishment. The instruction asked the trial court to tell the jury that “you may consider the extent of harm suffered by others in determining what (the) reasonable relationship is” between Philip Morris’ punishable misconduct and harm caused to Jesse Williams, “(but) you are not to punish the defendant for the impact of its alleged misconduct on other persons, who may bring lawsuits of their own in which other juries can resolve their claims” App. 280a (emphasis added). And as the Oregon Supreme Court explicitly recognized, Philip Morris argued that the Constitution “prohibits the state, acting through a civil

jury, from using punitive damages to punish a defendant for harm to nonparties.” 340 Ore., at 51–52, 127 P. 3d, at 1175.

(55) Texto del fallo original: As the preceding discussion makes clear, we believe that the Oregon Supreme Court applied the wrong constitutional standard when considering Philip Morris’ appeal. We remand this case so that the Oregon Supreme Court can apply the standard we have set forth. Because the application of this standard may lead to the need for a new trial, or a change in the level of the punitive damages award, we shall not consider whether the award is constitutionally “grossly excessive.” We vacate the Oregon Supreme Court’s judgment and remand the case for further proceedings not inconsistent with this opinion. It is so ordered.

(56) SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, EXXON SHIPPING CO. et al. v. BAKER et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit Argued February 27, 2008—Decided June 25, 2008; No. 07–219. 2008

(57) Texto del fallo original: Witnesses testified that before the Valdez left port on the night of the disaster, Hazelwood downed at least five double vodkas in the waterfront bars of Valdez, an intake of about 15 ounces of 80-proof Cite as: 554 U. S. (2008) 3 Opinion of the Court alcohol, enough “that a non-alcoholic would have passed out.” 270 F. 3d, at 1236. JUSTICE SOUTER

(58) Texto del fallo original: The punitive damages award against Exxon was excessive as a matter of maritime common law. In the circumstances of this case, the award should be limited to an amount equal to compensatory damages. Pp. 15–42

(59) Texto del fallo original: The prevailing American rule limits punitive damages to cases of “enormity,” Day v. Woodworth, 13 How. 363, 371, in which a defendant’s conduct is outrageous, owing to gross negligence, willful, wanton, and reckless indifference for others’ rights, or even more deplorable behavior. The consensus

today is that punitive damages are aimed at retribution and deterring harmful conduct. Pp. 17–21.

(60) Texto del fallo original: State regulation of punitive damages varies. A few States award them rarely, or not at all, and others permit them only when authorized by statute. Many States have imposed statutory limits on punitive awards, in the form of absolute monetary caps, a maximum ratio of punitive to compensatory damages, or, frequently, some combination of the two. Pp. 21–23.

(61) Texto del fallo original: American punitive damages have come under criticism in recent decades, but the most recent studies tend to undercut much of it. Although some studies show the dollar amounts of awards growing over time, even in real terms, most accounts show that the median ratio of punitive to compensatory awards remains less than 1:1. Nor do the data show a marked increase in the percentage of cases with punitive awards. The real problem is the stark unpredictability of punitive awards. Courts are concerned with fairness as consistency, and the available data suggest that the spread between high and low individual awards is unacceptable.

(62) Es casi seguro que el fallo se refiere a Oliver Wendell Holmes, jr. juez de la Corte Suprema de Estados durante los años 1902 a 1932. Este famoso juez es uno de los juristas más citados de la historia judicial de los Estados Unidos.

(63) Texto del fallo original: In this context, the unpredictability of high punitive awards is in tension with their punitive function because of the implication of unfairness that an eccentrically high punitive verdict carries. A penalty should be reasonably predictable in its severity, so that even Holmes’s “bad man” can look ahead with some ability to know what the stakes are in choosing one course of action or another. And a penalty scheme ought to threaten defendants with a fair probability of suffering in like degree for like damage. Cf. *Koon v. United States*, 518 U.S. 81 . Pp. 28–29.

(64) DP: Daños punitivos. DC: Daños compensatorios.

(65) Texto del fallo original: The more promising alternative is to peg punitive awards to compensatory damages using a ratio or maximum multiple. This is the model in many States and in analogous federal statutes allowing multiple damages. The question is what ratio is most appropriate. An acceptable standard can be found in the studies showing the median ratio of punitive to compensatory awards. Those studies reflect the judgments of juries and judges in thousands of cases as to what punitive awards were appropriate in circumstances reflecting the most down to the least blameworthy conduct, from malice and avarice to recklessness to gross negligence. The data in question put the median ratio for the entire gamut at less than 1:1, meaning that the compensatory award exceeds the punitive award in most cases. In a well-functioning system, awards at or below the median would roughly express jurors' sense of reasonable penalties in cases like this one that have no earmarks of exceptional blameworthiness. Accordingly, the Court finds that a 1:1 ratio is a fair upper limit in such maritime cases. Pp. 39–42.

(66) Texto del fallo original: Applying this standard to the present case, the Court takes for granted the District Court's calculation of the total relevant compensatory damages at \$507.5 million. A punitive-to-compensatory ratio of 1:1 thus yields maximum punitive damages in that amount. P. 42

(67)Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios" – CNCIV – SALA F – 18/11/2009 Fuente: (elDial.com - AA59C7). Publicado el 04/12/2009.

(68) Cita del Fallo Original "... los "daños punitivos" han sido definidos como aquellos "otorgados ... para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro". También se los define como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el

damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf.: Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en "Derecho de Daños", segunda parte, La Rocca , Buenos Aires, 1993, p. 291/292; citado en Picasso, S., "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor" publicado en Suplemento especial La Ley , "Reforma a la ley de defensa del consumidor", abril de 2008).” Fuente: (elDial.com - AA59C7). Publicado el 04/12/2009.

(69) Cita del Fallo Original "... se podría distinguir una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Coincidentemente con lo expuesto, los Fundamentos del Proyecto de Ley y del Dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados destacan que "Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad". La función accesoria de los daños punitivos sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria -la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria- (Conf.: Irigoyen Testa, Matías; ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, publicado en Revista de Responsabilidad civil y seguros, La Ley , Nro. X, octubre de 2009). Fuente: (elDial.com - AA59C7). Publicado el 04/12/2009.

(70) Cita del Fallo original "Por ello, su aplicación "ejemplar" a conductas disvaliosas no puede ser efectuada en forma retroactiva. En el caso de autos, más allá de la valoración que el magistrado hiciera respecto de la conducta del proveedor (accionado), no puedo perder de vista, que al momento en que ésta se desarrolló, el art. 52 bis de la ley 24.240, no tenía vigencia, por lo que no cabe su reproche bajo esta normativa, máxime si se trata de un instituto de excepción. Fuente: (elDial.com - AA59C7). Publicado el 04/12/2009.

(71) "Machinandiaarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares" - CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA (Buenos Aires) - SALA II - 27/05/2009. Fuente: (elDial.com - AA52C0). Publicado el 01/06/2009.

(72) Cita del Fallo original: Se ha definido al daño punitivo como las "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón D., "Derecho de Daños", 2º parte, La Rocca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.) Fuente: (elDial.com - AA52C0) Publicado el 01/06/2009.

(73) Aguilera Ramón Rosa c/ Supermercado Atomito Pedro Molina y ots. s/ daños y perjuicios. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza. 16-sep-2009. Fuente : MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.

(74) A fojas 15/21 el Sr. Ramón Rosa Aguilera demandó a Supermercado Atomito Pedro Molina y a Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. la suma de \$ 14.000 en concepto de daños y perjuicios; señaló, como hechos fundantes de su pretensión indemnizatoria que el día 16/04/2000 aproximadamente a las 10.00 horas concurrió al supermercado indicado a fin de adquirir diversos artículos y mercaderías para consumo personal y de su familia; que la compra realizada en ese establecimiento fue pequeña (\$ 3,42), y entre los productos adquiridos, se encontraba un pequeño paquete de galletas Express de 130 gramos , elaborado por la empresa Terrabusi S.A., acompañando el correspondiente ticket de compra; que al abrir ese paquete de galletas, observó pequeños pedazos de color negro entre los orificios de algunas galletas, sospechando seriamente que podrían ser restos de cucarachas u otra clase de insectos; que indignado y molesto por tal situación decidió realizar un análisis bromatológico del producto a fin de comprobar lo que a todas luces parecía evidente,

recurriendo a los servicios de la firma Safefood, determinándose en el estudio y análisis físico del producto infectado la presencia de restos de insectos insertos en las galletas, calificando el producto como no apto para el consumo. Fuente: MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.

(75) En este punto, en total concordancia con esa argumentación, agrego que no puede decirse que los términos de la demanda estén siendo interpretados con excesivo rigor; la atenta lectura del escrito inicial y de la ampliación de fojas 25, no permite otra interpretación: los actores reclamaron el daño personal que les provocó "ver" los restos de insectos en el paquete de galletas. Esa sola circunstancia es insuficiente para que pueda concederse una indemnización resarcitoria; no es más que una molestia insuficiente por sí misma para ordenar judicialmente su reparación; en todo caso, tal como se hizo, los actores debieron perseguir la imposición de una multa y otra sanción ante la autoridad de aplicación de la ley 24.240, en la Provincia la Dirección de Fiscalización y Control y Defensa del Consumidor. Fuente: MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.

(76) La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, porque consideró que de los elementos incorporados a la causa no resulta probado que el actor hubiera experimentado daño alguno, prueba que se encontraba a su cargo. Es decir que no acreditó la relación de causalidad entre el uso o consumo del producto y el daño moral pretendido, el que debe ser cierto, al igual que el daño material. Fuente: MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.

(77) Fallo citado de Carlos GHERSI y otros. La Prueba en el Derecho de Daños. Ed. Nova Tesis, año2009, página 239

(78) En este punto, la afirmación del apelante es indiscutible; nadie duda del sentimiento de asco y repulsión que provoca la situación vivida por los actores; sin embargo, allí no hay daño moral alguno que, según las consideraciones ya vertidas, deba ser indemnizado. Y en esto no hay alegato alguno a favor de la conducta del fabricante

quien debió extremar las medidas de higiene y seguridad en la elaboración del producto para que el mismo sea introducido para su distribución en el mercado en óptimas condiciones de comercialidad. Sin embargo, tal situación es insuficiente desde la perspectiva del Derecho de Daños y del Derecho del Consumo para otorgar una indemnización por daño moral; el fabricante y el vendedor serían, en todo caso, pasibles de sanciones de índole administrativa; además, tal como se mencionará en el considerando siguiente, la introducción de los daños punitivos podría dar lugar, en situaciones como la aquí planteada, a una condena por este rubro, si se dieran los requisitos establecidos por la normativa específica. (Art. 52 bis de la ley 24.240, conforme modificación introducida por la ley 26.361). MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.

(79) No obstante esta mención, se destaca que, en autos, el caso fue planteado con anterioridad a la entrada en vigencia de la modificación de la ley 26.361 a la ley 24.240, a lo que se agrega que, para la procedencia de una indemnización punitiva, se requiere, indefectiblemente, petición de la parte interesada. MJ-JU-M-50333-AR | MJJ50333 | MJJ50333.

El largo camino hacia la responsabilidad objetiva. Homenaje a Roger John Traynor, Juez. Parte 1

por Fernando Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC156B

[Consultado el: 14/07/2021]

"En el mundo del Derecho la voz responsabilidad alude a la obligación que tiene de reparar un daño quien lo ha causado. Los presupuestos para que se origine esta obligación de reparar son cuatro: 1) la antijuridicidad; 2) la existencia de un daño; 3) la relación de causalidad entre una conducta y el resultado dañoso; 4) la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que puede ser subjetivo u objetivo. El término responsabilidad incluye también a tres categorías conceptuales: el 'daño', el 'agente dañador', y la 'víctima'. La trama que vincula inseparablemente a estas nociones puede expresarse como un Principio General del Derecho que impone, a cada sujeto, la obligación de no dañar a los otros, o lo viene a ser lo mismo, la obligación de compensarlo una vez que lo ha dañado. Pero esta formulación genérica dice poco acerca de cuándo, o en qué casos, o bajo qué condiciones un sujeto debe ser declarado responsable y, por tanto, obligado a reparar el daño padecido por otro. Para acercar posiciones, y limitar así un poco una cuestión teórica que ya lleva unos dos siglos de dudoso entretenimiento, puede afirmarse que en materia de Responsabilidad Civil hay dos grandes corrientes de pensamiento. Una, (por suerte casi en desuso en nuestros días) entiende que la finalidad del Derecho es castigar la conducta de un sujeto que violó el principio general que lo obligaba a no dañar a otro individuo; ese sujeto hipotético es culpable del daño causado y debe remediarlo. Sin un sujeto culpable tampoco existe una obligación de reparar. En síntesis, el eje de la responsabilidad, para

esta corriente de pensamiento, es la culpa probada del agente dañador. La otra posición sostiene que la tarea central de la Teoría General de la Responsabilidad Civil consiste en resarcir a la víctima antes que castigar la conducta del dañador. En este caso, la noción de culpa pasa a un segundo plano, y el protagonismo se lo lleva la víctima, afirmándose que su perjuicio debe ser reparado aún a expensas de no encontrar un sujeto culpable de su ocurrencia. Jorge MOSSET ITURRASPE explica, con la lucidez que le es propia, las diferencias entre una y otra concepción, al tiempo que pronostica una solución para el futuro. El autor sostiene, con impecable criterio ético y de justicia, que es necesaria la reparación de todo daño con independencia de la existencia comprobada de un sujeto dañador. Alcanza con que se haya comprobado la existencia de una víctima para que enciendan los mecanismos indemnizatorios. En otras palabras: primero hay que remediar al lesionado, y luego encontrar al culpable."

"Como antes decía, la responsabilidad del agente dañador se traduce en su obligación de indemnizar a la víctima; es decir, quien causó un daño debe soportar con su patrimonio las consecuencias económicas del daño causado. Para el Derecho, indemnizar significa pagar el daño padecido por el damnificado. Entre la víctima y el agente dañador se produce un desplazamiento de consecuencias económicas que es lo determinante en la teoría de la Responsabilidad. Los resultados económicos del daño pasan del patrimonio de la víctima al patrimonio del agente dañador. Este desplazamiento procura que la hacienda de la víctima se mantenga ilesa luego de ocurrido el evento dañoso, mientras que el patrimonio del dañador sufra una merma equivalente al daño causado. El artículo 1083 del Código Civil establece que "El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero." La idea de traslado patrimonial de las consecuencias económicas de un daño es la clave para entender cómo funciona la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico. Los motivos que justifican este traslado de consecuencias pueden ser subjetivos, (el obrar culpable o negligente

del agente dañador) u objetivos, tales como la obligación de garantía, la equidad (artículo 907 Cód. Civ.), el riesgo creado, u otros. Toda la discusión, que día tras día va perdiendo vigencia, y acumulando melancolías, consiste en determinar si el traslado de las consecuencias dañosas procura remediar un patrimonio o castigar a un dañador. Pero antes de seguir adelante revisemos un poco la historia, para ver cómo la responsabilidad objetiva se fue abriendo paso lentamente durante el siglo veinte; de paso, demos merecido testimonio a uno de los juristas más importantes de ese siglo."

El largo camino hacia la responsabilidad objetiva. Homenaje a Roger John Traynor, Juez. Parte 2

por Fernando Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC15AE

[Consultado el: 14/07/2021]

Jurisprudencia Extranjera

Gladys Escola v Coca Cola (2)

La botella explosiva.-

El Juez Traynor y su opinión minoritaria.-

-1944-

Como lo había anticipado en el Capítulo de homenaje, voy a desarrollar los dos fallos, cuya autoría intelectual pertenece al Juez Traynor, que alumbraron el sinuoso camino de la responsabilidad objetiva. El debate judicial que se dio en el caso Coca Cola forma parte de la histórica discusión entre los partidarios de la responsabilidad subjetiva y los seguidores de la responsabilidad objetiva. En el veredicto se enfrentaron ambos criterios, quedando en minoría la opinión del juez Traynor, que militaba a favor de la responsabilidad objetiva pura. Su revisión es valiosa porque fue la primera vez que un Juez, abiertamente, expuso la necesidad de aplicar factores objetivos de responsabilidad para tratar asuntos relacionados con productos elaborados.-

Los hechos. (3)

Gladys Escola trabajaba de camarera en un restaurante. Una noche, mientras acomodaba unas botellas de Coca Cola en el refrigerador explota uno de los envases; a causa de este estallido,

Gladys sufre una herida bastante profunda en su mano. Luego del accidente inicia un juicio contra la embotelladora de la compañía más poderosa del mundo por entender que la botella era defectuosa, y que fue ese defecto de fabricación lo que provocó su accidente. En el transcurso del pleito logra demostrar dos cosas muy importantes. Primero: que ella no había golpeado a la botella, ni la había manipulado bruscamente. Segundo: que otras botellas de Coca Cola también explotan espontáneamente aunque nadie las toque. Gladys admite que no tiene elementos para demostrar la negligencia de la firma embotelladora, pero le indica al tribunal que la botella no hubiera estallado sin la existencia de un acto negligente. (Sin vicio en la fabricación de la cosa, la cosa no explota espontáneamente) Si la botella explotó es por culpa de alguien, y no precisamente mía, solía decir a quien quisiera escucharla la camarera. En otras palabras, el argumento central del reclamo tenía una lógica elemental que giraba sobre cinco ideas: (1) si la botella estaba en buenas condiciones no hubiera explotado; (2) si el envase no estaba en buenas condiciones, entonces su fabricante actuó de manera negligente; (3) si hubo negligencia de parte del fabricante o productor, debe reparar el daño ocurrido; (4) Testigos traídos al juicio por la Gladys manifestaron que no era la primera vez que una botella de gaseosa explotaba en manos de una persona, sin que mediara un hecho propio que explicara esas explosiones; (5) En ausencia de prueba precisa que explique la mecánica del accidente, se solicita la aplicación de la doctrina ‘Res Ipsa Loquitur’.(4). Los requisitos de esta doctrina romana se verifican, según la defensa de Escola, acogida por el Tribunal; a saber: 1) La botella estaba en control de absoluto de su empleador; 2) Gladys trató a la botella con el cuidado debido; 3) El accidente normalmente no hubiera ocurrido sin que mediara un defecto del producto. (5)

El debate principal de la cuestión consistió en determinar quién tuvo la culpa de la explosión. Y dos son las posibilidades. La primera es que haya sido la propia Gladys al tratar la botella sin el cuidado necesario. La segunda es que la culpa haya sido del fabricante por haber producido un envase defectuoso. Pero, en uno u otro caso, se estará haciendo un análisis de la conducta del agente dañador, o de

la víctima para determinar quién fue responsable de la explosión. Ésta fue la formulación del problema que siguieron los magistrados de la mayoría, cuyo voto fue llevado adelante por el Juez Gibson. (6) En definitiva, el caso fue resuelto a favor de la víctima pero, sin embargo, la forma en que fue tratado por los jueces de la mayoría dejó varias preguntas sin respuesta. En principio, es adecuado determinar si Gladys trató a la botella adecuadamente, porque no sería justo imponerle una sanción a la empresa si un usuario golpea el envase contra la heladera o lo trata de una manera que no es apropiada. Sin embargo, descartada la posibilidad de que la propia camarera haya sido la culpable del accidente, ¿qué hubiera ocurrido si no lograba demostrar que la botella estalló por el exceso de presión o por el defecto del vidrio con el que se fabrica? ¿Qué hubiera dicho el tribunal en caso de que Gladys hubiera probado que no era culpable, sin llegar a probar la culpa de la embotelladora? ¿A quién le corresponde probar que el vidrio de un envase que contiene una gaseosa es defectuoso? ¿Es posible para Gladys u otras camareras u otros usuarios lleguen a probar en un juicio cuál es la presión de gas adecuada para que una botella no estalle al ser abierta? ¿Pueden los usuarios demostrar la culpa o negligencia de las empresas proveedoras de bienes o servicios? ¿No es exigirles a los usuarios, o a las víctimas de un accidente una prueba que la mayoría de las veces no podrán alcanzar? Todas estas preguntas, destacan la existencia de una enorme zona fronteriza a la que víctima no puede ingresar, y que permite que el agente dañador repose al amparo de un sistema procesal diseñado para la impunidad del más fuerte. El Juez Traynor, sin embargo, le dio otra vuelta de tuerca a toda la teoría de la responsabilidad civil.-

Opinión del Juez Traynor.-

La síntesis de su pensamiento:

(i) De arranque Traynor dice compartir la solución arribada por el Tribunal. Sin embargo, está disconforme con el tratamiento que sus colegas hicieron de la doctrina ‘res ipsa loquitur’. Para Traynor existía una solución más simple y efectiva: aplicar un factor objetivo

de responsabilidad. Lo que justifica esa aplicación, reflexionaba Traynor, es que cuando un producto elaborado es arrojado al mercado, el fabricante sabe de antemano que esa cosa ya no recibirá ulteriores inspecciones, ni controles de calidad. Una vez que salió de la fábrica, la cosa será utilizada inmediatamente por el usuario. El fabricante actúa como el último contralor antes de que el producto salga a la calle; por eso, está obligado a garantizar que no ocasionará daños. (7)

(ii) En los casos como el presente, la responsabilidad del productor puede surgir de dos vías. O bien el producto tuvo un desperfecto en su producción, o el vicio ocurrió en los controles de calidad previos a que la cosa ingrese a los canales de distribución comercial, para luego llegar a los usuarios. Traynor sostiene que, aunque no exista una hipótesis de negligencia, la responsabilidad objetiva del productor es una cuestión de interés público, pues a través de estrictos sistemas legales, aseveraba Traynor en 1944, se debe persuadir a los productores de que inviertan más dinero para lograr que las cosas que fabrican sean más seguras. Los fabricantes, al momento de producir las cosas pueden anticipar algunos riesgos asociados al producto; también pueden evitar varios de ellos. Por el contrario, los usuarios que padecen los daños no están en absoluto preparados para soportar sus consecuencias; los presupuestos de responsabilidad objetiva tienden a reducir la dañosidad inherente de un producto elaborado. (8)

(iii) Es notable, y aún raro en nuestros días, que se haga un análisis económico tan lúcido como el que propone Traynor en *Escola v Coca Cola*. El magistrado explica que el costo de un accidente, medido en función de la pérdida de tiempo, dinero y salud que sufren los usuarios es inestimable. Por el contrario, para los productores, prevenir y evitar esos riesgos es barato y fácil. Los fabricantes, al poder anticipar los riesgos asociados a un producto, pueden tasar esos riesgos, y luego asegurarlos, y finalmente distribuir esos costos de aseguramiento entre todos los usuarios, estableciendo un precio final que incluya esos gastos. En resumen, el precio de un

producto incluye el costo del seguro por los riesgos que su uso regular pueda ocasionar. Es una cuestión de Estado lograr que los productores no introduzcan en el mercado productos riesgosos, o que tengan defectos de producción que amenacen la salud y los bienes de la población. (9).-

(iv) Advierta el lector que 62 años antes del dictado de la Ley 26.361 que incorporó a nuestro derecho el artículo 53°, el juez americano manifestaba que el consumidor afectado, rara y difícilmente está en condiciones de explicar, y mucho menos probar la causa del accidente. La víctima no está familiarizada con los procesos de producción de los bienes que adquiere; esta circunstancia hace que sea muy difícil que pueda probar la culpa o negligencia del productor. El Estado –sostiene Traynor - debe asegurar la responsabilidad objetiva de los productores, liberando a las víctimas de la prueba de culpa como requisito para aceptar sus reclamos. En ese sentido, la regla del *res ipsa loquitur*, si bien es una aproximación a la responsabilidad objetiva es también un camino largo, artificial e incierto. La aplicación de un factor objetivo de responsabilidad hace innecesario presumir la culpa del productor, dejando que sea él quien produzca prueba fehaciente de la ruptura del nexo causal, o de la existencia de un *casus*. (10). Si esa cosa produce un daño la responsabilidad del fabricante es absoluta; no es necesario que la víctima, además del daño sufrido, demuestre que el productor fue negligente en la producción. Su derecho a ser indemnizado no debe depender del éxito que tenga en demostrar esa negligencia.-

(v) El fallo también se ocupa del vidrioso tema de los ámbitos de responsabilidad contractual o extracontractual, y del efecto relativo de los contratos en materia de productos elaborados. Tomando el antecedente del Juez Benjamin Cardozo en *Mac Pherson v Buick*(11), el fallo ratifica que entre el fabricante y el consumidor existe una relación jurídica que les impide a los productores rechazar los reclamos que, en forma directa, las víctimas afectadas les hagan. La responsabilidad objetiva del fabricante frente al adquirente inmediato es indiscutida y se basa en el deber genérico de garantizar la seguridad

de los otros. Sin embargo, señala Traynor, normalmente el comprador inmediato del bien no es quien lo utiliza. Él es un distribuidor que a su vez lo vende a otros. Es necesario que esta obligación de garantía continúe favoreciendo a los terceros adquirentes, sin que se interrumpa en el comprador inmediato. El consumidor es quien realmente está interesado en esta garantía de seguridad porque es él quien va a utilizar la cosa; interrumpir la obligación de garantía en el comprador inmediato, privando a los consumidores de esa garantía, es una solución inconsistente con los objetivos legales y sociales que fundamentan la aplicación de factores objetivos de atribución de responsabilidad.(12)

(vi) Roger Traynor, con la agudeza del estadista que puede ver más claramente que otros el porvenir, en 1944 pronosticaba que el desarrollo comercial y tecnológico convertiría a los viejos principios de la teoría contractual en piezas inútiles para regular las relaciones más complejas que avanzaban inexorablemente. En *Escola v Coca Cola*, Traynor explicaba que la producción masiva de bienes y servicios había reemplazado a los sistemas comerciales artesanales; la tecnología, sobre todo el gran desarrollo de la industria del transporte, había acercado como nunca antes al fabricante con el consumidor directo. Pero, al mismo tiempo, ese conjunto de técnicas novedosas habían generado una brecha cognoscitiva enorme entre productores y consumidores. Los nuevos procesos de producción son complejos, casi secretos, siendo imposible para los usuarios determinar la calidad intrínseca de los productos elaborados. Traynor marca con nitidez premonitoria que el gran problema de las relaciones de consumo es la insolvencia de conocimiento (información) que perjudica a los consumidores. Esa circunstancia los debilita siendo imprescindible que el Estado intervenga directamente para protegerlos. Textualmente dice Traynor: “el consumidor ya no cuenta con habilidades para controlar por sí mismo la calidad verdadera de un producto, aun la de aquellos que están expuestos a la vista, y no están guardados en cajas fuertemente cerradas; la actitud de control y vigilancia, que antiguamente tenían los consumidores, ha sido hábilmente diezmada por los permanentes esfuerzos de los fabricantes, que han hecho

incontables esfuerzos por mantener la confianza de los consumidores a través de publicidades y complejos sistemas de marketing”(13) En otras palabras: al tiempo que disminuyó la capacidad de control de los usuarios sobre los productos, aumentó la confianza que deben depositar en quien los produce; pero esa confianza fue creada (y lo sigue siendo) por inmensas campañas publicitarias que dirige el mismo fabricante. Traynor, ya en 1944 nos señalaba el principio, sobre el que giran todas las relaciones de consumo y que hace necesaria la intervención pública. Se trata de derogar el conocimiento verdadero, y sustituirlo por publicidades engañosas. Es una ley biológica: la confianza aumenta a medida que disminuye el conocimiento, porque quien no sabe debe confiar en el saber que otro le transmite; el elefante marino aprende natación de sus padres, y sabiamente confía en ellos; esa confianza es natural entre las bestias más preciosas de la creación. Pero, entre los humanos, es un asunto peligroso.-

(vii) Los consumidores ya no se acercan cautelosamente y con sospechas a los bienes que habitualmente compran; los aceptan en base a una especie de Fe que depositan en quienes los producen. Por eso es necesario permitir que los usuarios puedan demandar directamente a los fabricantes en caso de que una falla en el producto ocasione un daño. Si sólo se permitieran acciones entre partes de un contrato, el consumidor únicamente podría demandar al minorista de quien adquirió la cosa, pero este comerciante, en verdad, ni siquiera tuvo oportunidad de conocer los riesgos o los defectos de elaboración del producto; ni siquiera podría realizar sobre ellos un control de calidad eficiente; simplemente vende el producto entre su clientela.(14). De esta forma Roger J. Traynor, y antes que él, Benjamin Cardozo instalaron en el ámbito del Derecho comercial, la trascendente idea de la cadena comercial integrada por todos los sujetos que intervienen en la comercialización de bienes y servicios. En la cadena comercial están todos obligados frente al consumidor, desde el fabricante hasta el vendedor minorista. Esa misma construcción jurídica, que Cardozo propuso aproximadamente en 1915, es la que hoy vemos en los artículos 13 y 40 de nuestra ley

24.240. Casi un siglo antes otro Juez americano nos señalaba un camino.-

Conclusiones del caso. Las breves conclusiones que propongo para terminar el análisis de este caso, sólo sirven para que el lector comprenda las similitudes que hay entre las reflexiones realizadas por el Juez Traynor hace sesenta años y nuestro Derecho positivo en materia de relaciones de consumo.-

a.- En los daños derivados de productos elaborados, las víctimas no deben producir prueba que acredite culpa o negligencia de los productores. Se establece el principio de responsabilidad absoluta del productor que introdujo el producto en el mercado;

b.- La responsabilidad del productor nace en el mismo momento en que pone la cosa riesgosa o defectuosa en el mercado, porque esa cosa es puesta en la calle con la intención de lucrar con ella;

c.- La responsabilidad objetiva de los fabricantes es una cuestión de Orden Público.-

d.- Es una preocupación del Estado evitar que circulen en el mercado cosas de alta potencialidad dañosa;

e.- La responsabilidad objetiva incentiva a los productores para que inviertan esfuerzos humanos y financieros en lograr que los productos sean más seguros;

f.- Por más que los productores no hayan sido negligentes, son responsables de que la cosa riesgosa haya ingresado en el mercado para ser adquirida por los usuarios. Pesa sobre ellos una obligación genérica de garantía de inocuidad;

g.- Siempre existe un riesgo de que ocurra un accidente. Si ese evento dañoso ocurre, y la víctima utilizó la cosa regularmente, son los fabricantes quienes deben soportar los gastos que haya ocasionado

el accidente, porque ellos están en mejor posición que las víctimas para asumir ese gasto.-

h.- Muchas veces las cosas que aparecen en el mercado son riesgosas, debido a que se utilizaron materiales de poca calidad. La víctima de un daño no está en condiciones de hacer este tipo de probanzas. Esta una de las razones centrales por las que el Juez Traynor se opuso a que la culpa probada del productor sea la base para obtener una reparación. Para este Juez, el eje central de toda la teoría de la reparación es el daño padecido por la víctima y no la negligencia del fabricante. Pesa sobre la corporación la obligación de indemnizar a la víctima. Puede, sin embargo, eximirse de responsabilidad probando que el accidente se debió a la propia culpa de la víctima.-

i.- Los productores conocen la potencialidad dañosa de los productos. Pueden, y de hecho lo hacen, prevenir algunos daños, y asegurarlos todos. El costo de ese 'seguro' es trasladado al precio final del producto, que es pagado por todos los consumidores. Ergo, el consumidor paga su propio seguro contra accidentes, y el fabricante se beneficia con ese seguro, motivo que por sí solo sería suficiente para justificar una atribución objetiva de responsabilidad;

j.- La tecnología ha acercado a los fabricantes y a los consumidores, pero el mismo desarrollo de conocimientos aplicados ha generado una brecha enorme entre los que producen los bienes y quienes los consumen.-

k.- La falta de conocimiento que el usuario tiene acerca del producto que consume, lo obliga a confiar en la calidad del mismo.-

l.- Las grandes corporaciones, a través de campañas publicitarias y técnicas de comercialización muy costosas, tratan de ganar la confianza de los consumidores. El usuario confía en lo que no conoce, o sólo conoce a través de la misma persona que lucra vendiéndoselo

Gladys Escolla v Coca Cola es uno de los primeros antecedentes en donde claramente se expone la llamada responsabilidad objetiva. A partir de este fallo, la mirada del legislador se fue corriendo desde el agente dañador a la víctima del daño. Introducir una cosa riesgosa en el mercado, y lucrar con su comercialización, constituye fundamento suficiente para que se active la obligación de reparar los eventuales daños que esas cosas ocasionen. Este cambio de modelo, que todavía hoy tiene opositores, no es una sutileza o un artificio legal, es un verdadero avance a favor de todos los consumidores.

En la Argentina, cincuenta años más tarde, se repite un caso de características muy similares al presente: Ryan Tuccilo v Cencosud S.A. (1997). En este asunto, un tribunal de apelaciones argentino adoptó criterios muy similares a los propuestos por el Juez Traynor. El medio siglo que separa estas causas explica porqué es procedente el homenaje a este notable Ministro de la judicatura americana. Los hombres que van un poco más rápido que su época son los que realmente escriben la historia. Roger J Traynor escribió buena parte de la historia de la Teoría General de la Responsabilidad Civil.-

Greenman v Yuba Power Products Inc. (15)

La Máquina Shopsmith

La Responsabilidad objetiva del productor por los defectos del producto.-

El obstinado Juez Traynor se convierte en mayoría.-

-1963-(16)

El ejemplar matrimonio compuesto por los esposos Greenman era uno de los tantos que viven en Norteamérica, y también en Argentina, que gustan de hacer con sus propias manos todas las tareas que el cuidado de una casa demanda. Los Greenman pasaban fines de semanas enteros encerrados; ella arreglando su jardín y él haciendo trabajos manuales de distinta complejidad. La habilidad que Mr. William Greenman tenía para realizar los pequeños arreglos del hogar era compensada por la destreza, y sobre todo el empeño,

que Susan Greenman tenía para cocinar los platos favoritos de William. Durante los años que llevaban casados, nunca un electricista o una ayudante de cocina había ingresado en ese hogar. William, a diferencia de sus compañeros de oficina, jamás tuvo que remangarse la camisa para disimular la ausencia de un botón, o exhibir arruga burlona que haya salido ilesa de la plancha experta de Susan

El año 1957 había sido próspero para los Greenman. Para festejarlo, William y Susan decidieron hacer una fiesta navideña inolvidable, aunque solitaria porque sus hijos Vanesa y Tom estaban viviendo, en otras ciudades, la fantástica aventura universitaria que año tras años separa a los jóvenes de sus familias, y marca el inicio de una nueva vida para padres e hijos; unos quedan con la nostalgia del recuerdo, otros se llevan las ilusiones del porvenir. La vida tiene leyes que no pueden derogarse. A medianoche, cuando los restos de ensalada Waldorf prometía un almuerzo excepcional, los esposos abrieron los regalos. Ella recibió una fantástica multiprocesadora, capaz de exprimir una zanahoria en un tiempo de milagro. El electrodoméstico de primera marca, era ideal para hacer licuados, batidos, salsas de todo tipo y también para picar carne. Cuando abrió la caja, Susan no pudo evitar pensar que el delicioso, inalterable, egoísmo de su marido, del que ella seguía inercialmente enamorada, le había bloqueado la imaginación a Papá Noel; sin embargo, pronto abandonó el rumbo de esos pensamientos, y se acercó a William para besarlo con el amor verdadero que procede de la pasión agotada. Luego, golpearon despacio pero sin ninguna elegancia artificial sus copas de vidrio. Al finalizar su copita de Champagne, Susan se dirigió al árbol navideño que este año tenía más luces que nunca.-

Las comparaciones son siempre motivo de discusión y enojo, pero no hay dudas de que el regalo mayor de la fiesta le correspondió a William Greenman. Susan ese año decidió agasajarlo con un regalo especial, y no vaciló en gastar buena parte de sus ahorros para que William tuviera una Navidad inmortal. La caja enorme que le entregaba sonriente, contenía una Shopsmith totalmente nueva. Por primera vez en su vida, la mujer pudo ver que los ojos celestes y

pálidos de su marido no podían detener el torrente de un llanto, casi infantil, que difuminaba los restos de una felicidad amontonada en años de sacrificio. Susan no lloró.-

La máquina Shopsmith es un artefacto producido por la compañía Yuba Power Products Inc. En verdad, consiste en un aparato escalofriante (tuve oportunidad de ver una Shopsmith mientras vivía y trabajaba en los Estados Unidos) que combina un torno a rueda, un serrucho, y un taladro. La máquina está apoyada sobre una mesa de madera gruesa, y puede instalarse en una habitación de espacios reducidos, como la que el señor Greenman disponía en el sótano de su casa. Toda la mesada entraba justito al lado del lavarropa. Cuando Mr. Greenman vio cumplido el viejo sueño de tener un taller en su misma casa, abrazó a su mujer con bastante torpeza pero con mucho cariño. Estaba feliz y orgulloso de su familia. Ella, de alguna manera, también lo estaba. La nochebuena se prolongó en una larga conversación en la que pasaron revista a los muchos años que llevaban juntos, al progreso lento y sostenido que habían logrado, a los momentos difíciles, a los momentos más alegres, cuando la fuerza de la juventud era solidaria con sus ilusiones; sus hijos, ahora más grandes, estaban estudiando en otras ciudades, pero sus visitas eran asiduas, reconfortantes, y breves. Los Greenman ahora estaban solos, pero satisfechos con los resultados familiares que habían conseguido.-

Terminada la semana navideña, el matrimonio desarmó el arbolito y continuó su vida normalmente; cada uno volvió a sus tareas; él daba clases voluntarias de inglés a hispanos recién arribados al país, y ella hacía trabajos –también voluntarios - de enfermería en el hospital del pueblo en donde, al igual que John, había nacido. Pero, para William Greenman saber que en su casa lo estaban esperando Susan con sus comidas tan sabrosas, y la Shopsmith en su reducido taller improvisado, eran un excelente motivo para apresurar las tediosas clases que gratuitamente ofrecía en la Internacional House. Así pasó un año en el que la dicha doméstica prorrogaba sus efectos sin disminuir su intensidad. Una noche, en la que John estaba en su

taller terminando su última artesanía, ocurrió una fatalidad: una pieza de madera pesada, que estaba trabajando en el torno de la Shopsmith, salió disparada de la máquina y le rompió la cabeza. La herida, que era bastante profunda, fue curada en el hospital del pueblo. A decir verdad, cuando llegaron al Hospital, la herida ya estaba completamente limpia, gracias a las curaciones que previamente Susan le había hecho.-

Pasada la agitación, el matrimonio llevó el asunto a tribunales, donde tuvieron algunos tropezones en la primera instancia (17); sin embargo perseveraron hasta llegar a la máxima instancia Judicial del Estado de California. En esa Corte se desempeñaba como Juez, Roger J. Traynor, cuya opinión en este asunto, se haría mundialmente famosa.-

El voto del obstinado Juez Traynor:

(i) Contrariamente a lo sostenido por la instancia de grado, Traynor evaluó que existía evidencia que acreditaba que la máquina tenía un defecto de diseño que, en definitiva, fue la causa del accidente. Es importante señalar que en materia de daños producidos con productos elaborados, los accidentes, en su mayoría ocurren por tres causas: 1) un defecto en el diseño; 2) una imperfección en la producción de la cosa; 3) una mala información que recibe el usuario acerca de cómo usar el producto. En este caso, Traynor, estableció que el vicio de la Shopsmith estaba, por un lado en su defectuoso diseño y por el otro en la engañosa información que contenía el manual de uso. Para el juez, de acuerdo a lo establecido en las pericias, un mejor diseño de fabricación habría evitado el accidente. Para Traynor, el Juez de grado debió sancionar al fabricante por negligencia en la fabricación de la máquina, y también por las falsas informaciones que contenía el manual de uso. (18)

(ii) En este caso, para que proceda la acción de daños contra el fabricante no es necesario establecer la existencia de un pacto de garantía expresa suscripto por el fabricante. La noción de garantía

contractual expresa es innecesaria en materia de productos elaborados. Los fabricantes son objetivamente responsables por la calidad del producto, desde el mismo instante en que el mismo es lanzado al mercado para ser comercializado. Ellos deben garantizar que el uso apropiado de la cosa no ocasionará daños, porque saben que la cosa será utilizada por usuarios sin ninguna inspección y sin otro recaudo que los cuidados mínimos que normalmente toman los usuarios.(19) Asegurar que los productos elaborados no sean riesgosos es una obligación que grava a todos los fabricantes; se trata de una garantía implícita. En otras palabras: la garantía es un factor objetivo de atribución de responsabilidad que alcanza a los productores y ampara a los consumidores.-

(iii) El cambio que introdujo Roger Traynor en el tratamiento de la responsabilidad civil derivada de los daños ocurridos con productos elaborados fue mayúsculo. A partir de *Greenman v Yuba* se deja de lado el requisito de que exista una garantía contractual entre el fabricante y el consumidor, asumiendo toda garantía un carácter implícito. Como bien dice Traynor, el deber que asegura indemnidad a los usuarios no es una cuestión contractual, sino legal. A esa garantía están obligados por ley los productores desde el momento que colocan en la calle sus productos para ser comerciados. La responsabilidad objetiva de los fabricantes no puede modificarse por una cláusula contractual porque es una imposición legal.(20)

(iv) Al igual que en *Escola v Coca Cola*, se vuelve a explicar que el principio de la responsabilidad objetiva es, sobre todas las cosas, justo. La doctrina de la *strict liability* asegura que los costos derivados de un accidente sean soportados por los fabricantes que lucran con su comercialización masiva, y no sobre los consumidores que son vulnerables.(21) Recordemos que Traynor, en el anterior caso analizado, explicaba que los costos de un accidente (daño emergente, lucro cesante, etc.) pueden analizarse, tasarse y finalmente asegurarse. De esta forma, el fabricante puede pagar un seguro que lo prevenga patrimonialmente de las indemnizaciones que eventualmente deba pagar, trasladando el costo de ese seguro al precio final que pagan los

consumidores. Los usuarios no pueden hacer esto, y cualquier accidente les puede ocasionar, en tiempo y dinero, pérdidas inestimables. Detrás de la responsabilidad objetiva subyace un principio de evidente justicia distributiva: el fabricante está en mejores condiciones de soportar patrimonialmente los costes de un accidente.-

(v) Otra idea que Traynor retoma en este fallo es la de ‘expectativa y confianza’ que los consumidores depositan en las cosas que se mercadean, y en quienes las producen. La sola presencia de la máquina en los comercios, dice Traynor, autoriza a los consumidores a confiar en que se trata de un aparato seguro;(22) Los consumidores confían en que si no lo fuera, sencillamente, no se comercializaría. Es irrelevante si el consumidor se asesoró o no sobre las bondades del producto antes de comprarlo o si leyó previamente sus instrucciones de uso; no puede exigírsele al consumidor ninguna actividad tendiente a inspeccionar los productos que compra, esa tarea de control le corresponde a sus fabricantes. Para que se encienda la responsabilidad objetiva de los fabricantes, es suficiente que la víctima del accidente acredite la existencia del daño y su relación causal con el producto que se cuestiona por defectuoso; alcanza con que demuestre que utilizó la cosa de la manera que razonablemente debe ser usada (23)

Conclusiones del Caso. A continuación, se presenta una síntesis de lo que el juez Traynor encontró en el expediente que resolvió creando las bases de lo que nosotros conocemos como responsabilidad objetiva. El lector podrá comprobar que el tratamiento es muy similar al que hacen los jueces de nuestros tribunales hoy en día.-

1) La herida en la cabeza del Señor Greenman se debió a un defecto en el diseño y la fabricación de la máquina Shopsmith.-

2) Las tuercas utilizadas para ajustar las distintas partes de la máquina no eran lo suficientemente resistentes para absorber la vibración a las que serían sometidas al estar la máquina en funcionamiento.-

3) Si el fabricante hubiera utilizado un sistema de ajustes de mayor calidad, la máquina hubiera sido más segura para los usuarios, y el accidente no hubiera ocurrido.-

4) El fabricante actuó con negligencia en la producción de la máquina porque la podría haber hecho menos riesgosa.-

5) Tanto el manual de uso, como el prospecto que informaban al cliente acerca de las propiedades de la Shopsmith, contenían inexactitudes y falsedades que hicieron que el usuario fuera engañado acerca de las reales aptitudes del artefacto.-

6) Por más que los comerciantes informen a los clientes que la cosa que adquieren es riesgosa, esa advertencia no los exime de responsabilidad frente a un daño.-

Este fue el primer caso en el que un tribunal superior de los Estados Unidos aplicó la doctrina de la responsabilidad objetiva para fundamentar una condena. Desde entonces, esta forma de atribuir responsabilidad se convirtió en una doctrina utilizada en todo el mundo. En la Argentina, la reforma al Código Civil del año 1968 incorpora el artículo 1113 que, básicamente, admite los principios de la responsabilidad objetiva. Como ya fue señalado en este trabajo, la ley de defensa al consumidor profundiza ese camino. Para muchos, el veredicto dado por Traynor en *Greenman v Yuba Power Products* es uno de los más importantes del siglo XX.-

Cincuenta años más tarde Roger Traynor visita la Argentina

Ryan Tuccillo v. Cencosud S.A.(24)
-Marzo de 1997-

Los hechos.(25)

A medida que Horacio Lynch iba poniendo las cosas en el carrito tachaba de la lista los productos que Vivian, su esposa, había

anotado. Hacer las compras en el supermercado Jumbo era uno de sus paseos preferidos, y únicamente lo daba por terminado luego de comprobar que todos los productos que Vivian le había pedido ya estaban asegurados. Si por algún motivo, ya sea por la escasez de un producto, o el desabastecimiento que tan frecuentemente ocurre en nuestro país no le era posible adquirir algo, Horacio se sentía derrotado y caía en severas depresiones, como si el changuito incompleto fuera el preludio de una desgracia doméstica. A pesar de los diez años que llevaban juntos, amaba tanto a Vivian como el día que la conoció en el natatorio de la Facultad de Derecho, donde ella cursaba sus primeras clases, y él daba los últimos pasos de una carrera brillante. Inspirado en la tradición del derecho anglosajón, Horacio dedicó todos sus estudios al constante elogio de sus héroes favoritos. En la biografía de Horacio Lynch destaca lo rápidamente que declinó su interés por Spiderman, Superman y El Avispón Verde, al tiempo que se hizo un apasionado de las lecturas de otros superhéroes más mundanos, como Oliver Wendell Holmes y Benjamin Cardozo. Earl Warren, Hugo Black, y tantos otros, que componían un imaginario álbum de figuritas que no podía compartir con ninguno de sus compañeros de escuela. Para desconsuelo de sus profesores universitarios, durante su primera juventud Horacio cultivó un resentimiento irracional, y bastante caprichoso, en perjuicio de los teóricos europeos. Quizás, la imprudencia derivada de las perplejidades de la juventud, llevó a Horacio a escribir su primer ensayo: una monografía íntegramente dedicada a denostar a un maestro indiscutido del Derecho alemán. El texto era malo; las originalidades que contenía no pudieron ocupar el lugar de las ideas que le faltaban; el ingenio, que al ensayo le sobraba, no fue un buen sucedáneo de la inteligencia que escaseaba. Previsiblemente, el estudio fue reprobado pero, imprevisiblemente, su profesor se puso furioso y elevó la pieza al consejo académico de la Universidad con la recomendación de aplicarle una sanción ejemplar al joven Lynch. En aquella ocasión, las influencias de su padre, antiguo miembro de un tribunal relativamente famoso, y Profesor Emérito de una Universidad pudieron más que los enojos del profesor titular y su obsecuente adjunto, pero, sin embargo, no pudieron evitar que

Horacio fuera separado de la clase. Como suele ocurrir con los incidentes más o menos graves, este pequeño escándalo dejó algunos rencores y, sobre todo, despertó el anhelo de venganza de varios educadores. Horacio percibió esta situación adversa y decidió que hasta el fin de ese año no se presentaría a dar ningún examen; seguiría yendo a la facultad para tomar clases de natación y una sesión semanal de gimnasia aeróbica. Utilizaría ese tiempo de ocio para cultivar su físico, y mejorar su estilo mariposa que tanto lo avergonzaba cuando iba al río a nadar con sus amigos. Fue durante una de esas sesiones gimnásticas que conoció a Vivian Lane y su vida cambió para siempre.-

Una gorra de baño celeste, dos manos agarradas del borde de la pileta; brazos y piernas extendidas, pateando sin salpicar; cada veinte segundos una cabeza se asoma del agua para tomar aire; tras inhalación lenta pero profunda, la cabeza nuevamente se sumerge por otros veinte segundos. La rutina se repite en series simétricas: cada veinte segundos de brazadas, una respiración, y otros veinte segundos de patadas al agua. Pocas cosas son más aburridas que aprender a nadar crawl, pensó Horacio, pero por algún motivo no podía alejarse de la escena que estaba viendo desde la otra punta de la pileta. La joven, seguía su clase. Ahora los brazos delgados describían un semicírculo en el aire antes de entrar nuevamente en el agua; una pulsera de oro se deslizaba desde la muñeca cada vez el brazo salía del agua y se extendía hacia arriba. Horacio se fue acercando hacia la chica, como si fuera atraído por una sirena muda y sin maldad; se paró justo donde ella estaba y esperó unos segundos, interminables, hasta que la joven sacó la cabeza del agua y lo miró; como lo había intuido, el ejemplar femenino que emergía del agua era una réplica de sus sueños favoritos; su ojos pálidos de mirada iridiscente lo atravesaron como una espada inconsistente y suave. Horacio sintió el aflojamiento que precede al desmayo pero, involuntariamente, le extendió su mano para ayudarla a salir de la pileta. Vivan, soltando una de sus manos del borde agarró la que Horacio le ofrecía sin dejar de sonreír. Gracias a una maniobra firme, pero sin brusquedad, Lynch pudo sacarla del agua, y ambos quedaron enfrentados, todavía agarrados de la mano,

todavía sonriendo, todavía mirándose, todavía sin hablar; unas gotas de agua caían del cuerpo de Vivan formando un charquito en el suelo. En silencio y sin soltarse caminaron descalzos en dirección a los vestuarios. Tres meses después de ese encuentro acuático se casaron. Horacio Lynch pensaba en esas cosas, cuando leyó el anteúltimo renglón de la lista que llevaba en la mano izquierda: 3 botellas de Coca-Cola Light; decía el texto que escuchaba como si fuera la misma Vivan quien le hablaba a su conciencia. Horacio dobló a toda velocidad por el primer pasillo a la izquierda y llegó hasta las góndolas que ofrecían todas las marcas de gaseosas. Agarró, una por una, las tres requeridas en la lista y las acomodó en el chango. Satisfecho, tomó una última Coca-Cola chica, y pensó que esa pequeña botella de vidrio, que tomaría rumbo a su casa, era el merecido premio al trabajo realizado exitosamente, un elogio al amor que sentía por su esposa. Sin embargo, antes de que Horacio pudiera apoyar el envase en el carrito, la botella estalló en sus manos. Un pedazo de vidrio se incrustó en su brazo; chorros de sangre manaban de la herida. En segundos, todo el equipo de emergencias del supermercado controló la situación, decenas de operarios limpiaron todo, mientras que un grupo de enfermeros y asistentes llevaron a Horacio al hospital donde lo curaron y le aplicaron una dolorosa pero imprescindible inyección antitetánica. De la herida no quedaron secuelas, pero sí un pleito que llegó hasta la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-

El fallo. Luego de analizar el fallo Ryan Tuccillo v. Cencosud S.A., cuya lúcida opinión fue redactada por el Juez Kiper, el lector podrá apreciar las similitudes que este veredicto tiene con Escola v Coca Cola. Veamos.-

i) Si el accidente se produjo a raíz de la explosión de una botella de bebida gaseosa, la empresa embotelladora es responsable.(26)

ii) La responsabilidad que se imputa, tiene origen en la creación de un riesgo, que comienza en el momento en el que el

producto elaborado es puesto a circular en el mercado con fines de lucro. Ese riesgo, dice el lúcido voto del Dr. KIPPER, debe ser soportado tanto por el fabricante como por los intermediarios involucrados en todo el proceso de comercialización que la cosa requiere hasta llegar a manos del consumidor. (27)

iii) El supermercado donde estalló la botella, también es responsable por el daño sufrido por la víctima. Todo comercio asume frente a sus clientes una obligación de garantía frente a los eventuales daños que en ellos pudieran ocurrir. Este deber de seguridad, que pesa sobre los establecimientos comerciales, y beneficia su clientela, es una derivación lógica del principio de Buena Fe establecido en el artículo 1198 del Código Civil. Pero además, analizado su contenido obligacional, la obligación de dar seguridad es de resultado, y no meramente una de medios. (28) Es decir, el deudor de esa prestación no se desobliga sino por el estricto cumplimiento de ella, o del sucedáneo en los términos del artículo 505 del Código Civil.

iv) Este fallo, guiado por la opinión del juez. Kiper, al igual que el analizado en sus días por el juez Traynor se hace cargo de la confianza que en los consumidores ejercen las grandes campañas publicitarias, sin las cuales la comercialización masiva de bienes y servicios, a los niveles en que hoy se desarrolla sería imposible. En todas las publicidades se destaca la seguridad, la calidad y el buen precio de los productos que se ofrecen. Los consumidores, desde luego, no tienen ninguna chance de constatar la veracidad de estas promociones; simplemente confían en quien las hace (Por eso LORENZETTI explica que las relaciones de consumo, en gran medida, se desarrollan a través de ofertas basadas en la apariencia y aceptaciones sostenidas por la confianza). La responsabilidad objetiva, obliga a los proveedores de bienes y servicios a honrar la confianza que han creado a través de los sistemas publicitarios en los que invierten millones de pesos. El veredicto, además de poner en cabeza del supermercado la obligación de mantener la seguridad dentro sus establecimientos, agrega que si el producto tenía un defecto de fabricación, puede intentar acciones indemnizatorias de regreso contra

el fabricante. Pero primero debe satisfacer el reclamo del consumidor.
(29)

v) En Tuccillo también se discutió si un envase de vidrio puede o no ser considerado una ‘cosa riesgosa’. Una botella cargada de gas, si no está diseñada correctamente, o si tiene vicios en su fabricación se convierte en una cosa peligrosa que puede provocar daños que no ocurrirían si no tuviera vicios de elaboración.(30) Más aún: la explosión de una botella que contiene un líquido gaseoso es una circunstancia tan previsible que en la actualidad se venden en envases plásticos que evitan los accidentes, o minimizan sus consecuencias.

Conclusiones.

a) Lo primero que destaca en este caso, muy bien resuelto por cierto, son las similitudes con la sentencia americana en Gladys Escola v Coca-Cola. Sería bueno que en el futuro nuestra judicatura incluyera en sus decisorios un capítulo exclusivamente dedicado al Derecho comparado, donde se examinara las experiencias de otros países frente a casos similares. Los consumidores tienen problemas idénticos en todo el mundo, y muchas veces esos problemas ya fueron resueltos. El Derecho comparado es una herramienta inestimable. Por otra parte, los avances tecnológicos (la Internet, concretamente) permiten que un veredicto dictado por un juez francés, alemán, inglés o americano esté disponible on line, casi en simultáneo con la notificación de la sentencia a los litigantes. El requisito del doble idioma empieza a ser imprescindible para desempeñar cargos de tanta responsabilidad.

b) Otro de los puntos sobre los que vale la pena detenerse es sobre los montos indemnizatorios que se imponen en las sentencias. En Tuccillo, la condena con todos sus rubros, llegó al muy escaso monto de \$ 20,600(31) (recordemos que la sentencia fue dictada en tiempos en que la convertibilidad monetaria equiparaba en valor al dólar americano con el de nuestra moneda corriente, de manera tal que la condena fue de U\$ 20,600). La compañía Coca Cola es una de

las corporaciones más poderosas del planeta. No es la primera vez que una botella estalla y lastima a una persona. Desde el caso Escola, del año 1944, ha perdido todos los juicios que se han entablado en su contra por ese motivo. Sin embargo, su filial Argentina a fines del Siglo Veinte, sabiendo que no tenía ninguna chance jurídica de ganar, insiste en seguir adelante con el pleito. Cabe preguntarse, ¿por qué continúa con un juicio que sabe que va a perder? ¿Acaso no tiene dinero para conciliarlo en una negociación silenciosa y rápida? Es preciso abandonar la ingenuidad para tratar estos temas. Es necesario que los hombres de derecho definitivamente comprendan que las ecuaciones de costo-beneficio rigen en el mundo de los negocios. En síntesis: si litigar es barato, y la duración de los procesos es interminable (Tuccillo duró 6 años) y las indemnizaciones son bajas, las compañías van a seguir litigando y pagando ese bajo precio. Es mucho más caro desarrollar procesos de producción que hagan más seguros los productos. El ahorro de indemnizaciones aumenta la rentabilidad. La aplicación de Daños Punitivos es fundamental para romper la lógica de la ecuación nociva que indica que es más barato pagar un daño que evitarlo.

c) En defensa del fallo dictado en Tuccillo, hay que señalar que cuando se dictó la sentencia, todavía no se habían producido las importantes reformas legislativas que ocurrieron un tiempo después. Por caso, no existía la Ley 26.361 que incorporó la figura del Daño Punitivo a nuestro Derecho positivo (Artículo 52° bis de la Ley 24.240(32)). Habrá que esperar para ver cómo los tribunales utilizan esta valiosa herramienta que, básicamente, desvincula el monto de los resarcimientos del daño efectivamente padecido, permitiendo que los jueces apliquen sanciones que superen en mucho el valor del daño efectivamente producido.(33)

Conclusiones finales. Presento una síntesis de cómo funciona actualmente el régimen de responsabilidad en el Derecho del consumidor en nuestro país:

1) El artículo 40^a, LDC, es la norma sobre la que se organiza el sistema de reparación de daños en materia de relaciones de consumo;

2) Los legitimados activos para ejercer la acción de daños prevista en la norma son los consumidores y usuarios, y todo aquel expuesto a la relación de consumo. Esta legitimación amplia nos remite al artículo 1º, LDC (34); incluyendo a todas las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, que representen intereses individuales y colectivos;

3) El tercero expuesto a la relación de consumo (by stander), fue incorporado al artículo 1º de la LDC por la reforma de la Ley 26.361. Refiere a la persona que sin ser un adquirente de un bien, o el suscriptor de un servicio, se ve afectado por una relación de consumo. La inclusión de esta figura en nuestro derecho positivo tiene gran importancia porque, en primer término amplia (casi al infinito) la categoría de sujetos que pueden ser considerados ‘consumidor’ y ‘usuario’; y, en segundo lugar, al by stander le corresponden todos los beneficios de la Ley 24.240(35);

4) La legitimación pasiva. El artículo 40 enuncia al productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Al mencionar al proveedor, se produce una inmediata remisión al artículo 2º, LDC(36) que es la norma que define quienes integran esta categoría de sujetos. Sin embargo, la lista de que enumera el artículo 2º supera la del artículo 40. Entiendo, entonces, que la enunciación del artículo 40^a no es taxativa sino meramente enunciativa, permitiendo que algunos sujetos no incluidos también sean sujetos pasivos de una eventual acción de daños.(37)

5) El factor de atribución de responsabilidad que rige en este microsistema legal es objetivo. Solución a la que se arriba porque, conforme lo dispone el artículo 40º Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

La única eximente prevista para eximirse de responsabilidad es la ruptura del nexo causal o, lo que viene a ser lo mismo, la ‘culpa ajena’.

6) Cargas probatorias. Si bien no hay un cambio expreso respecto del principio general que obliga a probar a quien invoca un derecho afectado, en las relaciones de consumo este principio está extremadamente debilitado. La ausencia de pruebas contundentes por parte del consumidor, no libera en forma automática al proveedor. La reforma de la Ley 26.361, mediante la incorporación del artículo 53°(38), obliga a los proveedores a aportar todas las pruebas que disponga y sean conducentes para el esclarecimiento de los hechos. (Cabe agregar que los proveedores disponen de casi todas esas pruebas. Por regla, quien incumplió una obligación es el principal tenedor de los rastros probatorios que permitan investigar ese incumplimiento) Dicho en otras palabras: el proveedor que omite presentar pruebas que necesariamente deben estar en su poder, crea un fuerte indicio a favor de los hechos invocados por el consumidor que, a la postre, será determinante para el dictado de la sentencia. La doctrina, en general, se rehúsa a ver en este artículo una inversión de las cargas probatorias, señalando que se trata de un deber de colaboración, o una obligación agravada de prueba en cabeza del proveedor.(39) No obstante, el efecto inmediato de esa colaboración forzada por la ley determina una alteración de las obligaciones probatorias que les corresponden a cada uno de los litigantes. A mi modo de ver, el artículo 53° LDC consagra legalmente el principio de las cargas probatorias dinámicas que ya había sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia prevaleciente.

7) La obligación de reparar que establece el 40ª LDC es solidaria; el consumidor afectado puede ejercer la acción indemnizatoria contra cualquiera de los sujetos pasivos mencionados en el punto 4).

8) Sin perjuicio de lo manifestado en el punto anterior, cada uno de los legitimados pasivos conserva para sí la acción de repetición contra los otros obligados.-

9) La prescripción de las acciones previstas en la Ley de defensa del consumidor opera a los tres años, conforme lo establece el artículo 53°.

10) La Ley 24.240 unifica el sistema de responsabilidad, superando la división entre responsabilidad contractual y extracontractual.-

Referencias Bibliográficas

(1) Es abogado (UBA), especialista en relaciones de consumo. Es Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos), y en diversas cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado et al, “La Responsabilidad Objetiva: El artículo 1113 del Código Civil”. Ediciones Jurídicas de Cuyo. En 2009 publicó “La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado”. Ed. Universidad. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor. Ha disertado en diversas conferencias y seminarios sobre el tema. Las críticas y comentarios que el lector quiera hacer sobre el contenido de este artículo serán muy bien recibidos en fernandoshina@gmail.com

(2)Gladys Escola v Coca Cola, Corte Suprema de California, 24, California, 2ºd 453, 1944.

(3)Nota del autor: El caso se presenta como una versión libre que pretende por un lado su estudio y comprensión, pero también el mero entretenimiento derivado de su lectura. No obstante, los criterios jurídicos seguidos por los tribunales extranjeros fueron respetados, incluyendo las citas en su idioma original. Asimismo, todos los casos presentados en este trabajo están rigurosamente identificados con su nomenclatura oficial para facilitar su búsqueda al lector interesado.

(4) Texto del fallo original: Plaintiff, a waitress in a restaurant, was injured when a bottle of Coca Cola broke in her hand. She alleged that defendant company, which had bottled and delivered the alleged defective bottle to her employer, was negligent in selling "bottles containing said beverage which on account of excessive pressure of gas or by reason of some defect in the bottle was dangerous ... and likely to explode." This appeal is from a judgment upon a jury verdict in favour of plaintiff. Defendant's driver delivered several cases of Coca Cola to the restaurant, placing them on the floor, one on top of the other, under and behind the counter, where they remained at least thirty-six hours. Immediately before the accident, plaintiff picked up the top case and set it upon a near-by ice cream cabinet in front of and about three feet from the refrigerator. She then proceeded to take the bottles from the case with her right hand, one at a time, and put them into the refrigerator. Plaintiff testified that after she had placed three bottles in the refrigerator and had moved the fourth bottle about eighteen inches from the case "it exploded in my hand." The bottle broke into two jagged pieces and inflicted a deep five-inch cut, severing blood vessels, nerves and muscles of the thumb and palm of the hand.... One of defendant's drivers, called as a witness by plaintiff, testified that he had seen other bottles of Coca Cola in the past explode and had found broken bottles in the warehouse when he took the cases out, but that he did not know what made them blow up. Plaintiff then rested her case, having announced to the court that being unable to show any specific acts of negligence she relied completely on the doctrine of *res ipsa loquitur*.

(5) Texto del fallo original: *Res ipsa loquitur* does not apply unless (1) defendant had exclusive control of the thing causing the injury and (2) the accident is of such a nature that it ordinarily Page 24 Cal.2d 458 would not occur in the absence of negligence by the defendant. (*Honea v. City Dairy, Inc.*, 22 Cal.2d 614, 616-617 (140 P.2d 369), and authorities there cited; cf. *Hinds v. Wheadon*, 19 Cal.2d 458, 461 (121 P.2d 724); *Prosser on Torts* (1941), 293-301.) (2) Many authorities state that the happening of the accident does not speak for itself where it took place some time after defendant had relinquished

control of the instrumentality causing the injury. Under the more logical view, however, the doctrine may be applied upon the theory that defendant had control at the time of the alleged negligent act, although not at the time of the accident, provided plaintiff first proves that the condition of the instrumentality had not been changed after it left the defendant's possession. (See cases collected in *Honea v. City Dairy, Inc.*, 22 Cal.2d 614, 617-618 (140 P.2d 369).) (3) As said in *Dunn v. Hoffman Beverage Co.*, 126 N.J.L. 556 (20 A.2d 352, 354), "defendant is not charged with the duty of showing affirmatively that something happened to the bottle after it left its control or management; ... to get to the jury the plaintiff must show that there was due care during that period." Plaintiff must also prove that she handled the bottle carefully. The reason for this prerequisite is set forth in *Prosser on Torts*, supra, at page 300, where the author states: "Allied to the condition of exclusive control in the defendant is that of absence of any action on the part of the plaintiff contributing to the accident. Its purpose, of course, is to eliminate the possibility that it was the plaintiff who was responsible.

(6) *Texto del fallo original:* (9) It thus appears that there is available to the industry a commonly-used method of testing bottles for defects not apparent to the eye, which is almost infallible. Since Coca Cola bottles are subjected to these tests by the manufacturer, it is not likely that they contain defects when delivered to the bottler which are not discoverable by visual inspection. Both new and used bottles are filled and distributed by defendant. The used bottles are not again subjected to the tests referred to above, and it may be inferred that defects not discoverable by visual inspection do not develop in bottles after they are manufactured. Obviously, if such defects do Page 24 Cal.2d 461 occur in used bottles there is a duty upon the bottler to make appropriate tests before they are refilled, and if such tests are not commercially practicable the bottles should not be re-used. This would seem to be particularly true where a charged liquid is placed in the bottle. It follows that a defect which would make the bottle unsound could be discovered by reasonable and practicable tests. Although it is not clear in this case whether the explosion was caused

by an excessive charge or a defect in the glass, there is a sufficient showing that neither cause would ordinarily have been present if due care had been used. Further, defendant had exclusive control over both the charging and inspection of the bottles. Accordingly, all the requirements necessary to entitle plaintiff to rely on the doctrine of *res ipsa loquitur* to supply an inference of negligence are present. (10) It is true that defendant presented evidence tending to show that it exercised considerable precaution by carefully regulating and checking the pressure in the bottles and by making visual inspections for defects in the glass at several stages during the bottling process. It is well settled, however, that when a defendant produces evidence to rebut the inference of negligence which arises upon application of the doctrine of *res ipsa loquitur*, it is ordinarily a question of fact for the jury to determine whether the inference has been dispelled. (*Druzanich v. Criley*, 19 Cal.2d 439, 444 (122 P.2d 53); *Michener v. Hutton*, 203 Cal. 604, 610 (265 P. 238, 59 A.L.R. 480).) The judgment is affirmed.

(7) Texto del fallo original: I concur in the judgment, but I believe the manufacturer's negligence should no longer be singled out as the basis of a plaintiff's right to recover in cases like the present one. In my opinion it should now be recognized that a manufacturer incurs an absolute liability when an article that he has placed on the market, knowing that it is to be used without inspection, proves to have a defect that causes injury to human beings. *McPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382 (111 N.E. 1050, Ann.Cas. 1916C 440, L.R.A. 1916F 696), established the principle, recognized by this court, that irrespective of privity of contract, the manufacturer is responsible Page 24 Cal.2d 462 for an injury caused by such an article to any person who comes in lawful contact with it. (*Sheward v. Virtue*, 20 Cal.2d 410 (126 P.2d 345); *Kalash v. Los Angeles Ladder Co.*, 1 Cal.2d 229 (34 P.2d 481).)

(8) Texto del fallo original: In these cases the source of the manufacturer's liability was his negligence in the manufacturing process or in the inspection of component parts supplied by others.

Even if there is no negligence, however, public policy demands that responsibility be fixed wherever it will most effectively reduce the hazards to life and health inherent in defective products that reach the market. It is evident that the manufacturer can anticipate some hazards and guard against the recurrence of others, as the public cannot. Those who suffer injury from defective products are unprepared to meet its consequences.

(9) Texto del fallo original: The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business. It is to the public interest to discourage the marketing of products having defects that are a menace to the public. If such products nevertheless find their way into the market it is to the public interest to place the responsibility for whatever injury they may cause upon the manufacturer, who, even if he is not negligent in the manufacture of the product, is responsible for its reaching the market. However intermittently such injuries may occur and however haphazardly they may strike, the risk of their occurrence is a constant risk and a general one. Against such a risk there should be general and constant protection and the manufacturer is best situated to afford such protection.

(10) Texto del fallo original: An injured person, however, is not ordinarily in a position to refute such evidence or identify the cause of the defect, for he can hardly be familiar with the manufacturing process as the manufacturer himself is. In leaving it to the jury to decide whether the inference has been dispelled, regardless of the evidence against it, the negligence rule approaches the rule of strict liability. It is needlessly circuitous to make negligence the basis of recovery and impose what is in reality liability without negligence. If public policy demands that a manufacturer of goods be responsible for their quality regardless of negligence there is no reason not to fix that responsibility openly.

(11) La impronta del Juez Benjamin Cardozo. (1916).El dilema que debemos resolver en este asunto es si el deber de seguridad, control y vigilancia del fabricante desaparece una vez que entregó la cosa a su inmediato adquirente... (Benjamin Cardozo) En el caso anterior pudimos ver cómo Ralph Winterbotton no pudo reclamar ninguna indemnización por el daño que había padecido. El fracaso de su intento fue la existencia de una doctrina jurídica, que hoy parece muy vieja, pero que en el siglo diecinueve era indiscutida. Como ya fuera visto, este pensamiento establecía que únicamente procedían los reclamos y las indemnizaciones entre los sujetos firmantes de un contrato. Quien no era parte de un contrato, no podía exigir nada de ese contrato. Esta teoría, que resultó muy apropiada en el pasado, con el correr de los tiempos se fue debilitando. A partir de las primeras décadas del siglo veinte, sobre todo luego de la aparición del automóvil, la industria ha tenido un desarrollo asombroso. Lo mismo ocurrió con los canales de comercialización que comenzaban a ser pensados y diseñados para lograr la venta masiva de productos. Todos estos avances del derecho comercial han modificado los procesos de producción en nuestros días, en la fabricación de un producto rara vez intervenga un solo fabricante. Por el contrario, lo más común es que cada parte de un vehículo sea producida o ensamblada o testada por una empresa diferente. Sin embargo, el adquirente final de la cosa (el consumidor o usuario de ese producto) solamente firma un contrato con una persona que es responsable de garantizarle la buena calidad de todo el producto, por más que algunas partes hayan sido producidas por distintos proveedores. No parece dudoso afirmar que si el señor Winterbotton hubiera nacido en nuestros días, o al menos 80 años después de su verdadero nacimiento, podría haber entablado una demanda exitosa contra el Correo Central de su país, contra el fabricante del carruaje, contra el vendedor del carruaje y, eventualmente, contra la Dirección Nacional de Vialidad, de haber demostrado que el accidente ocurrió a causa de que la ruta no estaba transitable, o no cumplía las normas de seguridad exigidas por la ley moderna. También la industria jurídica se hizo más sofisticada, hay que admitirlo. (Fernando SHINA. Del Privity of Contract al Contrato

conexo: 150 años de evolución en la Teoría General de los Contratos. Breve ensayo de Derecho comparado. Fuente: elDial - DC1503)

(12) Texto del fallo original: The liability of the manufacturer to an immediate buyer injured by a defective product follows without proof of negligence from the implied warranty of safety attending the sale. Ordinarily, however, the immediate buyer is a dealer who does not intend to use the product himself, and if the warranty of safety is to serve the purpose of protecting health and safety it must give rights to others than the dealer. In the words Page 24 Cal.2d 465 of Judge Cardozo in the McPherson case: "The dealer was indeed the one person of whom it might be said with some approach to certainty that by him the car would not be used. Yet, the defendant would have us say that he was the one person whom it was under a legal duty to protect. The law does not lead us to so inconsequent a solution." While the defendant's negligence in the McPherson case made it unnecessary for the court to base liability on warranty, Judge Cardozo's reasoning recognized the injured person as the real party in interest and effectively disposed of the theory that the liability of the manufacturer incurred by his warranty should apply only to the immediate purchaser. It thus paves the way for a standard of liability that would make the manufacturer guarantee the safety of his product even when there is no negligence.

(13) Texto del fallo original: As handicrafts have been replaced by mass production with its great markets and transportation facilities, the close relationship between the producer and consumer of a product has been altered. Manufacturing processes, frequently valuable secrets, are ordinarily either inaccessible to or beyond the ken of the general public. The consumer no longer has means or skill enough to investigate for himself the soundness of a product, even when it is not contained in a sealed package, and his erstwhile vigilance has been lulled by the steady efforts of manufacturers to build up confidence by advertising and marketing devices such as trade-marks.

(14) Texto del fallo original: Consumers no longer approach products warily but accept them on faith, relying on the reputation of the manufacturer or the trade mark. (See *Max Factor & Co. v. Kunsman*, 5 Cal.2d 446, 463 (55 P.2d 177); *Old Dearborn etc. Co. v. Seagram-Distillers Corp.*, 299 U.S. 183 (57 S.Ct. 139, 81 L.Ed. 109, 106 A.L.R. 1476); Schechter, *The Rational Basis of Trade Mark Protection*, 40 *Harv.L.Rev.* 813, 818.) Manufacturers have sought to justify that faith by increasingly high standards of inspection and a readiness to make good on defective products by way of replacements and refunds. (See Bogert and Fink, *Business Practices Regarding Warranties In The Sale Of Goods*, 25 *Ill.L.Rev.* 400.) The manufacturer's obligation to the consumer must keep pace with the changing relationship between them; it cannot be escaped because the marketing of a product has become so complicated as to require one or more Page 24 Cal.2d 468 intermediaries. Certainly there is greater reason to impose liability on the manufacturer than on the retailer who is but a conduit of a product that he is not himself able to test. (See Soule, *Consumer Protection*, 4 *Encyclopedia of The Social Sciences*, 282; Feezer, *Manufacturer's Liability For Injuries Caused By His Products: Defective Automobiles*, 37 *Mich.L.Rev.* 1; Llewellyn, *Cases And Materials on Sales*, 340 et seq.)

(15) *Greenman v Yuba Power Products*, 59 California, 2º d 57, 1963. El texto que se presenta es una versión libre del caso real y ha sido preparado con fines didácticos. Sin embargo, los fundamentos del fallo no fueron alterados y constituyen el pensamiento del tribunal que dictó la sentencia. El caso completo puede encontrarse en cientos de páginas de Internet, dónde también podrá encontrarse el texto original del veredicto. Se trata de un caso muy famoso al que se puede acceder fácilmente a través de cualquiera de los buscadores de Internet.

(16) Nota del autor: El caso se presenta como una versión libre que pretende por un lado su estudio y comprensión, pero también el mero entretenimiento derivado de su lectura. No obstante, los criterios jurídicos seguidos por los tribunales extranjeros fueron respetados,

incluyendo las citas en su idioma original. Asimismo, todos los casos presentados en este trabajo están rigurosamente identificados con su nomenclatura oficial para facilitar su búsqueda al lector interesado.

(17) Texto del fallo original: After a trial before a jury, the court ruled that there was no evidence that the retailer was negligent or had breached any express warranty and that the manufacturer was not liable for the breach of any implied warranty. Accordingly, it submitted to the jury only the cause of action alleging breach of implied warranties against the retailer and the causes of action alleging negligence and breach of express warranties against the manufacturer. The jury returned a verdict for the retailer against plaintiff and for plaintiff against the manufacturer in the amount of \$65,000. The trial court denied the manufacturer's motion for a new trial and (59 Cal.2d 60) entered judgment on the verdict. The manufacturer and plaintiff appeal. plaintiff seeks a reversal of the part of the judgment in favor of the retailer, however, only in the event that the part of the judgment against the manufacturer is reversed.

(18) Texto del fallo original: Plaintiff introduced substantial evidence that his injuries were caused by defective design and construction of the Shopsmith. His expert witnesses testified that inadequate set screws were used to hold parts of the machine together so that normal vibration caused the tailstock of the lathe to move away from the piece of wood being turned permitting it to fly out of the lathe. They also testified that there were other more positive ways of fastening the parts of the machine together, the use of which would have prevented the accident. The jury could therefore reasonably have concluded that the manufacturer negligently constructed the Shopsmith. The jury could also reasonably have concluded that statements in the manufacturer's brochure were untrue, that they constituted express warranties, (1) and that plaintiff's injuries were caused by their breach

(19) Texto del fallo original: Moreover, to impose strict liability on the manufacturer under the circumstances of this case, it was not

necessary for plaintiff to establish an express warranty as defined in section 1732 of the Civil Code. (2) (6) A manufacturer is strictly liable in tort when an article he places on the market, knowing that it is to be used without inspection for defects, proves to have a defect that causes injury to a human being. Recognized first in the case of unwholesome food products, such liability has now been extended to a variety of other products that create as great or greater hazards if defective. (*Peterson v. Lamb Rubber Co.*, 54 Cal.2d 339, 347 (5 Cal.Rptr. 863, 353 P.2d 575) (grinding wheel); *Vallis v. Canada Dry Ginger Ale, Inc.*, 190 Cal.App.2d 35, 42-44 (11 Cal.Rptr. 823) (bottle); *Jones v. Burgermeister Brewing Corp.*, 198 Cal.App.2d 198, 204 (18 Cal.Rptr. 311) (bottle); *Gottsdanker v. Cutter Laboratories*, 182 Cal.App.2d 602, 607 (6 Cal.Rptr. 320) (vaccine); *McQuaide v. Bridgeport Brass Co.*, 190 F. Supp. 252, 254 (insect spray); *Bowles v. Zimmer Manufacturing Co.*, 277 F. 2d 868, 875 (surgical pin); *Thompson v. Reedman*, 199 F. Supp. 120, 121 (automobile); *Chapman v. Brown*, 198 F. Supp. 78, 118, 119, *affd.* *Brown v. Chapman*, 304 F. 2d 149 (skirt); *B. F. Goodrich Co. v. Hammond*, 269 F. 2d 501, 504 (automobile tire); *Markovich v. McKesson & Robbins, Inc.*, 106 Ohio App. 265 (149 N.E. 2d 181, 186-188) (59 Cal.2d 63) (home permanent); *Graham v. Bottenfield's, Inc.*, 176 Kan. 68 (269 P.2d 413, 418) (hair dye); *General Motors Corp. v. Dodson*, 47 Tenn.App. 438 (338 S.W. 2d 655, 661) (automobile); *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358 (161 A. 2d 69, 76-84, 75 A.L.R. 2d 1) (automobile); *Hinton v. Republic Aviation Corp.*, 180 F. Supp. 31, 33 (airplane).)

(20) Texto del fallo original: Although in these cases strict liability has usually been based on the theory of an express or implied warranty running from the manufacturer to the plaintiff, the abandonment of the requirement of a contract between them, the recognition that the liability is not assumed by agreement but imposed by law (see e.g., *Graham v. Bottenfield's, Inc.*, 176 Kan. 68 (269 P.2d 413, 418); *Rogers v. Toni Home Permanent Co.*, 167 Ohio St. 244 (147 N.E. 2d 612, 614, 75 A.L.R. 2d 103); *Decker & Sons v. Capps*, 139 Tex. 609, 617 (164 S.W. 2d 828, 142 A.L.R. 1479)), and the refusal to permit the

manufacturer to define the scope of its own responsibility for defective products (*Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358 (161 A. 2d 69, 84-96, 75 A.L.R. 2d 1); *General Motors Corp. v. Dodson*, 47 Tenn.App. 438 (338 S.W. 2d 655, 658-661); *State Farm Mut. Auto Ins. Co. v. Anderson-Weber, Inc.*, 252 Iowa 1289 (110 N.W. 2d 449, 455-456); *Pabon v. Hackensack Auto Sales, Inc.*, 63 N.J. Super. 476 (164 A. 2d 773, 778); *Linn v. Radio Center Delicatessen*, 169 Misc. 879 (6 N.Y.S. 2d 110, 112)) make clear that the liability is not one governed by the law of contract warranties but by the law of strict liability in tort.

(21) Texto del fallo original: We need not canvass the reasons for imposing strict liability on the manufacturer. They have been fully articulated in the cases cited above. (See also 2 Harper and James, *Torts*, §§ 28.15-28.16, pp. 1569-1574; Prosser, *Strict Liability to the Consumer*, 69 *Yale L.J.* 1099; *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 *Cal.2d* 453, 461 (150 P.2d 436), concurring opinion.) (9 The purpose of such liability is to insure that the costs of injuries resulting from defective products are borne by the manufacturers that put such products on the market rather than by the injured persons who are powerless to protect themselves.) Sales warranties serve this purpose (59 *Cal.2d* 64) fitfully at best. (See Prosser, *Strict Liability to the Consumer*, 69 *Yale L.J.* 1099, 1124-1134.)

(22) Texto del fallo original: Implicit in the machine's presence on the market, however, was a representation that it would safely do the jobs for which it was built. Under these circumstances, it should not be controlling whether plaintiff selected the machine because of the statements in the brochure, or because of the machine's own appearance of excellence that belied the defect lurking beneath the surface, or because he merely assumed that it would safely do the jobs it was built to do. It should not be controlling whether the details of the sales from manufacturer to retailer and from retailer to plaintiff's wife were such that one or more of the implied warranties of the sales act arose. (*Civ. Code*, § 1735.

(23) Texto del fallo original: To establish the manufacturer's liability it was sufficient that plaintiff proved that he was injured while using the Shopsmith in a way it was intended to be used as a result of a defect in design and manufacture of which plaintiff was not aware that made the Shopsmith unsafe for its intended use.

(24) Nota del Autor: Cámara Nacional Civil, sala H, del 26 de marzo de 1997. El fallo fue tomado de Jorge MOSSETTURRASPE. Defensa del Consumidor. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1998, página 111 y siguientes.

(25) Nota del Autor: El texto que se presenta es una versión libre del caso real y ha sido preparado con fines didácticos. Sin embargo, los fundamentos del fallo no fueron alterados y constituyen el pensamiento del tribunal que dictó la sentencia.

(26) Texto del fallo original: Si el accidente se produjo con una botella de bebida gaseosa, existe por parte de la empresa embotelladora una responsabilidad extracontractual con fundamento en un factor de atribución objetivo, encuadrado en el artículo 1113 del Código Civil que consagra el deber de responder por los daños causados por el vicio de las cosas, como así también por las circunstancias de haber creado un riesgo al lanzar al mercado un producto defectuoso.

(27) Texto del fallo original: Del Voto del Dr. Kiper... La producción moderna plantea, globalmente, riesgos propios, tanto para el productor –empresario o fabricante – como para el consumidor. Y entonces justo es señalar que el productor, al menos en una economía de mercado relativamente libre, carga con riesgos económicos y, a la vez, debe asumir los riesgos técnicos que la producción involucra. El consumidor, por su parte, soporta un riesgo inherente al uso o consumo de productos elaborados. Ahora bien, soporta el riesgo pero no lo crea. Éste ha sido creado por la puesta en el comercio del producto defectuoso y ello conduce inexorablemente a la conclusión de que, si bien el consumidor soporta riesgos en razón del uso o consumo de los productos elaborados, no debe soportar los daños

que, por vicios o defectos de fabricación o construcción, deficiente información, etcétera, sufre en su persona u otros bienes... Generalmente la responsabilidad se imputa tanto al fabricante como a los comerciantes intermediarios, incluidos los importadores... (El subrayado es propio).

(28) Texto del fallo original: Del Voto del Dr. Kiper: Establecido el carácter contractual de la responsabilidad... la obligación de garantía – de resultado – asumida por el hipermercado frente al damnificado, trona irrelevante toda consideración acerca del carácter vicioso o riesgoso de la cosa o si las botellas eran acomodadas en la góndola por personal del supermercado o por repositores contratados por la propia embotelladora.

(29) Texto del fallo original: Voto del Dr. Kiper: El consumidor contrata con el hipermercado y confía en la calidad de los productos y en el correcto tratamiento que reciben. Cuando se observa en la televisión una de las tantas propagandas que realizan las grandes cadenas de supermercados, la publicidad en general hace hincapié en la calidad, la variedad, la comodidad y el precio. Pues bien, eso es lo que tiene que garantizar, ello sin perjuicio de que si quedó demostrado el vicio de fabricación de que adolecía el producto lanzado al mercado consumidor, pueda eventualmente ejercer una acción de reintegro contra el elaborador... Además, se debe garantizar la seguridad del consumidor dentro del establecimiento.

(30) Texto del fallo original: Voto del Dr. Kiper: No hay cosas peligrosas o no peligrosas en sí, sino que la tal peligrosidad depende de una situación jurídica integrada por la cosa y la particular circunstancia en que se originó el daño... En el caso, la forma en que sucedieron los hechos demuestra claramente que la botella actuó como una cosa riesgosa. En efecto, ya sea por un defecto en el envase, por la manipulación que sufrió la botella con anterioridad que pudo generar un debilitamiento del material o un exceso de la presión, lo cierto es que cuando el actor toma la botella confiando en que, como

sucede a diario, nada le iba a pasar explotó y le produjo un corte del tendón del dedo índice de su mano derecha.

(31) Texto del fallo original: a) Revocar la sentencia y hacer lugar a la demanda condenando en forma recurrente...b) Fijar los siguientes montos indemnizatorios: incapacidad permanente \$ 8,000; daño moral \$ 4,000; gasto de traslado \$ 600; daño estético \$ 1,000 y lucro cesante \$ 7,000.

(32)Art. 52 bis Ley 24.240: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

(33) Sobre este tema particular ver Fernando SHINA Los Daños Punitivos en el Derecho Argentino. Experiencia del Derecho Comparado. Publicado en elDial.com., el 4 de marzo de 2011 (Cita: DC 1537).

(34)Art. 1° Ley 24.240: Objeto.Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en

beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

(35) Quien utiliza un bien como destinatario final, aunque no haya participado directamente en la relación de consumo, tiene las garantías propias del derecho de defensa del consumidor y del usuario, pues para la ley es indiferente que haya o no relación contractual, ya que la tutela al consumidor es independiente no sólo de la ‘relación de consumo’ (noción más amplia que el ‘contrato de consumo’) sino de la existencia de cualquier vinculación entre el proveedor y consumidor. (FARINA. Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2008, página43).

(36)Art. 2º Ley 24.240: Proveedor. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

(37) Por caso, el constructor no aparece en la nómina, pero creemos que debe ser incluido, especialmente porque el art. 40 alude expresamente al ‘proveedor’, vocablo que debe ser entendido sistemáticamente, en conexión con el alcance que brinda el art. 2º reformado por la ley 26.361, por lo cual concluimos que la referencia a los legitimados pasivos tiene carácter enunciativo. (Carlos HERNÁNDEZ y Sandra FRUSTAGLI, en Ley deDefensa del Consumidor Tomo 1. PICASSO – VAZQUEZ FERREYRA. Ed. La Ley, año 2009, página 509).

(38)Art. 53 Ley 24.240: Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de

la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado. Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación. Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

(39) No se nos escapa que –por vía de hipótesis- podría considerarse que, en realidad, el art. 53, LDC, consagra la teoría de las cargas probatorias dinámicas...Dicha afirmación, en nuestro criterio, sería desacertada. En efecto, la disposición en comentario únicamente pone en cabeza del proveedor el deber de aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentren en su poder, pero no determina que recaer sobre él la carga de producir la prueba pertinente. En consecuencia no se trata de un supuesto de inversión de la carga de la prueba sino, únicamente de un deber agravado que se establece en cabeza del proveedor de bienes y servicios. Cabe destacar, asimismo, que el incumplimiento del deber de conducta y colaboración en materia probatoria no tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, sino, como ya hemos dicho, un indicio a favor de los hechos invocados por el consumidor. (Luis SÁENZ y Rodrigo SILVA, en PICASSO – VÁZQUEZ FERREYRA. La ley de Defensa del Consumidor Tomo 1. Ed. La Ley, año 2009, página 670).

El artículo 48 de la Ley de Defensa del Consumidor. Los peligros de una norma que no se usa

por Fernando Shina

Disponible en: <https://ar.microjuris.com/>

Cita online: MJD5302

[Consultado el: 14/07/2021]

Sumario:

I. Introducción. II. Denuncia maliciosa y denuncia sin justa causa. III. La cuestión en el derecho comparado. IV. Conclusiones.

I. Introducción.

El artículo 48 LDC, norma sobre la que la doctrina casi no se ha ocupado, contiene una disposición curiosa dentro de un estatuto cuyo objetivo es, como lo establece su artículo 1, la defensa del consumidor o usuario. Veamos el texto legal:

"Art. 48 Denuncias maliciosas - Quienes presentaren denuncias maliciosas o sin justa causa ante la autoridad de aplicación, serán sancionados según lo previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior, sin perjuicio de las que pudieren corresponder por aplicación de las normas civiles y penales".

O sea, aquella persona que formule ante la autoridad de aplicación una denuncia "maliciosa" o sin "justa causa" puede ser sancionada con multas que van desde el apercibimiento hasta los \$ 5.000.000, conforme lo establece el artículo 47 LDC.

(Según la redacción de la norma, su aplicación se refiere exclusivamente a los reclamos efectuados ante la Administración) (énfasis), conclusión a la que arribo porque en el capítulo XIII de la Ley 24.240, cuyos artículos 52 a 54 tratan sobre las acciones judiciales no incluyen el tipo previsto en el artículo que examino. Este tratamiento diverso entre ambas sedes plantea una cuestión de suma importancia, y entiendo que el legislador no le ha dado una correcta solución. En primer lugar, es preciso recordar que las denuncias radicadas ante la autoridad de aplicación administrativa se pueden realizar sin la asistencia de un letrado patrocinante; el informalismo y también la gratuidad del procedimiento previsto en la Ley 24.240 permiten que cualquier usuario o consumidor pueda presentar el reclamo con mínimos requisitos formales para su procedencia. Esta situación es inversa en la sede judicial, en donde el accionante debe, obligatoriamente, presentarse con asistencia de letrado patrocinante o apoderado legal. En otras palabras, se genera una incongruencia que perjudica al consumidor, porque (una persona que promueve un reclamo sin patrocinio legal puede ser castigada con una figura legal que no le es aplicable a quien recurre ante la Justicia con defensores profesionales) (énfasis). He aquí el primero, y quizás el más grave de los peligros de esta norma. Se trata de manera más severa al reclamante que no tiene asistencia profesional que al que sí cuenta con ese patrocinio. Antes de presentar otros desacuerdos con la norma, quiero manifestar que la solución propuesta en el estatuto consumerista está invertida. Porque, en todo caso, son las presentaciones hechas con intervención de un profesional del derecho las que deben ser sometidas al examen de malicia y falta de causa.

Más allá de la inagotable casuística, y de reconocer que en los años que llevo asesorando a la Dirección General de Defensa al Consumidor de la provincia del Chubut nunca apliqué esta norma, entiendo que una persona sin conocimientos jurídicos no puede determinar cuándo su denuncia corre peligro de ser evaluada por la autoridad de aplicación como maliciosa, y muchos menos en qué casos podrá ser considerada como una denuncia sin justa causa. Todo ello se agrava más si, como ocurre en muchas jurisdicciones

provinciales, la propia autoridad de aplicación de la Ley 24.240 no es experta en derecho. Piense el lector en este entuerto mayúsculo. Una persona (el consumidor) lega en derecho presenta una denuncia administrativa que será analizada por otra persona (la Autoridad de Aplicación designada) que probablemente tampoco tenga conocimientos de la ciencia jurídica. Por su parte, el proveedor denunciado en la mayoría de los casos se presenta con la asistencia de un profesional de la abogacía que conduce su defensa. Esta asimetría, de conocimientos y preparación específica, termina siendo una seria desventaja para los consumidores y usuarios, porque no es infrecuente que las resoluciones administrativas condenatorias no sean convalidadas por el Poder Judicial por carecer de una sólida base jurídica. Ergo, me permite esta breve digresión antes de continuar con el tema específico propuesto. Para el buen funcionamiento de la Ley 24.240, es absolutamente necesario que la designación de la autoridad de aplicación administrativa, realizada por los distintos gobiernos nacionales o provinciales, esté sujeta a requisitos similares a los exigidos para el nombramiento de los jueces de la Nación; esto es, tener título de abogado, y un tiempo mínimo de ejercicio profesional. No es posible que una persona sin conocimientos de derecho sea designada antojadizamente como autoridad de aplicación de una ley tan compleja e importante. Permitir que funcionarios improvisados, sin la preparación adecuada, detenten cargos de tanta responsabilidad y exigencia técnica perjudica a los consumidores y usuarios del país, y pone en peligro un derecho de rango constitucional. Ello, sin reflexionar más profundamente sobre el endémico nepotismo con el que los distintos gobiernos maltratan a la república desde hace muchas décadas.

Pero volviendo a la norma en análisis, también adolece de otros problemas que se suman a los ya expuestos. ¿Qué pasaría si los defensores de los proveedores denunciados, generalmente grandes corporaciones transnacionales, comienzan a utilizar esta figura para defenderse de los reclamos que contra ellos se persiguen desde la sede administrativa? ¿Cómo podrían quedar ilesos los usuarios, sin ningún patrocinio letrado, frente a un ataque procesal llevado a cabo por los

mejores estudios jurídicos que esas corporaciones pueden contratar? ¿Si en su descargo el proveedor denunciado interpone una defensa basada en la acusación de que su contraparte actuó maliciosamente, la autoridad de aplicación debería correrle traslado al denunciante? Este último interrogante abre la puerta a un problema muy grave, porque aun sin compartir esa postura, buena parte de la doctrina sostiene que una vez agotada la etapa conciliatoria, el denunciante no es parte en el proceso, debiendo intervenir oficiosamente la autoridad de aplicación y el proveedor denunciado (1). Es decir, que frente a una acusación de malicia procesal o falta de causa, el denunciante ni siquiera podría defenderse, o debería hacerlo sin patrocinio letrado, o debería contratar un abogado o aceptar que sea la propia autoridad de aplicación quien asuma su defensa. Todas estas soluciones son absurdas, pero demuestran lo desatinado que resulta esta norma en su actual redacción. El artículo 48 LDC es, en verdad, una norma que tiene poca utilidad y no cumple ningún objetivo de importancia. Pero, sin embargo, puede resultar peligrosa para los consumidores, sobre todo porque establece dos tipos diferentes que, equivocadamente, el legislador trata de la misma manera, permitiendo que las consecuencias legales sean idénticas en ambos casos. De eso me voy a ocupar en el apartado que sigue.

II. Denuncia maliciosa y denuncia sin justa causa.

La denuncia maliciosa se caracteriza por la existencia de un elemento subjetivo. Se perfecciona con la intención que el denunciante inescrupuloso debe tener de perjudicar al proveedor denunciado (2). En otras palabras, es un tipo legal que para consumarse requiere de una actividad dolosa del agente (3). La exigencia de dolo -que naturalmente debe ser probado por quien formule la acusación- en parte protege a los consumidores, porque las probabilidades de probar que una persona inició un reclamo administrativo con malicia son muy bajas. De hecho, nunca he visto siquiera un intento de hacer progresar una defensa sustentada en el artículo 48.

No obstante, la norma contiene un segundo aspecto que, a mi juicio, es sumamente peligroso. El artículo describe un comportamiento que también puede ser imputado al reclamante: la denuncia sin "justa causa". Esta figura, que es completamente distinta a la denuncia maliciosa, lleva las mismas sanciones, como si fueran sinónimos o conceptos análogos. Lo cierto es que son situaciones diferentes que el legislador debió considerar por separado (en verdad, opino que no debió tratar ninguna de ambas, y sugiero la eliminación de esta norma de la Ley 24.240). Veamos las enormes diferencias que hay entre uno y otro tipo.

Es posible, y de hecho ocurre muchas veces, que una denuncia no tenga ni causa justa ni malicia. Es decir, puede darse la hipótesis de una presentación que no tenga la suficiente basa jurídica, pero que no haya sido presentada con la intención de perjudicar al proveedor o la de obtener un beneficio indebido. No veo que la situación descrita, que es muy habitual, sea merecedora de un castigo para el denunciante. Es suficiente con rechazar el reclamo incausado, sin necesidad de que se le añada una eventual sanción que puede llegar hasta los \$ 5.000.000. Es absolutamente inadecuado que una persona, sin conocimiento jurídico (la mayoría de los consumidores que hacen reclamos diariamente) pueda ser sancionada por no tener un razonamiento jurídico acertado. Veamos. Para que se perfeccione el tipo denominado denuncia sin justa causa, no se requiere que el agente haya actuado con dolo, alcanza con que su presentación no tenga una "justa causa". El jurista BERSTEN acierta cuando dice:

"Denuncias maliciosas son las efectuadas con el objeto de generar un perjuicio al proveedor, sin que existan razones ciertas en las que se funden. (Sin justa causa son aquellas que pueden carecer de intencionalidad pero que tampoco tienen asidero en el cual sustentar el pedido de aplicación de sanciones). El artículo 48 de la LDC dispone que quienes efectúen tales denuncias pueden ser objeto de la aplicación de sanciones de apercibimiento o de multa y sin perjuicio de las acciones civiles y penales que puedan corresponder" (4) (énfasis añadido).

Desafortunadamente, el legislador no advirtió que sin el elemento subjetivo del tipo, el artículo 48 se convierte en una trampa para el consumidor quien, de buena fe, puede quedar atrapado en una norma que establece sanciones rigurosas. Veamos otras cuestiones que tampoco fueron previstas por la ley ¿Quién determina la justicia de una causa? ¿Con qué parámetros debería realizarse ese análisis? ¿Qué test debe pasar una denuncia para no ser considerada incausada? ¿Cómo se prueba la inexistencia de una justa causa? ¿Qué capacidad de prueba puede tener una parte que no cuenta con asistencia letrada? ¿Toda denuncia desestimada por la autoridad de aplicación debe ser declarada sin justa causa? Estas cuestiones no han sido asumidas por la norma.

Un texto legal está destinado a resolver problemas generales que el legislador prevé. El parlamentario debe formularse por lo menos dos preguntas que debe resolver antes de redactar la norma: a) ¿cuál es la hipótesis de conflicto que la norma debe solucionar?; b) ¿cuáles son las consecuencias que se derivan de un texto legal? Entre el planteo abstracto del conflicto y la solución pensada para remediarlo debe haber un criterio razonable, el cual evite que los efectos colaterales del remedio resulten más graves que la situación crítica que pretende aliviar. Se trata de acertar en el diagnóstico del conflicto planteado, porque sin esa claridad de pensamiento todo el razonamiento se convierte en dogmático.

Determinar si un reclamo se ajusta al derecho vigente requiere interpretar normas, estudiar doctrina, y conocer criterios jurisprudenciales. Estimar si un reclamo administrativo, o una demanda judicial son atendibles es una tarea muy difícil que los letrados profesionales deben hacer antes de presentar la queja formalmente. No es algo que puedan hacer los consumidores. Puede ocurrir que ante un enojo, o la sensación de frustración propia de una relación de consumo fallida, el usuario realice un reclamo sin estudiar con profundidad el caso. Entre nosotros, el jurista FARINA llega a conclusiones similares, advirtiendo las deficiencias y los peligros que esta norma presupone (5). Se opone a la totalidad del sistema de

protección establecido a favor de los consumidores en la Ley 24.240. El artículo 48 LDC exige la existencia de dolo para sancionar a la denuncia maliciosa, pero permite una sanción igualmente severa cuando el consumidor incurre en reclamos sin justa causa; todo ello sin definir en qué consiste uno y otro concepto. ¿Puede un reclamante tener suficientes nociones legales para interpretar jurídicamente si su denuncia responde a una justa causa? ¿Puede el Estado, a través de una ley que se proclama a sí misma como tuitiva, intervencionista y protectoria, exigirle al usuario reclamante tal grado de conocimiento del derecho? Piense el lector que el legislador ni siquiera previó de qué manera se iba defender el reclamante acusado dentro del proceso administrativo; sin embargo, sostuvo esta norma incongruente, y ciertamente peligrosa.

En mi opinión, las denuncias maliciosas pueden ser resueltas, siempre en sede judicial, a través de los principios generales del derecho y de normas como el artículo 1071 del Código Civil o el artículo 1090 de ese cuerpo normativo (6). En su defecto, sería necesaria una reforma legal que contemplara, con la mayor precisión posible, los casos que pueden ser considerados como "denuncias maliciosas" por un lado y "denuncias sin justa causa" por el otro. Tampoco debería dejar de tratarse la posible responsabilidad de los letrados intervinientes. Porque es difícil concebir una demanda disparatada, o una defensa defectuosa, sin la participación de un abogado. O, en todo caso, es más justo que sea el letrado quien responda por esas situaciones, porque obviamente está en mejor posición que su cliente para determinar si un reclamo o una defensa son jurídicamente razonables. Permitir las denuncias sin asistencia jurídica, y luego reprocharles falta de causa, es una grave falencia que ulteriores reformas a la Ley 24.240 deberán solucionar.

III. La cuestión en el derecho comparado.

Sin perjuicio de lo dicho en los capítulos que preceden, puede ocurrir que un reclamo haya sido entablado con la única finalidad de enriquecerse ilícitamente o bien, que se inicie un juicio que de

antemano se sepa que es una pérdida de tiempo para las partes y un derroche de los recursos jurisdiccionales del Estado. En Norteamérica, cuyas sentencias suelen incluir daños punitivos que alcanzan cifras elevadas, no es inusual que se intenten aventuras judiciales que buscan caminos alternativos para llegar al sueño americano, sin transitar la lenta senda del derecho.

Con el nombre de "frivolous litigation" se describen las acciones judiciales emprendidas sin base sólida. Se trata de un término legal que describe una conducta procesal punible del litigante particular o de su asesor letrado. Brevemente, consiste en iniciar y/o tramitar pleitos sin sustento jurídico. La ley procura evitar la proliferación de juicios que no tienen ninguna chance de prosperar o aquellos que esconden la finalidad de un enriquecimiento tan apresurado como tentador. Es innegable que las indemnizaciones elevadas, más allá de su correcta aplicación, actúan como un incentivo para la repetición de lo que nosotros conocemos como la "industria del juicio". Es importante señalar que este comportamiento, que alguna relación guarda con la conducta descrita en nuestro artículo 48 LDC, no castiga la imposibilidad de éxito procesal de la demanda sino la falta de mérito legal para su tramitación. La sanción, una vez verificada, se aplica tanto al actor de un pleito como al demandado que intenta una defensa disparatada.

En Estados Unidos, el artículo 11 del Código Procesal Civil (7) y otras leyes similares exigen que los abogados tengan buen criterio jurídico para evaluar el contexto fáctico y normativo del asunto antes de presentarlo en tribunales. En algunos casos, el estudio jurídico que intervino en el juicio debe responder solidariamente por lo actuado por cualquiera de sus socios, o sus dependientes o por sus empleados, siendo posible que la sanción sea decretada de oficio. Cuando en las audiencias preliminares el juez de la causa intuye que un planteo tiene todo el aspecto de constituir una frivolidad, suele invitar al abogado a su despacho para que le explique cuál es la base jurídica de la acción o defensa intentada. Finalmente, llegado el caso, para cuantificar la multa de castigo al juicio frívolo, al igual que en el caso de los daños

punitivos, se fija un monto lo suficientemente severo para evitar que el litigante audaz, o su abogado o ambos caigan en la tentación de efectuar reclamos desatinados. La figura del planteo frívolo en Estados Unidos es una cuestión muy grave y ningún estudio jurídico quiere afrontar sus consecuencias, tanto económicas como aquellas relacionadas a la credibilidad del estudio acusado de esa práctica. Una acusación de frivolidad puede arruinar una carrera jurídica y sacar al mejor estudio del negocio.

Una corte de apelaciones, en el marco de una causa en la que se debatía la validez de unos impuestos, definió al juicio frívolo en términos muy duros. En "Crain v. Commissioner" el tribunal dijo:

"Esta Corte entiende la necesidad de estar abiertos, y ser sensibles a todos aquellos planteos que de buena fe procuran un amplio acceso a la justicia y una protección legal sin restricciones. Sin embargo, las cortes de justicia no están obligadas a soportar calladamente las presentaciones insustanciales que únicamente aspiran a obstaculizar y demorar la tarea de la Justicia, o de la Administración Pública. La apelación que este tribunal trata es, justamente, de esa especie. Se trata de una mezcolanza de afirmaciones, y planteos que la parte hace sin ningún fundamento legal. Un verdadero galimatías jurídico. La Administración ni siquiera debe tomarse el trabajo de responder a los espurios argumentos contenidos en la presentación, ni esta Corte debe tratarla por carecer de todo fundamento para constituirse como una apelación fundada en derecho" (8).

Ante tremendo fallo, el abogado Daniel Evans escribió en *The Tax Protestor*:

"Cuando un juez se refiere a una apelación en tan duros términos que incluyen la frivolidad, es lo peor que le puede pasar a un abogado porque significa que la persona que está llevando adelante el asunto en los tribunales no tiene la más remota idea de lo que está haciendo, además de perder el tiempo de todos los involucrados en el asunto. Ni siquiera significa que el caso esté mal planteado o que el

juez tenga convicción de que los hechos ocurrieron de manera opuesta a la sostenida por la parte. Simplemente significa que no hay dos planteos, puesto que uno de ellos es tan insustancial que ni siquiera debe ser analizado por el juez. Es decir, la frivolidad despoja la idea de litis, porque una de las partes del debate queda disuelta por un planteo absoluto y positivamente insustancial. La declaración judicial de frivolidad no rebate un argumento, sencillamente lo anula" (9). Coincido con el colega estadounidense: el planteo frívolo perjudica en primer término al abogado que dirigió la estrategia judicial. No obstante, la codicia siempre aconseja correr con algunos riesgos a cambio de una suculenta indemnización.

IV. Conclusiones.

A modo de síntesis de este breve ensayo, presento algunas terminaciones:

1. El artículo 48 LDC incluye en el estatuto consumerista dos figuras punibles distintas, cuya legitimidad pasiva afecta a los consumidores y usuarios: una es la descrita como denuncia maliciosa; la otra es la llamada la denuncia sin justa causa.

2. La denuncia maliciosa supone la intención, por parte del agente, de perjudicar al proveedor.

3. La denominada denuncia sin justa causa se constituye sin ese elemento subjetivo. Una vez determinada la falta de causa en el reclamo, la autoridad de aplicación debería sancionar la falta cometida en perjuicio del proveedor.

4. La figura contemplada en el artículo 48 LDC es solamente aplicable en la sede administrativa; no está prevista para la sede judicial.

5. El artículo analizado resulta incongruente con el sistema tuitivo establecido en la Ley 24.240, toda vez que es una norma que

ocasiona graves peligros para los consumidores, quienes pueden ser sancionados aun actuando de buena fe.

6. En su inmensa mayoría, las presentaciones administrativas se hacen sin asistencia letrada profesional, quedando el consumidor o usuario a merced de una acusación muy seria, a la que no le podría oponer una defensa experta.

7. La norma no prevé un mecanismo para sustanciar esta figura legal dentro del procedimiento administrativo establecido en el artículo 45 LDC.

8. Para muchos doctrinarios, agotada la fase conciliadora, el reclamante no es parte del procedimiento, quedando en manos de la autoridad de aplicación la sustanciación de todo el sumario posterior. Es decir, si en su descargo el denunciado invoca esta figura, no está precisado cómo debería sustanciarse.

9. En el derecho comparado hay ejemplos de figuras similares al artículo 48 LDC. Sin embargo, su tratamiento es distinto al establecido en nuestro ordenamiento. El abogado o el estudio que interviene son pasibles de la misma responsabilidad que le cabe al titular de la acción o al beneficiario de la defensa desatinada.

10. La norma no debería ser aplicable en la sede administrativa, porque la parte que puede ser castigada con ella concurre sin asistencia profesional, situación que es propiciada por el propio Estado.

11. En muchos casos, la autoridad de aplicación designada para controlar y aplicar la ley no tiene título habilitante para el ejercicio de la abogacía, circunstancia que hace imposible que pueda analizar casos de tanta complejidad jurídica.

12. Es sumamente recomendable que el funcionario que detente el cargo de autoridad de aplicación de la Ley 24.240 sea un

experto en ciencia jurídica con acreditada solvencia profesional durante un tiempo no inferior a ocho años.

13. Este trabajo sugiere que una posterior reforma de la Ley 24.240 derogue el artículo 48 o que lo sustituya por un texto legal que se haga cargo de las falencias examinadas.

Referencias Bibliográficas

(1) En cuanto a la participación del consumidor en el procedimiento queda, como principio, acotada a la presentación del reclamo formal y a la intervención en la audiencia de conciliación. Una vez clausurada la etapa de conciliación, hay quienes sostienen que estaría vedada toda actuación directa del consumidor en el expediente (BRU, Jorge y RUSCONI, Dante, Manual de derecho del consumidor, Abeledo Perrot, 2010, p. 561).

En la actualidad, una vez desarrollada la audiencia previa, el consumidor se convierte un convidado de piedra en las actuaciones, no teniendo legitimación alguna. A tal punto que ni siquiera puede plantear apelación ante la desestimación de una denuncia presentada por él (VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto en PICASSO y VÁZQUEZ FERREYRA, Ley de Defensa del Consumidor, La Ley, 2009, p. 536).

(2) Con el objetivo de evitar que la posibilidad de denunciar ilícitos de consumo pudiera derivar en usos ajenos con la finalidad de la ley (v. gr. ejercer presión para obtener dinero en la audiencia conciliatoria), se ha buscado limitar las denuncias sancionando aquellas que sean consideradas maliciosas, esto es, aquellas que sean infundadas y persigan causar un perjuicio al deudor (WAJNTRAUB, Jorge, Ley de Defensa del Consumidor, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 268). Acuerdo parcialmente con el autor, porque bien puede tratarse de una denuncia infundada que no busque perjudicar a nadie, circunstancia que no merecería otro reproche que la desestimación del reclamo, pero no una punición como la prevista en el artículo 58 LDC.

(3) Se permite la denuncia, pero se consagra una responsabilidad por los daños que esta cause. Esta responsabilidad es restringida, ya que se da primacía al denunciar porque deben investigarse los delitos. Cuando uno denuncia no sabe todo, puede equivocarse, y justamente lo que uno quiere es que se investigue. Consecuentemente, no puede responder por las equivocaciones. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia entendieran que no se responde por culpa sino por dolo, y en su caso por culpa grave (LORENZETTI, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 623).

(4) BERSTEN, Horacio L., Derecho procesal del consumidor, 2005, p. 86.

(5) Esta sanción que puede recibir el denunciante es preocupante, pues el consumidor normalmente carece de los conocimientos técnicos o jurídicos suficientes para colocarse a la par del empresario proveedor de la mercadería o del servicio. Ahora bien, si para proteger al usuario se dictó esta ley, y luego el consumidor es sancionado con una multa de hasta cinco millones de pesos por un error en su apreciación de la causa, se torna casi inaplicable el capítulo XII (FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario, Astrea, 2008, p. 537).

(6) Creemos que lo correcto habría sido disponer que las sanciones por "denuncias maliciosas", y solo en estos casos (excluyendo toda sanción por denuncia sin justa causa), sean establecidas por los órganos judiciales competentes, otorgando al supuesto infractor el derecho de defensa en juicio en todas las instancias admitidas en la jurisdicción respectiva (o. cit.).

(7) Federal Rules of Civil Procedure. Rule 11: "Every pleading, written motion, and other paper must be signed by at least one attorney of record in the attorney's name - or by a party personally if the party is unrepresented. The paper must state the signer's address, e-mail address, and telephone number. Unless a rule or statute specifically states otherwise, a pleading need not be verified or accompanied by

an affidavit. The court must strike an unsigned paper unless the omission is promptly corrected after being called to the attorney's or party's attention. (b) Representations to the Court. By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper - whether by signing, filing, submitting, or later advocating it - an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances: 1) It is not being presented for any improper purpose, such as to harass, cause unnecessary delay, or needlessly increase the cost of litigation; 2) The claims, defences, and other legal contentions are warranted by existing law or by a non frivolous argument for extending, modifying, or reversing existing law or for establishing new law; 3) The factual contentions have evidentiary support or, if specifically so identified, will likely have evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or discovery; and (4) The denials of factual contentions are warranted on the evidence or, if specifically so identified, are reasonably based on belief or a lack of information. (c) Sanctions. 1) In General. If, after notice and a reasonable opportunity to respond, the court determines that Rule 11(b) has been violated, the court may impose an appropriate sanction on any attorney, law firm, or party that violated the rule or is responsible for the violation. Absent exceptional circumstances, a law firm must be held jointly responsible for a violation committed by its partner, associate, or employee. 4) Nature of a Sanction. A sanction imposed under this rule must be limited to what suffices to deter repetition of the conduct or comparable conduct by others similarly situated. The sanction may include non monetary directives; an order to pay a penalty into court; or, if imposed on motion and warranted for effective deterrence, an order directing payment to the movant of part or all of the reasonable attorney's fees and other expenses directly result from the violation".

(8) Texto del fallo original: "We are sensitive to the need for the courts to remain open to all who seek in good faith to invoke the protection of law. An appeal that lacks merit is not always -or often- frivolous. However we are not obliged to suffer in silence the filing of

baseless, insupportable appeals presenting no colorable claims of error and designed only to delay, obstruct, or incapacitate the operations of the courts or any other governmental authority. Crain's present appeal is of this sort. It is a hodgepodge of unsupported assertions, irrelevant platitudes, and legalistic gibberish. The government should not have been put to the trouble of responding to such spurious arguments, nor this court to the trouble of 'adjudicating' this meritless appeal" (Crain v. Commissioner).

(9) "So, when a judge calls an argument 'ridiculous' or 'frivolous', it is absolutely the worst thing the judge could say. It means that the person arguing the case has absolutely no idea of what he is doing, and has completely wasted everyone's time. It doesn't mean that the case wasn't well argued, or that judge simply decided for the other side, it means that there was no other side. The argument was absolutely, positively, incompetent. The judge is not telling you that you were 'wrong'. The judge is telling you that you are out of your mind" (<http://evans-legal.com/dan/tpfaq.html#purpose>).

Denuncias maliciosas y juicios frívolos

por Fernando Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC15E6

[Consultado el: 14/07/2021]

Sumario:

I. Introducción.- II. Denuncia maliciosa y Denuncia sin justa causa.- III. La cuestión en el Derecho comparado.- IV. El café de los tres millones de dólares.- V. El pantalón de los 67 millones de dólares.- VI. Final.-

I. Introducción.

El artículo 48° LDC, norma sobre la que la doctrina casi no se ha ocupado, contiene una disposición curiosa dentro de un estatuto cuyo objetivo es, como lo establece su artículo 1°, la defensa del consumidor o usuario. Veamos el texto legal: Art. 48. - Denuncias maliciosas. Quienes presentaren denuncias maliciosas o sin justa causa ante la autoridad de aplicación, serán sancionados según lo previsto en los incisos. a) y b) del artículo anterior, sin perjuicio de las que pudieren corresponder por aplicación de las normas civiles y penales. O sea, la norma claramente prescribe que aquella persona que formule (en la sede administrativa) una denuncia 'maliciosa' o sin 'justa causa', puede ser sancionada con multas que van desde un simple apercibimiento hasta los \$ 5.000.000 (conforme lo establece el artículo 47°, LDC). Entiendo que la aplicación de esta figura está exclusivamente dirigida a los reclamos efectuados ante la administración, conclusión a la que arribo porque en el Capítulo XIII de la Ley 24.240, cuyos artículos 52° a 54° tratan sobre las acciones judiciales, nada dicen respecto de esta sanción tan peculiar. En este punto, resulta insoslayable recordar que en la acción promovida en la sede administrativa, a diferencia de lo que acontece con los reclamos

que se presentan en los tribunales, el denunciante no está obligado a concurrir con asistencia letrada. Esta circunstancia precipita una conclusión temprana y amarga: una persona que promueve una queja sin patrocinio legal puede ser sancionada con una figura legal que no le es aplicable a quien recurre ante la justicia con defensores profesionales. Pero, ¿no debería ser al revés?; es decir, someter al estudio de malicia y falta de causa al reclamo presentado con patrocinio letrado antes que el efectuado por una persona sin defensa competente.-

Más allá de la inagotable casuística, y de reconocer que en los años que llevo asesorando a la Dirección General de Defensa al Consumidor de la provincia del Chubut nunca apliqué esta norma, entiendo que una persona sin conocimientos jurídicos no puede determinar cuándo su denuncia corre peligro de ser evaluada por la Autoridad de Aplicación como maliciosa, y muchos menos en qué casos podrá ser considerada como un denuncia sin justa causa. Todo ello se agrava más si, como ocurre en muchas jurisdicciones, la propia Autoridad de Aplicación de la Ley 24.240 no es experta en Derecho. Piense el lector en este entuerto que se desprende de la propia ley. Una persona (el consumidor) lega en Derecho presenta una denuncia que será analizada por otra persona (la Autoridad de Aplicación) que, probablemente, tampoco tenga conocimientos jurídicos. Por su parte, el proveedor denunciado casi siempre se presenta con un profesional conduce su defensa. En los hechos, todo este cuadro termina generando una desventaja para los usuarios. En mi opinión, la Autoridad de Aplicación de la Ley 24240 debería ser persona experta en Derecho, y con un tiempo de ejercicio profesional mínimo. Permitir que funcionarios sin la preparación adecuada detenten cargos de tanta exigencia técnica perjudica a los consumidores. Ello, sin reflexionar más profundamente sobre el endémico nepotismo con el que los distintos gobiernos maltratan a la República desde hace muchas décadas. Resulta imprescindible que la Autoridad de Aplicación de la Ley 24.240 sea un cuerpo burocrático sólido, integrado por funcionarios altamente capacitados, y, sobre todo, con un presupuesto que le permita intervenir correctamente en las

relaciones de consumo. Sin una profunda reestructuración del área en cada provincia y municipio del país, la misión que la Constitución Nacional le asignó al Estado tiene un destino inevitable: el fracaso. En ese sentido, comparto la opinión de autores como Dante RUSCONI y Jorge BRU que aportan su mirada crítica a estas cuestiones de vital importancia y, sin embargo, muy poco ventiladas. Sin un Estado eficiente, el Derecho del Consumidor pierde a su aliado más importante. (2)

Hecho este paréntesis, volvamos al artículo 48° LDC. Veamos los siguientes interrogantes. ¿Puede un sujeto lego en derecho saber que su denuncia es maliciosa? ¿Qué pasaría si los defensores de los proveedores comienzan a utilizar esta figura para defenderse de los reclamos que contra ellos se intenten? ¿Cómo podrían quedar ilesos los usuarios, sin ningún patrocinio letrado, frente a un ataque procesal llevado a cabo por los mejores estudios jurídicos que esas corporaciones pueden contratar? ¿Si en su descargo, el proveedor interpone una defensa basada en el artículo 48°, la autoridad de aplicación, debería correrle traslado al denunciante? ¿Se habrá hecho el legislador estas preguntas antes de legislar?

Sin compartir el criterio, no puedo dejar de mencionar que un sector amplio de la doctrina entiende que una vez agotada la etapa conciliatoria el denunciante no es más parte en el proceso, quedando todo el procedimiento en manos de la Autoridad de Aplicación. (3) (4) Es decir, que frente a una acusación de esta naturaleza el consumidor ni siquiera podría defenderse, o debería hacerlo sin patrocinio letrado, o contratar un abogado para que lo asista, o debería ser la propia Autoridad de Aplicación quien asuma esa defensa. Es obvio que todas estas soluciones son absurdas, pero ilustran el poco tino de la norma que comento. El artículo 48° LDC es, en verdad, una norma sin utilidad. Pero, sin embargo, puede resultar peligrosa para los consumidores, sobre todo porque establece dos tipos diferentes que, equivocadamente, el legislador trató de la misma manera. De eso me voy a ocupar en el capítulo que sigue.-

II. Denuncia maliciosa y Denuncia sin justa causa.

La denuncia maliciosa se caracteriza por la existencia de un elemento subjetivo que se manifiesta en la intención del inescrupuloso denunciante de perjudicar al proveedor denunciado. (5) Esa es la hipótesis de conflicto que la norma trata de solucionar: la existencia de un reclamante sin recatos frente a un denunciado inocente, expuesto a la malicia de su falso adversario. En última instancia, es un tipo legal que solo se concreta con la conducta dolosa del agente, sin la cual la figura se desvanece (6) La exigencia de dolo para que se perfeccione el tipo previsto en la norma (que debe ser probado por quien acuse la existencia de una denuncia maliciosa), pone a buen resguardo a los consumidores porque las chances de acreditar que una persona inició un reclamo administrativo con la deliberada intención de dañar a su contrincante son muy bajas. Por otra parte, es improbable que algún proveedor dedique esfuerzos a esta campaña tan áspera, y de tan poco rédito comercial y publicitario.-

Sin perjuicio de lo examinado hasta el momento, la norma contiene un segundo aspecto que es, a mi entender, muchísimo más grave. El artículo 48° incluye otro tipo de comportamiento punible al que le da idéntico tratamiento al establecido para la denuncia maliciosa. Se trata de la figura de la denuncia sin 'justa causa'. La denuncia maliciosa y la que no tiene causa son situaciones diferentes que el legislador debió considerar por separado. (En verdad, opino que no debió tratar ninguna de ambas).-

Es posible, y de hecho ocurre muchas veces, que una denuncia no tenga ni causa justa ni malicia, y no veo que esa situación sea merecedora de un castigo para el denunciante; alcanza con rechazar el reclamo incausado. En la mayoría de casos, el denunciante no actúa deliberadamente, o consciente de que su reclamo carece de una causa legal que lo justifique. Es inexplicable que una persona que no es experta en leyes, sea penada por tener un razonamiento jurídico infundado; además, para configurar una denuncia sin causa no se requiere de la existencia de dolo, quedando el tipo perfeccionado una

vez determinada la falta de causa justa. El jurista Horacio BERSTEN acierta cuando dice: “Denuncias maliciosas son las efectuadas con el objeto de generar un perjuicio al proveedor, sin que existan razones ciertas en las que se funden. Sin justa causa son aquellas que pueden carecer de intencionalidad pero que tampoco tienen asidero en el cual sustentar el pedido de aplicación de sanciones. El artículo 48 de la LDC dispone que quienes efectúen tales denuncias pueden ser objeto de la aplicación de sanciones de apercibimiento o de multa y sin perjuicio de las acciones civiles y penales que puedan corresponder” (7) Esto es gravísimo porque sin el elemento subjetivo del tipo punible, el artículo 48° se convierte en una trampa para el consumidor quien, de buena fe, puede quedar atrapado en una norma que establece sanciones rigurosas.-

Pero veamos otras cuestiones que el legislador tampoco previó. ¿Quién determina la justeza de una causa? ¿Puede ser declarada de oficio? ¿En qué momento del proceso debe declararse? ¿Con qué parámetros debería realizarse ese análisis? ¿Cómo se prueba la inexistencia de justa causa? Nada, la norma no dice nada de estas cuestiones, como si fuera un texto formal sin otra finalidad que conformar a quienes suponen que un consumidor sin escrúpulos puede poner en jaque a la sociedad de consumo.-

Un texto legal está destinado a resolver problemas que se imaginan como posibles. Pero además, y perdón por el palabrerío, esos posibles problemas, deben ser problemas posibles; es decir con alguna probabilidad de verificarse en la realidad. Si no contienen esa potencialidad, no pueden constituirse en una hipótesis de trabajo legislativo. Todo acto legislativo debe contestar, al menos, dos preguntas en forma previa a la redacción de una norma; a saber: a) ¿cuál es la hipótesis de conflicto que la norma debe resolver?; y b) ¿cuáles son las consecuencias que se derivan de un texto legal, y que exceden al conflicto hipotético? Entre el planteo abstracto del conflicto, y la solución pensada para evitarlo debe lograrse cierta racionalidad, evitando que los efectos colaterales del remedio resulten más graves que la situación crítica que pretende aliviar. Se trata de

acertar en el diagnóstico del conflicto planteado, porque sin esa claridad de pensamiento todo el razonamiento científico, se convierte en azaroso, abierto, incierto, impreciso. En una palabra: arbitrario. Y de la arbitrariedad al dogmatismo hay un paso corto.-

Determinar si un reclamo es ajustado a derecho requiere interpretar normas, estudiar doctrina, y conocer lo que la jurisprudencia reciente opina sobre tal o cual tema. Estimar si una denuncia administrativa, o una demanda judicial son atendibles es una tarea muy difícil que los letrados profesionales deben hacer antes de presentar la queja formalmente. No es algo que puedan hacer los consumidores; muchas veces, hasta los propios letrados pifiamos en la conjetura jurídica. Puede ocurrir, y es muy común que suceda, que ante un enojo, o la angustia propia de una relación de consumo fallida, el usuario o consumidor se precipite a efectuar un reclamo sin analizar con profundidad el caso, cayendo en la trampa de realizar una denuncia sin ‘causa justa’, que eventualmente le puede ocasionar una sanción de \$ 5.000.0000.-

Entre nosotros, el jurista FARINA llega a conclusiones similares, advirtiendo las deficiencias y los peligros que esta norma presupone. (8) Se opone a la totalidad del sistema de protección establecido a favor de los consumidores en la Ley 24.240. El artículo 48º, por un lado exige la existencia de dolo, pero por el otro lado también admite que alcanza para castigar al denunciante la mera equivocación o defectuosa interpretación del derecho aplicable. Porque eso mismo presupone la noción de ‘justa causa’: una adecuada interpretación del derecho. ¿Puede un reclamante tener suficientes nociones legales para interpretar jurídicamente si su denuncia responde a una justa causa? ¿Puede el Estado, a través de una ley que se proclama a sí misma tuitiva, intervencionista y protectoria, exigirle al usuario reclamante tal grado de conocimiento del derecho? Piense el lector que el legislador ni siquiera previó de qué manera se iba defender el reclamante acusado dentro del proceso administrativo; sin embargo sostuvo esta norma incongruente, y ciertamente peligrosa.-

En mi opinión, las denuncias maliciosas pueden ser resueltas, siempre en sede judicial, a través de los principios generales del derecho, y de normas como el artículo 1071 del código civil o el artículo 1090 de ese cuerpo normativo. (9) En su defecto, sería necesaria una reforma legal que contemplara, con la mayor precisión posible, los casos que pueden ser considerados como ‘denuncias maliciosas’ por un lado, y ‘denuncias sin justa causa’ por el otro, ‘Tampoco debería dejar de tratarse la posible responsabilidad de los letrados intervinientes. Porque es difícil concebir una demanda disparatada, o una defensa defectuosa, sin la participación de un abogado. O, en todo caso, es más justo que sea el letrado quien responda por esas situaciones, porque indiscutiblemente está en mejor posición que su cliente para determinar si un reclamo o una defensa son atinados. Esta solución, por otra parte, es congruente con el artículo 902 del código civil que impone mayores exigencias a quien tiene, o debe tener, un conocimiento superior. MOSSETTURRASPE se refiere a esta norma, en el mismo sentido que intento en este limitado ensayo. (10) No se mide igual un parto realizado en alta mar por un marinero corajudo, y aquél que se practica en las sofisticadas salas de una clínica moderna, y tampoco es justo que los reclamos efectuados por personas sin conocimiento de Derecho tengan un tratamiento más severo que los efectuados por expertos, más teniendo en cuenta que es el propio Estado quien aprueba denunciar infracciones a la Ley 24.240 sin la necesidad patrocinio letrado. Permitir las denuncias sin asistencia jurídica, y luego reprocharles falta de causa es una grave falencia que ulteriores reformas a la Ley 24.240 deberán solucionar.-

III. La cuestión en el Derecho comparado.

Sin perjuicio de lo dicho en el capítulo que precede, puede ocurrir que un reclamo haya sido entablado para enriquecerse ilícitamente, o bien que se inicie un juicio que de antemano se sepa que es una pérdida de tiempo para las partes, y un derroche de los recursos jurisdiccionales del Estado. En Norteamérica, país en donde las sentencias suelen incluir daños punitivos que alcanzan cifras siderales, no es inusual que se intenten aventuras judiciales que buscan

caminos alternativos para llegar al american dream, sin transitar la lenta senda del Derecho. Con el nombre de Frivolous Litigation se describe a las acciones judiciales emprendidas sin base sólida. Se trata de un término legal que define a una conducta procesal punible del litigante particular, o de su asesor letrado. En breve, la litigación frívola consiste en iniciar y/o tramitar pleitos sin sustento legal. La norma procura evitar la proliferación de juicios que no tienen ninguna chance de prosperar. Las indemnizaciones elevadas, más allá de su correcta aplicación, indudablemente actúan como un incentivo para lo que nosotros conocemos como la ‘industria del juicio.’ Este comportamiento, que alguna relación guarda con la conducta descrita en nuestro artículo 48° LDC, no castiga la imposibilidad de éxito procesal de la demanda sino la falta de mérito legal para su tramitación. La sanción, una vez verificada, se aplica tanto al actor de un pleito como al demandado que intenta una defensa disparatada.-

En los Estados Unidos, el Artículo 11 del Código Procesal Civil, (11) y otras leyes similares, exigen que los abogados tengan buen criterio jurídico para evaluar el contexto fáctico y normativo del asunto antes de presentarlo en tribunales. En algunos casos, el estudio jurídico que intervino en el juicio debe responder solidariamente por lo actuado por cualquiera de sus socios, o sus dependientes o por sus empleados, siendo posible que la sanción sea decretada de oficio. Cuando el juez intuye en las audiencias preliminares que un planteo tiene todo el aspecto de constituir una frivolidad, suele intimar a la parte para que le explique cuál es la base jurídica de la acción o defensa intentada. Para cuantificar la multa de castigo al juicio frívolo, al igual que en el caso de los daños punitivos, se fija un monto lo suficientemente severo para evitar que el litigante audaz, o su abogado o ambos, caigan en la tentación de efectuar reclamos desatinados.-

Una corte de apelaciones, en el marco de una causa en la que se debatía la validez de unos impuestos, definió al juicio frívolo en muy duros términos. En *Crain v. Commissioner* el tribunal dijo: “Esta Corte entiende la necesidad de estar abiertos, y ser sensibles a todos aquellos planteos que de buena Fe procuran una amplio acceso a la

justicia y una protección legal sin restricciones. Sin embargo, las Cortes de Justicia no están obligadas a soportar calladamente las presentaciones insustanciales que únicamente aspiran a obstaculizar y demorar la tarea de la Justicia, o de la Administración Pública. La apelación que este tribunal trata es, justamente, de esa especie. Se trata de una mezcla de afirmaciones, y planteos que la parte hace sin ningún fundamento legal. Un verdadero galimatías jurídico. La Administración ni siquiera debe tomarse el trabajo de responder a los espurios argumentos contenidos en la presentación, ni esta Corte debe tratarla por carecer de todo fundamento para constituirse como una apelación fundada en derecho.” (12) Ante tremendo fallo, el abogado Daniel Evans escribió en su Web-Post, *The Tax Protestor*: “Cuando un juez se refiere a una apelación en tan duros términos que incluyen la frivolidad, es lo peor que le puede pasar a un abogado Porque significa que la persona que está llevando adelante el asunto en los tribunales no tiene la más remota idea de lo que está haciendo, además de perder el tiempo de todos los involucrados en el asunto. Ni siquiera significa que el caso esté mal planteado o que el juez tenga convicción de que los hechos ocurrieron de manera opuesta a la sostenida por la parte. Simplemente significa que no hay dos planteos, puesto que uno de ellos es tan insustancial que ni siquiera debe ser analizado por el juez. Es decir, la frivolidad despoja la idea de litis, porque una de las partes del debate que disuelta por un planteo absoluta y positivamente insustancial. La declaración judicial de frivolidad no rebate un argumento, sencillamente lo anula.” (13) Coincido con el colega americano; el planteo frívolo perjudica en primer término al abogado que dirigió la estrategia judicial. No obstante, la codicia siempre aconseja correr con algunos riesgos a cambio de una suculenta indemnización.-

A continuación voy a presentar dos casos sustanciados en los tribunales norteamericanos, y que fueron relativamente famosos. El primero de ellos está, en mi opinión, a mitad de camino entre el juicio frívolo y la genialidad abogadil. En *Liebeck v McDonald's* se investiga una acción judicial contra la hamburguesería más famosa del planeta en la se debatió si un jarro de café puede ser una cosa riesgosa para los

consumidores. El segundo caso que presento, arrasa todos los límites de la cordura: Roy L. Pearson v Soo Chung trata sobre una demanda (emprendida por un abogado en causa propia) contra un tintorero que había extraviado un par de pantalones. El reclamo del actor trepó hasta los 67 millones de dólares. (Sí lector, no hay error de tipeo; esa fue la suma reclamada por Mr. Pearson, aunque luego la ajustó a 54 millones de dólares). Pero primero vayamos a McDonald's; quizás el caso te sirva para convencer a tus hijos de que es más sano comer una ensalada de vegetales orgánicos, u otros platos no tan sabrosos, pero que tampoco omiten el dictado de cierta modernidad gastronómica. Somos modernos en el vano intento de cumplir –vaya paradoja - un destino voluntario. Sin embargo, Oscar Wilde mucho tiempo atrás nos advirtió de los peligros de la moda. “Nothing is so dangerous as being too modern. One is apt to grow old fashioned quite suddenly.” (14).-

IV. Stella Liebeck v McDonald's Restaurants. (15) El café de los tres millones de dólares. -1994-

Este controvertido caso tuvo lugar en el año 1994, y el veredicto fue dictado por un tribunal de primera instancia de Nuevo México. Las circunstancias en que ocurrieron los hechos, tanto como el elevado monto de la sentencia de la primera instancia, abrieron una enorme discusión en el mundillo jurídico de los Estados Unidos. Para muchos estudiosos, la resolución que ordenó el pago de una indemnización de casi tres millones de dólares a una clienta que se había quemado con un café de 50 centavos fue, directamente, un disparate. Por el contrario, para las poderosas asociaciones pro-consumidores y sus abogados fue un fallo refrescante que festejaron con doble porción de papas fritas, y gaseosa gigante. Lo cierto es que frente a tamañas cifras, es difícil establecer un límite preciso entre la protección a los consumidores y los planteos irracionales; entre la justicia y el abuso del derecho.-

La crónica cuenta que un primer jurado estimó que la compañía McDonald's debía pagarle a la señora Liebeck U\$ 2.860.000

(el cálculo se basó en la cantidad de café que vende McDonald's por día) porque se había quemado con un café que le fuera servido demasiado caliente. Luego, otro jurado consideró que esa suma era excesiva, y redujo la indemnización a U\$ 640.000. Finalmente, ambas partes negociaron un acuerdo para finiquitar el juicio antes de que se dicte una sentencia definitiva, y los diarios sigan cocinando vuelta y vuelta una noticia tan sabrosa. Por una cláusula de ese mismo arreglo se prohibió revelar a los medios de comunicación el monto económico del acuerdo. La cláusula de confidencialidad fue respetada y nunca se llegó a conocer la cantidad exacta de dinero que recibió Stella Liebeck. Extraoficialmente se estima que McDonald's pagó alrededor de U\$ 600.000, por el cortado doble, sin espuma y bien calentito.-

1) Los hechos. (16)

El 27 de febrero de 1992, Stella Liebeck, una mujer de 79 años fue con su nieto Chris al local McDonald's donde habitualmente paraban a tomar un café. El joven era quien conducía el auto, y la abuela ocupaba el asiento del acompañante. Chris detuvo el automóvil en la caja correspondiente y pidió el café para su abuela. Una vez que Stella agarró el jarrito de café, Chris arrancó su Ford Probe y retomaron el camino. Stella estaba feliz, pero recordó que en el apuro se había olvidado de ponerle crema y azúcar al café. El joven detuvo el auto para que la anciana pudiera endulzar el café sin prisa. Stella colocó el jarro entre sus piernas para liberar sus manos y poder abrir el sobrecito de crema. Pero el pulso, quizás ya debilitado por el paso del tiempo, le jugó una mala pasada y el jarro entero se derramó sobre sus piernas; los pantalones de algodón blanco, que ese día llevaba puestos Stella, no hicieron más que absorber y atraer para sí el café casi hirviendo que recorrió toda su piel. En la cara de Stella se podía ver la lentitud de dolor. Así estuvo casi dos minutos quemándose las piernas con un café servido a unos 90° C. Al llegar al hospital, donde estuvo internada ocho días, le detectaron quemaduras de tercer grado, y recibió varios injertos de piel. Cuando salió del centro médico, tuvo que continuar su tratamiento durante dos años.-

Antes de iniciar acciones judiciales, Stella Liebeck trató de llegar a un acuerdo con McDonald's, pero la negociación no prosperó. Ella quería que le pagaran lo que había gastado en tratamientos médicos, operaciones y días de internación en hospitales. En definitiva, una suma cercana a los U\$ 20.000. Pero McDonald's rechazó esta propuesta y ofreció pagar U\$ 800. Una vez fracasada la negociación, Stella contacta al abogado Red Morgan quien enseguida se entusiasmó con el pleito. El hábil y audaz colega planeó una estrategia ambiciosa: demandar a la hamburguesería bajo el cargo de 'escandalosa negligencia' que consistía en servir el café a temperaturas que lo convertían en un líquido 'irrazonablemente peligroso'. Para Morgan, ese café, servido a esa temperatura era, ni más ni menos, un producto mal elaborado y riesgoso para los consumidores. Puesto a trabajar en su nuevo asunto, Red preparó un catálogo de argumentos que superaba en extensión al menú del restaurante. Había infracciones para todos los gustos, y todas conducían a la aplicación de los temidos daños punitivos. Al poco tiempo de presentar la demanda, el caso se hizo famoso, y al celebrarse las primeras audiencias el asunto del café caliente calentaba la tapa de los diarios más taquilleros. Los juristas especializados en la materia, como ocurre aquí y allá, vacilaban al dar su opinión. Para algunos se trataba de la aparición de un nuevo género de la literatura abogadil, pero no acordaban a definirlo. Las opiniones variaban entre quienes sostenían que el asunto era una tragedia derivada de las imprecisiones de la postmodernidad, o una viveza del abogado. Poco antes de que el juicio empezara su faz definitiva, el colega Morgan intentó una última negociación. Pretendía obtener unos U\$ 300.000, pero McDonald's lo rechazó y propuso un combo imperdible: U\$ 90.000 para Stella y poner el asunto en la cajita feliz de los malos recuerdos. No hubo acuerdo, y poco tiempo después se inició el pleito que ahora vamos a analizar con más profundidad. El caso del café caliente de McDonald's es estudiado en todas las escuelas de derecho del mundo; marca un límite entre el derecho y la frivolidad.-

2) Los argumentos del colega Morgan.-

No fueron pocos ni excéntricos los argumentos propuestos por Morgan. El lector debe analizar el caso en un contexto cultural distinto, en donde los consumidores ocupan un rol preponderante dentro de la sociedad de consumo.-

i) Por exigencia de la casa central, McDonald's obliga a este local a que sirva el café a una temperatura oscilante entre los 82° C y 88°.-

ii) Un líquido a esas temperaturas, al entrar en contacto con la piel humana durante un lapso de 2 a 7 segundos puede causar quemaduras de tercer grado.-

iii) El mismo líquido, a una temperatura de 71° al entrar en contacto con la piel humana tardaría unos 20 segundos en causar quemaduras de tercer grado. Este argumento, tal vez sea el más importante porque permite demostrar que un café un poco más frío tarda mucho más tiempo en producir heridas en la piel. Sin embargo, esta tesis nunca encontró evidencias científicas serias, y unos años más tarde sería desechada por un tribunal de Inglaterra, en otro asunto donde también McDonald's fuera demandado. Según un informe científico, presentado en el caso sustanciado en Inglaterra, a partir de los 65° un líquido en contacto con la piel humana tarda solo un par de segundos en producir quemaduras; es decir que para evitar esas heridas, el café debería ser servido a unos 50°. (17)

iv) El abogado Morgan sostenía que si Stella Liebeck hubiera contado con esos 13 segundos vitales, hubiera podido sacar el líquido de su cuerpo antes de quemarse la piel.-

v) El café servido por McDonald's, según los argumentos planteados, tenía dos defectos de fabricación graves que lo convertían en un producto mal elaborado. Primero: era servido a una temperatura demasiado elevada. Segundo: en el vaso que se les

entregaba a los clientes no había ninguna advertencia que informara el peligro de eventuales quemaduras. Así, Morgan argumenta que el cafecito era irracionalmente peligroso y la conducta del Rey de las Hamburguesas, “groseramente negligente”.-

vi) Las quemaduras de Stella fueron graves y su curación requirió más de dos años de tratamientos y varios injertos de piel. Esto es un hecho y fue efectivamente demostrado durante esa instancia del pleito

vii) McDonald’s no informa adecuadamente a sus clientes acerca del peligro de quemarse con un líquido servido a esa temperatura.-

viii) El abogado aporta al debate una investigación previa que había efectuado, y cuyos resultados le indicaron que existían muchos clientes que antes que Stella se habían quemado. Dicen que esta pluralidad de incidentes fueron determinantes para que Morgan tomara el asunto a su cargo. Así, logra demostrar que en un lapso de 10 años se registraron 700 reclamos de consumidores que sufrieron quemaduras de distinta gravedad. Esto demuestra que McDonald’s sabía que el café era potencialmente riesgoso para sus clientes y, sin embargo, no modificó su conducta. El actuar sabiendo de la existencia de un riesgo para la salud de las personas constituye una grave negligencia que justifica la aplicación de una multa extraordinaria (daños punitivos). Este argumento, que a priori parece interesante, fue rebatido eficazmente por la defensa como se verá unos párrafos más adelante. No es inusual que el argumento de un planteo, si no es muy certero y contundente, termine convirtiéndose en la propia evidencia que lo revierta.-

ix) Según algunas muestras estadísticas presentadas en el juicio, el café que las personas toman en sus casas, tiene una temperatura aproximada de 60°.-

x) Otro aspecto importante que el colega Morgan incorpora al debate de la cuestión, es que McDonald's admite que el café que sirve en sus locales no es apto para ser tomado inmediatamente. Las infusiones están preparadas para que se conserven durante bastante tiempo a altas temperaturas, demorando su enfriamiento. Es decir que los consumidores que toman el café sin esperar a que baje su temperatura corren el riesgo de quemarse. Esta circunstancia, ignorada por la mayoría de los consumidores, lo convierte en un líquido potencialmente riesgoso para las personas.-

3) Los argumentos de McDonald's.

Primero veamos algo acerca de la historia de McDonald's. (18) Las primeras hamburguesas, que más adelante se convertirían en una leyenda del capitalismo, comenzaron a venderse en la década del 40 cuando los hermanos Richard y Maurice McDonald abrieron un restaurante en San Bernardino, California. Pero transcurridos unos años, los hermanos McDonald, hartos del espantoso ruido de los extractores de aire, y del olor a cebolla frita, en 1954 le ceden los derechos comerciales a Ray Kroc. En 1955, Kroc inaugura el primer local corporativo con la marca McDonald's. La cosa fue prosperando, y en la actualidad es la cadena de fast food más grande del mundo. Opera en 120 países dentro de cinco continentes; aproximadamente, 45 millones de personas por día comen en alguno de los 27 mil restaurantes que Mc tiene por todo el mundo. El 15% de esos locales son propiedad de la corporación, siendo un secreto a voces que una parte importante del negocio son los bienes raíces. Su cuerpo de empleados está integrado por un millón y medio de personas. Según Eric Schlosser, autor del libro *Fast Food Nation*, (2001), uno de cada ocho trabajadores norteamericanos, alguna vez en su vida trabajó para McDonald's. Los números de sus finanzas hacen que sus accionistas se chupen los dedos con sólo mirar un McChicken: tiene un record de 25 años consecutivos de aumentos en los dividendos accionarios. Por increíble que parezca, McDonald's es el mayor distribuidor de juguetes en el mundo, atrayendo mediante su entrega 'gratuita' a una clientela sumamente fiel a la hora de abrir 'regalos': los locos bajitos,

como diría el catalán. El influyente diario inglés *The Economist* utiliza, aunque informalmente, el valor unitario del Big Mac como precio de referencia para determinar una relación cambiaria aproximada entre las distintas monedas del mundo; así, antes de viajar los turistas suelen consultar cuántos dólares cuesta un big en el lugar de destino. Lector, si estás pensando en realizar un viaje, considera que en los países nórdicos (especialmente en Noruega), el valor de la gran hamburguesa es muy elevado, y allí tampoco se consiguen galletitas Express. Sin embargo, las parejas más jóvenes pueden descubrir que Malasia es un destino óptimo para una Luna de Miel memorable; ofrece un interesante combo de intimidad, anonimato y el Big Mac más barato del mundo. Y si el presupuesto no alcanza para comer un Bacon en la puerta del Louvre, McDonald's también está en la Argentina desde el año 1986, y hoy en día tiene más 200 locales, y aproximadamente 12.000 empleados. En la Argentina, una McNífica, cuesta alrededor de U\$ 3.-

En la actualidad, ya no es un secreto que diversas asociaciones de protección a los consumidores tienen en su agenda judicial una cuestión que deja inapetentes a los gerentes de la corporación: apuntan a responsabilizar a McDonald's de buena parte del problema de la obesidad mundial que afecta a millones de personas.-

Veamos ahora qué dijeron los McLawyers en tribunales al contestar este asunto del café caliente:

a) Lo primero que trata de establecer la defensa es que la elevada temperatura del café tiene una causa justificada. El servicio que adquirió Stella Liebeck, explican, correspondía al producto conocido como café al paso, que normalmente se vende a automovilistas que lo llevan para tomarlo durante el viaje. En general, esos clientes realizan un trayecto que puede ser más o menos largo. Por lo tanto, el café necesariamente tiene que venderse a una temperatura elevada para que dure caliente la mayor cantidad de tiempo posible. La compañía argumenta que no hubo una negligencia de su parte, sino que por las características del producto, debe

venderse bajo esas condiciones para ser útil. Sin embargo, este argumento no fue muy bien sostenido porque hay estadísticas que informan que, usualmente, las personas toman el café inmediatamente después que se lo sirven, sin esperar hasta que su temperatura baje.-

b) En el pleito se presentó evidencia que señalaba que, entre el año 1982 y 1992, la compañía sólo había recibido 700 denuncias de consumidores que se había quemado con el café. Para que un estándar de calidad sea modificado por la compañía la cantidad de reclamos tiene que ser muy superior.-

c) Un cotejo entre el número de reclamos por quemaduras, y la cantidad de café vendido por McDonald's, arroja una tasa de daño que puede formularse en términos matemáticos: de cada 24 millones de personas que toman el café a esa temperatura, solo una resulta lastimada. Esa ecuación, por ser tan mínima, indica que el café McDonald's no puede ser considerado riesgoso, ni la conducta de la compañía negligente. Sin embargo, compartirá conmigo el lector que la cantidad de reclamos realizados nunca coincide con el número de clientes que se resultaron heridos por quemaduras; la mayoría de las personas que sufren esa clase de inconvenientes no los denuncian.-

d) También se argumentó que cualquier infusión o comida, que se sirva a más de 54° C, es capaz de provocar heridas en la piel y, sin embargo, no es posible vender comidas por debajo de esa temperatura. La mayoría de los restaurantes sirven sus platos a esas temperaturas, o aún mayores. Este fue el razonamiento que poco tiempo después se utilizó en los tribunales ingleses para desestimar una demanda muy parecida a la que trato. Y ciertamente, entiendo que es el de mayor peso. La comida se come caliente, y el vino tinto se toma sin hielo, parecen decir los abogados americanos imitando el gusto del más refinado gourmet.-

El fallo de la primera instancia.-

El jurado, integrado por doce personas, estuvo reunido durante diez días deliberando acerca de la cuestión. Cuando terminaron sus reflexiones le dieron sus conclusiones al Juez Robert Scout quien sostuvo en el fallo:

i) McDonald's es responsable por los daños sufridos por Stella Liebeck.-

ii) La compañía no advirtió de manera suficientemente clara que el contenido del líquido, dada su elevada temperatura, podía producir quemaduras en caso de derramarse sobre la piel.-

iii) En un fallo sin precedentes, este Juez estimó que la negligencia de la compañía merecía una sanción económica de U\$ 2.900.000. Para llegar a esa suma se tomó, como base de cálculo, la cantidad de café que McDonald's vende en dos días.-

iv) En la instancia siguiente, el Juez consideró que esa suma era excesiva y la redujo a U\$ 640.000.-

v) Cuando todavía quedaba una instancia de apelación, las partes llegaron a un acuerdo amistoso, evitando que se dicte una sentencia definitiva. El monto del arreglo nunca tomó estado público. Sin embargo, como dijera párrafos atrás, fuentes extraoficiales aseguran que el monto del acuerdo estuvo muy cerca de los U\$ 600.000.-

Epilogo

El 4 de agosto de 1994 Stella Liebeck murió, millonaria, a los 91 años; el abogado Reed Morgan continúa haciendo de las suyas por tribunales, pero luego de este caso acumuló más recortes de diarios que sentencias favorables. En varios países del mundo, demandas similares fueron rechazadas. La opinión generalizada, que no

comparto del todo, es que el caso McDonald's es un ejemplo de juicio frívolo. Lo cierto es que la compañía siguió sirviendo el café a la misma temperatura, pero ahora las advertencias preventivas son más visibles para los consumidores, circunstancia que demuestra que el asunto no era tan frívolo. En nuestra tradición, y en nuestra cultura, nos cuesta creer que un jarro de café caliente sea una cosa riesgosa o excesivamente peligrosa para la salud o integridad de los consumidores. Pero tampoco está mal que se informe a los consumidores que un líquido muy caliente en pocos segundos de contacto con la piel puede ocasionar quemaduras, y ampollas, aunque sean leves. Y tampoco puede negarse que a la hora de hacer juicios rentables, medio millón de dólares le pueden calentar la cabeza a cualquiera. De hecho, el asunto del café calentó tantas cabezas que, ¡ay la física irreductible!, evaporó ideas. Expansivos por tradición, los americanos intentaron repetir juicios similares por toda la vieja Europa, empezando por el Reino Unido. Un error estratégico que el viejo Churchill jamás hubiera perdonado. Los flemáticos ingleses son intransigentes en la defensa de sus tradiciones, y vanguardistas en la creación de nuevas costumbres; y, ante lo que anticiparon como una amenaza a su tradicional five o'clock tea, y un nuevo desafío de sus antiguas colonias y actuales jefes militares cortaron la cuestión de raíz, dejando que la pava silbe hasta que el agua hierva (única fórmula eficaz para que el Té en saquitos salga sin espuma). Sin dejar de revolver la cucharita dentro de la tasa, cuando el reloj cucú de la sala sonó cinco veces, el juez FIELD comenzó la lectura de esa verdadera apología al Té Inglés, contenida en el veredicto del caso *Bogle & Ors v McDonald's* (19): Si esta demanda resultara victoriosa, McDonald's no debería servir ninguna bebida a una temperatura capaz de producir quemaduras. Hay suficiente evidencia que prueba que el té o el café servido a una temperatura superior a los 65° C, puede causar lesiones en la piel luego de un contacto de dos segundos. Esto quiere decir que si McDonald's intenta superar el riesgo de esas eventuales lesiones debería servir el café y el té a una temperatura que oscila entre los 55° C y los 60° C. Pero sucede que el té debe ser preparado con agua hirviendo para lograr su mejor aroma y sabor, y el café requiere una temperatura que fluctúa entre los 85° y 95°. Por otra parte, los

consumidores de esas infusiones prefieren dejar que el contenido de la taza se enfríe lentamente hasta lograr la temperatura de su preferencia. Tengo plena convicción que un café servido a una temperatura de 55° C sería inaceptable para los clientes que concurren a McDonald's. Hay evidencias claras que demuestran que el público consumidor prefiere que esas bebidas tengan una temperatura no inferior a los 65°, aún a sabiendas de que si el líquido se derrama sobre su cuerpo puede ocasionarle algunas quemaduras en la piel (20) Lo cierto es que el juez de esta causa, le puso un límite a esta clase de acciones. Para ello, aplicó nociones básicas tales como las razonables expectativas que tienen los consumidores que compran en esos locales de comida rápida un café o un té. Es verdad que todo el mundo sabe que son líquidos muy calientes y que al derramarse sobre el cuerpo pueden lastimar la piel. El solo hecho de conocer esta circunstancia, hace que los consumidores tomen recaudos y agudicen el cuidado cuando manipulan los vasos que los contienen, especialmente si están con niños muy pequeños (en el caso que presento, el lastimado resultó ser un bebé de un año y medio). Los expendedores deben tomar ciertas prevenciones para evitar estos sucesos, tales como advertir los peligros a los clientes, o servir esas bebidas en vasos especiales, que generalmente están cerrados. Sin embargo, para que el riesgo de quemaduras desaparezca por completo debería exigírseles a los expendedores que sirvan el café a 55°. Esa exigencia significaría una virtual prohibición de venta, porque a esa temperatura el café o el té resultarían inaceptables para la mayoría de sus clientes. Finalmente, el juez rechazó la demanda en todos sus términos sentenciando de manera contundente que las bebidas calientes que McDonald's vende por millones en todo el mundo, cumplen plenamente con las obligaciones exigidas por las leyes de protección a los consumidores. (21) (22)

Como el lector puede apreciar, el Juez inglés tomó un camino opuesto al de su colega americano, aduciendo (también con algo de razón) que la mayoría de las comidas se sirven a temperaturas que superan los 60° C, sin que a nadie se le ocurra comer un plato tibio de fideos con tuco, o una porción de polenta a temperatura natural. ¡God

Save the Queen! y evite el enfriamiento de nuestro puchero, y el recuerdo de nostálgicos inviernos que ya no existen.-

Pero si te quedaron las mismas dudas que a mí, acerca de lo que debe considerarse juicio frívolo, te presento ahora un caso que las eliminará por completo. Vayamos a la Majestuosa Washington DC.; a unas cuantas cuadras del río Potomac se encuentra la tintorería de la familia Chung. En ese privilegiado escenario tuvo lugar uno de los juicios más patéticos de la historia judicial de los Estados Unidos.-

V. Roy L. Pearson v Soo Chung. (23) El pantalón de los 67 millones de dólares.- 25 de Junio de 2007-

El caso Chung v Pearson ocupa el puesto 37 en la lista de los 100 asuntos más patéticos del año 2007.-
Revista Fortune, anuario 2007.-

1) Presentación

Roy Pearson, Jr tenía un talento que pocos hombres se atreverían a reconocer, y ninguno a rechazar: al igual que los escritores con sus relatos, él podía alterar los hechos a medida que iban ocurriendo. Roy Pearson, creía ser un trapeceista de la realidad; sin embargo, para la mayoría de los maestros que contribuyeron a educarlo, no era otra cosa que un niño mentiroso. Los datos biográficos del adulto Pearson señalan que se graduó de abogado en una universidad de poco prestigio, y que ingresó a trabajar como Juez Administrativo de la Oficina de Tránsito de la prestigiosa ciudad de Washington DC. Se casó con Margarita M en 1980, y se divorció de Margarita M en 1982. Entre ambos acontecimientos perdió todo su dinero, varios empleos, y el optimismo que no pocas veces procede del matrimonio. Al llegar a los 40 años el acróbata se quedó, primero sin red, y luego sin equilibrio.-

La separación de bienes del la pareja Pearson se desarrolló en el medio de un juicio divorcio en el cual los enojos de Margarita

podieron más que los tímidos reproches de Roy. Los recuerdos de ella actuaban como la mirilla telescópica de un rifle de alta precisión. Todas las mentiras de Roy aparecían en la mira del cazador despiadado que dispara y lastima con la cadencia de una danza sangrienta; lo que antes era un jabalí temible era hoy la parodia doméstica de un mastodonte sin entusiasmo. Margarita no desaprovechó la ocasión; parecía complacida con la faena. Roy Pearson Jr, convencido de su debilidad, y sorprendido por la cruda frialdad que demostraba Marga, supo que no saldría ileso de la sala de audiencias; sin embargo, quizás todavía confiado en sus viejos talentos (¿por qué será que uno es siempre el último en enterarse de que una habilidad propia, que antes causaba asombro, se nos ha escapado para siempre?) intentó una última pirueta legal. Trató de convencer al jurado de que su matrimonio estaba desquiciado por la funesta aparición del fiscal del Distrito John John Max quien, según su relato inverosímil y desordenado, había producido en Margarita los desmesurados efectos de las ilusiones amorosas y las catastróficas consecuencias de las decepciones del mismo género. El jurado, aburrido de un juicio que nunca aparecería en los medios de comunicación, y harto de las apelaciones incoherentes de Roy, tomó una medida ejemplificadora: sancionó al leguleyo con U\$ 12.000 dólares por revelar en el juicio cosas de la vida privada de Margarita. Luego de esta intervención del Juez, el resultado del pleito era previsible. Tras la lectura de una sentencia judicial breve pero contundente, Roy Pearson Jr comprendió que había perdido todos sus bienes. Tuvo un último reflejo al intentar que Margarita le reconociera la propiedad del lavarropas que ella le había regalado para festejar la última cena de San Valentino que pasaron juntos. Pero la negativa de Margarita fue terminante. Debes saber lector, que en el trance de la capitulación nada complace más al victorioso que la flojera del vencido. Las amarguras de la derrota se toman de un trago, y sin azúcar.-

Los días posteriores al divorcio, la vida de Roy siguió la conocida rutina de los solteros reincidentes; una sucesión de encuentros nocturnos con amigos perdidos en el tiempo y

parcialmente recuperados por la nostalgia. Sin embargo, con el paso de las semanas la rueda de camaradas se fue haciendo cada vez más reducida. En esas reuniones, de lentitud depresiva y de oscuros resentimientos alumbrados por el alcohol barato, Roy despotricaba a rienda suelta contra su ex mujer, como si ese rencor lo aliviara de la compleja tarea de encontrar un nuevo amor que silencie las arritmias de la conciencia intranquila. El grupo de sus amigos casados fue el primero en alejarse por exigencia de sus esposas que despreciaban a Roy. Sus correligionarios solteros también se alejaron porque el presupuesto de esas farras no era suficiente para garantizar ninguna diversión. Roy no tardó mucho tiempo en conocer las verdaderas amarguras del divorcio. Soledad y pobreza se mezclan, igual que el cielo y el horizonte cuando el día termina, para atenuar la provisoria derrota del sol que sobre ellos cae. Cuando el infinito y la certeza nos enfrentan en noches lerdas, hasta el más despojado llora.-

Una mañana, Roy pasó por su banco, y el cajero automático le dio una noticia alarmante: toda su fortuna ascendía a la suma de U\$ 2000. En pocos días tenía que desembolsar U\$ 3500 para pagar el alquiler de su vivienda y la cuota de manutención de Marga. En otras palabras: estaba quebrado. Pearson, como le sucedía cada vez que estaba en serios problemas, creyó tener una idea brillante, que en este caso consistía en demandar al tintorero de su barrio por la suma de 67 millones de dólares. El proyecto era sencillo: la tintorera coreana Soo Chung y su familia, como todos en el barrio lo sabían, o lo imaginaban en base al peligroso capricho que constituye el prejuicio de cualquier género, no respetaba ninguna de las indicaciones de la ley de defensa al consumidor. Los Chung prometían entregas inmediatas que no cumplían; hacían propagandas exageradamente optimistas, que bien podían ser consideradas como publicidades engañosas y utilizaban un almidón de pésima calidad que aceleraba la ruina de las camisas. Pero, sin embargo, de todos estos defectos quizás el que más molestaba a este grupo de usuarios, era el horripilante inglés que hablaban los Chung. Según Pearson, el defecto idiomático era parte de una cuidada estrategia para desinformar a los clientes y violar sus derechos deliberadamente. Los daños punitivos que los jueces le

aplicarían a la familia tintorera le devolverían a Pearson parte de su pasado glamoroso. Roy y Soo se vieron por última vez en la tintorería antes del juicio.-

- Soo Chung: Hola Mr. Roy, acá tiene pantalón suyo.-

- Roy Pearson: ¡Este no es mi pantalón! Usted me quiere engañar; le voy a enchufar una tremenda demanda por 60 millones de dólares.-

- Soo Chung: Mi no entiende. Inglés mío malo...

2) Los hechos del juicio. (24)

En el año 2005 comienza la disputa legal entre Pearson y los Chung. La demanda fue iniciada por la suma de 67 millones de dólares, que después fue reajustada a 54 millones. (25) Tamaña liquidación fue distribuida en U\$ 500,000 de honorarios profesionales que, por ser Pearson abogado en causa propia, también integrarían parte de su indemnización; U\$ 2.000.000 por daños y perjuicios y estrés emocional, U\$ 15.000 por viáticos que Pearson dice haber realizado para llevar su ropa a otro laverap y, finalmente, U\$ 51,5 millones en concepto de daños punitivos. Entre los juristas más conservadores, el caso Pearson fue utilizado para la argumentar en contra de los llamados juicios frívolos y denostar la aplicación de los daños punitivos. El sumario del expediente, que seguidamente analizaremos, recorrió las universidades del mundo, y miles de páginas de Internet. Es, antes que un pleito, un elogio a la ridiculez. El diario Washington Post, el Wall Street Journal y toda la prensa siguieron los entretelones del pleito al que irónicamente se referían como “El gran Juicio Americano de los Pantalones Perdidos”. La revista Fortune, puso el caso Pearson en una lista que distingue a los 100 asuntos más patéticos del año.-

Desde hace varios años que el pobre Roy Pearson Jr, sólo ha sumado derrotas en su vida, y restado dólares de su cuenta. A raíz de su participación en el pleito fue sancionado por “litigar innecesariamente y de mala Fe” En parte, y como correlato de su conducta en los tribunales, su contrato como juez administrativo no

fue renovado y Pearson quedó nuevamente desempleado. El informe laboral dice textualmente: No tiene una buena personalidad para desempeñarse como Juez de la Administración Pública de los Estados Unidos. Si no cambia su suerte, Pearson habrá convertido el sueño americano en un desvelo interminable.-

3) Sumario del Juicio.-

a) La Litis: El caso se origina por una demanda en la cual el Mr. Roy Pearson Jr, le reclama a Soo Chung, Jin Nam Chung y Ki Chung, y a todos titulares de la tintorería llamada Custom Cleaners una abultada suma de dinero por la pérdida de un par de pantalones que el señor Pearson dice haber dejado en la tienda de la familia Chung. Según el relato de Mr. Pearson, dejó su prenda en la tintorería de los Chung en el mes de mayo de 2005 para que le hagan reparaciones. Cuando Mr. Pearson fue a retirar el pantalón, asegura que la dueña de la tienda intentó darle una prenda distinta a la suya porque, presumiblemente, los tintoreros habían perdido el pantalón que él había dejado. Soo Chung rechaza categóricamente estas afirmaciones, insistiendo en que le devolvieron a Pearson los mismos pantalones que él había dejado en la tienda. (26)

b) Deber de Garantía: Pearson también interpone esta demanda porque entiende que el cartel expuesto en la vidriera del negocio que dice “Este servicio se presta con la garantía de entera satisfacción del cliente” lo habilita, en su condición de cliente decepcionado, a iniciar esta acción judicial. Según su criterio, los demandados deben honrar esa garantía escrita porque forma parte del contrato que los obliga a satisfacer todos los reclamos que sus clientes les hagan con relación al servicio ofrecido. Para Pearson, esa garantía no puede ser recortada o limitada por ningún concepto y lo habilita, a exigir una indemnización. (27)

c) La versión de Pearson: Cuando Mr. Pearson pasó a retirar sus pantalones, un día 5 de mayo, fue informado por la Sra. Chung que la prenda todavía no estaba lista. Pero le prometió que estaría

disponible al día siguiente. Según Mr. Pearson, cuando concurrió al local al otro día, los pantalones tampoco estaban disponibles, fue entonces que la misma Sra. Chung le pidió otro día más de espera para localizar la prenda. Pearson aceptó. Pero los pantalones todavía no aparecían a la mañana del sábado 7 de mayo. Mrs Chung le promete intensificar la búsqueda aduciendo que por error habían mandado la prenda a una dirección equivocada. Pearson acepta la excusa, pero le advierte que si los pantalones no aparecen rápido le deberán abonar unos U\$ 1000 para indemnizarlo. Mr. Pearson, les recuerda que el pantalón era de una calidad excelente y sumamente costosa. La señora se compromete a llamarlo ni bien tenga novedades de la prenda; sin embargo, ese llamado no se hizo efectivo nunca lo que motivó que el Sr. Pearson se presentara nuevamente en el local la tarde del día 7 de mayo. Al verlo llegar, la Sra. Chung, sin hacer ningún comentario, le entrega un par de pantalones colgados en una percha. En ese momento, Pearson le advierte que no eran los pantalones que él había dejado para hacer las reparaciones. Se produce entre ellos una discusión; Mrs Chung insiste en que la prenda era la misma. Para no continuar con esa disputa, que parecía endurecerse, Pearson se retira de la tienda. A los pocos días remite una carta documento en la que, luego de relatar su versión de los hechos, intima a los Chung a que le entreguen de manera inmediata la prenda perdida. También los intima al pago de U\$ 1150 en concepto de daños y perjuicios. Alega, entre otras cosas, que la tintorería había incurrido en una grave violación a la normativa que protege a los consumidores, al incumplir la promesa de brindar el servicio a entera satisfacción del cliente. Asimismo, advierte a Chung que de no avenirse al pago de la suma reclamada, iniciaría un pleito contra Custom Cleaners, (nombre de la tintorería) por diversas violaciones a ley contractual, y por conducta comercial fraudulenta. En la misma carta señala que de tener que iniciar la demanda, la sumar a reclamar no sería inferior a los U\$ 50.000. Los Chung ni siquiera contestan a esta intimación. (28)

d) La versión de los Chung: Para los demandados, lo hechos ocurrieron de manera completamente distinta. Cuenta la Sra. Chung

que Ella recibió la prenda para hacerle modificaciones en su talle. El trabajo es recibido, y se le informa al cliente que el pantalón estará listo un día viernes. A pedido de Pearson, luego se cambia la fecha de entrega, comprometiéndose la misma para el día jueves anterior. Las reparaciones en el pantalón fueron hechas en tiempo y forma; sin embargo, por un error involuntario, la prenda es remitida a una dirección distinta a la indicada en la boleta. Finalmente, la Sra. Chung relata que la prenda es recuperada y entregada al cliente un día sábado. (Es decir 48 horas después de la entrega prometida en la orden de servicio). Sin embargo, Pearson se niega a recibir esa prenda, manifestando que no era su pantalón. Se inicia una discusión entre las partes. En ese momento la Sra. Chung se comunica telefónicamente con la encargada del taller donde las reparaciones fueron hechas, y le solicita que le explique al cliente todo el derrotero de los pantalones hasta llegar nuevamente a la sede de Custom Cleaners. Soo Chung cuenta que le pidió a esa encargada que le explique ella misma qué pasó con los pantalones, porque domina el idioma inglés mucho mejor que ella. Sin embargo, este intento conciliatorio no dio resultado; Pearson continuó con su negativa, insistiendo en que los pantalones no eran los suyos. La Sra. Chung manifiesta que no contestaron la carta documento remitida por Pearson porque estaban completamente seguros de haber actuado conforme a derecho, y de no deberle a Pearson ni la suma de dinero, ni los pantalones reclamaos de muy mala fe. (Ver nota 19). Soo Chung manifiesta que en los años que lleva trabajando jamás recibió queja de ningún cliente, a excepción de Mr. Pearson.-

e) El cartel publicitarios, la lealtad comercial, la garantía y el absurdo: En cuanto al cartel que estaba exhibido en la vidriera, y que prometía que los servicios de Custom Cleaners se prestaban a entera satisfacción del cliente, Soo Chung explica que ni ella, ni el resto de sus familiares pensaron en utilizar ese cartel como una estrategia comercial engañosa. Se trataba, explican una y otra vez, de una publicidad similar a la que otros negocios del barrio ponen en sus vidrieras. No obstante, luego de recibir el reclamo de Pearson, decidieron quitar el cartel de su negocio. Para los Chung, la entera

satisfacción del cliente, no incluye a todos los reclamos, sino aquellos que guardaran alguna relación con el sentido común. No se prometía a los clientes una suerte de cheque en blanco para que hagan cualquier clase de reclamo, sino que era un compromiso de la tienda a satisfacer las quejas por un eventual servicio defectuoso (Finalmente, éste será el camino que seguirá el Tribunal). Soo Chung reflexiona que nadie puede suponer, de buena fe, que un comerciante puede garantizarles a sus clientes que se hará cargo de cualquier reclamo que le hagan, por más que sea injusto, o como éste, directamente descabellado. A modo de ejemplo de cómo estos comerciantes entienden el concepto, entera satisfacción del cliente, Soo Chung explica que más de una vez rehizo un trabajo, o mandó a planchar nuevamente la camisa de un cliente insatisfecho, o cosas similares. En otras palabras: la garantía de entera satisfacción, es una muestra de que la tienda está dispuesta a solucionar, siempre a favor del cliente, los reclamos que pudieran ocasionarse durante la prestación del servicio. Incluso, cuenta Soo Chung, si el cliente seguía disconforme, Custom Cleaners le devolvía el importe del dinero que había abonado. Hasta ese punto llegaba la garantía de entera satisfacción del cliente. Pero jamás, termina Chung, se le pueden dar los alcances que ahora pretende Mr. Pearson. (29)

f) Las pruebas testimoniales de Pearson: Al momento de ofrecer pruebas, Mr. Pearson llama a declarar a 26 testigos de los cuales, para evitar duplicaciones innecesarias, la Corte acepta sólo 4. Se trata de cuatro clientes de Custom Cleaners que aseguran haber tenido algunos inconvenientes en la tienda de Chung en el pasado. A pesar de la oposición de los Chung a estos testimonios, basada en que el pleito era contra Pearson y no contra otros clientes, la Corte aceptó estas declaraciones testimoniales, porque considera que son relevantes para poder determinar una eventual aplicación de daños punitivos que podría derivarse si se comprobara que Custom Cleaners no cumplía con la garantía de entera satisfacción de su clientes. (30) Uno de los testigos manifiesta que una vez una prenda suya resultó dañada, otro que en una ocasión se extravió un sweater; otro que una prenda destinó; y otro que sus pantalones se arruinaron luego de un lavado hecho en la tienda de los Chung. Es importante señalar que ninguno

de estos testigos sustanció jamás una queja formal contra Custom Cleaners. En la mayoría de los casos, los testigos dicen que les era muy difícil entender lo que los Chung trataban de expresarles, llegando a aceptar que ese defecto de la comunicación, originado en el pobre dominio de la lengua inglesa que tienen los Chung, pudo haber causado un mal entendido antes que una mala atención o un fraude al derecho de los consumidores. Por lo tanto, analizados estos testimonios, la Corte no puede concluir que sirvan para probar que los Chung hayan incumplido su obligación de garantizar el servicio que ofrecían. Ninguno de los testigos aportados por Pearson interpretó el cartel de garantía a entera satisfacción del cliente, con el mismo sentido y alcances que él lo hizo. Esta circunstancia tendría mucha importancia en la sentencia que luego dictara la juez Bartnoff. Cada uno de los testigos explicó que esa garantía significa que en caso de pérdida, destrucción o daño de una prenda, la compañía se tenía que hacer cargo de la situación dándole una solución favorable al cliente. Por ejemplo, pagando el valor de la prenda arruinada cuando la misma no podía ser reparada. (31)

g) La relación de consumo: El fallo expresamente determina que entre Pearson y Custom Cleaners, existió una relación de consumo que obligaba a resolver el asunto aplicando las normas específicas del derecho consumerista. En ese orden, el cartel que decía “A entera satisfacción del cliente” debe interpretarse dentro de ese microsistema legal. De acuerdo a las leyes de ese Estado, habrá una infracción al estatuto consumerista siempre que los avisos, informaciones, o publicidades de cualquier tipo que se ofrecen a los clientes (el mencionado cartel, por caso), (a) representen que los bienes o servicios ofrecidos tengan cualidades, o cantidades, o beneficios que en realidad no tengan; (b) representen que los bienes o servicios ofrecidos son de un modelo o estilo que no tienen; (c) sean eficientes para inducir a errores materiales a los adquirentes; (d) contengan omisiones sobre las particulares del bien o servicio, siendo esas omisiones eficientes para inducir a error o confusión; (e) se ofrezcan servicios que luego se venden de una manera distinta a la ofrecida en el aviso (esta infracción es la que nosotros conocemos

como ‘violación al principio de identidad de la oferta’, que sanciona toda divergencia entre el bien ofrecido y el que efectivamente se entrega). (32)

h) El argumento central de Pearson en el pleito: El cartel a entera satisfacción del cliente, expuesto en la vidriera de Custom Cleaners, resultó ser una promesa falsa, o una oferta de servicio que no fue cumplida. Por lo tanto, ese cartel constituye, per se, una infracción a la ley de defensa al consumidor. En otras palabras, más allá de que no haya sido interpretado como fraudulento por los otros clientes, o que en los hechos no haya ocasionado alguna confusión entre la clientela, su sola existencia constituye una violación a la ley. Los proveedores no deben hacer publicidades engañosas o prometer cosas que no estén en condiciones de cumplir. Evidentemente la flaqueza del argumento consiste en que el cartel solamente fue eficiente para engañar a Pearson y no a otros clientes de la tienda. La Jueza utilizó este criterio para decir en el veredicto definitivo que el cliente promedio de la tienda no padeció los inconvenientes que Pearson quiere demostrar que se siguen de la mera exhibición del cartel.-

i) La cuestión probatoria: Es interesante que el lector aprecie como la jueza americana distribuyó las cargas probatorias. En primer término limitó las cuestiones a debatir. En ese orden, dos eran las cuestiones que debían probarse. Una, que los pantalones que los tintoreros le habían devuelto a Pearson no eran los mismos que él había dejado para su planchado. La otra, determinar si el cartel cuestionado tenía entidad suficiente para resultar engañoso para la clientela habitual que visita el negocio comercial. Veamos cómo la Jueza Judith Bartnoff asignó obligaciones probatorias a las partes. Quizás sea en este punto donde las diferencias con nuestro estatuto de defensa al consumidor resultan más notables. Con relación al cartel engañoso, estableció que pesa sobre el actor la tarea de demostrar que los Chung tuvieron intención engañarlo mediante la exposición de un cartel engañoso que producía confusiones con relación al servicio ofrecido. Más aún, la Jueza le exige a Pearson un estándar probatorio

altísimo, al requerir prueba clara, convincente e inequívoca de sus afirmaciones, resolviendo que ninguna de ellas alcanzó ese estándar. Lo mismo ocurre con relación a los pantalones, donde su obligación consistía en demostrar que la prenda que le habían entregado en la tintorería no era la que él había dejado previamente para su planchado o reparación. Por el contrario, dice la jueza, Pearson no pudo aportar prueba convincente sobre este punto, quedando la cuestión a medio resolver entre los dichos de ambas partes. ('La prueba relacionada a esta cuestión, está en un punto de equilibrio', dice la Magistrada). En nuestro derecho, la cuestión debió resolverse claramente a favor del consumidor, por aplicación del artículo 3° de la Ley 24.240; pero en ningún momento debemos perder de vista que se estaba juzgando a una persona que quería obtener más de 50 millones de dólares por la supuesta pérdida de un par de pantalones. Parece claro que la obligación probatoria impuesta a Pearson era casi imposible de alcanzar. Para rematar, la jueza aclara que no es función del tribunal cómo ocurrieron exactamente los hechos, cosa que resulta imposible, sino evaluar de las pruebas que Pearson aportó para convencerla de que la conducta de los Chung fue antijurídica. (33) En ese sentido, la Jueza Bartnoff entendió que las declaraciones de la Sra. Soo Chung eran verosímiles. Sobre todo porque ella misma reconoció la disputa referida a la prenda extraviada, y el error que habían cometido al entregar los pantalones en una dirección equivocada. Todos sus dichos, dice la magistrada, son más creíbles que la historia que presenta Pearson, según la cual cuando él se presentó a reclamar sus pantalones, Soo Chung raudamente se dirigió a la parte de atrás del local y le dio una prenda cualquiera tratando de aparentar que eran los pantalones de Pearson. No hay ninguna evidencia que permita seguir el camino de este razonamiento, concluye la jueza. (34)

j) El cartel y la publicidad engañosa. Lealtad comercial: Otro aspecto importante que se resolvió en esta causa es el referido al concepto entera satisfacción del cliente. Es decir, si puede interpretarse ese aviso como un derecho que los consumidores tienen para que el proveedor les conceda una suerte de derecho ilimitado a reclamar. El tribunal encontró absurdo el razonamiento del actor

referido a que el cartel de entera satisfacción al cliente, significa que el proveedor está obligado a una garantía ilimitada. Lo que el actor procura es que ante cualquier reclamo el proveedor se haga cargo, aún sabiendo que el cliente está mintiendo o actuando de mala fe. No hay ninguna ley que apoye este criterio. Al contrario. El principio universal del derecho es el de la buena fe, las leyes no defienden posiciones que no sean razonables.-

k) La idea del consumidor medio: Ningún consumidor razonable podría interpretar que una garantía de satisfacción se extiende de tal forma que alcance a cubrir reclamos que no sean razonables. No se trata de dejar a los proveedores a merced de los caprichos injustificados de los consumidores. La garantía de satisfacción al cliente no los obliga a aceptar reclamos injustificados. El consumidor promedio no puede interpretar que un cartel que dice 'A entera satisfacción del cliente' constituye un derecho ilimitado a su favor. Se entiende que esos carteles se refieren a las razonables expectativas de un cliente normal. No hay leyes que permitan los reclamos ilimitados a favor de los usuarios. (35)

l) Interpretación razonable del Derecho: El concepto entera satisfacción del cliente significa que si el servicio ha sido defectuoso, el proveedor deberá repetirlo hasta que sea aprobado por el cliente. Y, si esto no es posible porque la prenda resultó dañada, entonces el proveedor deberá recompensar al usuario dándole una suma de dinero que sea suficiente para adquirir una nueva o –directamente – entregarle una prenda idéntica a la arruinada. Sin embargo, Mr. Pearson interpretó que el cartel exhibido en la vidriera del negocio lo habilitaba a realizar cualquier clase de reclamo, sin ninguna limitación. Por otra parte, dice la Jueza, no se aportó evidencia que acredite que los Chung no estuvieran predispuestos a honrar los compromisos asumidos. Cuando Pearson declaró que sus pantalones habían sido perdidos, Soo Chung le ofreció pagarle el precio entero de la prenda, sin siquiera requerirle una documentación que probase su valor; simplemente aceptó como cierto el precio que le indicó el cliente. Este comportamiento es indiciario de que la correcta conducta comercial

de los dueños de la tintorería, dice para terminar el veredicto. La jueza Bartnoff, finalmente, rechazó la demanda presentada por Roy L. Pearson, y le impuso el pago de las costas, poniéndole fin a un fallo muy largo, y a una demanda desatinada.-

Por simple curiosidad, seguí las crónicas del caso luego de la sentencia. Sin mucho asombro, pude comprobar que la carrera de Pearson continúa a paso firme el amargo rumbo de los infortunios repetidos. Luego de haber recuperado su cargo como Juez administrativo, al finalizar su contrato en el año 2010, no fue renovado en su cargo. El incansable Pearson inició un juicio contra el municipio donde reclamó la restitución de la posición laboral. En mayo de 2010, luego de ser rechazado su pedido en la primera instancia, un tribunal de alzada también denegó la apelación porque la presentación no reunía los requisitos para su procedencia. Son incontables las páginas Web que se abren con sólo poner su nombre en cualquier buscador de Internet. Roy L. Pearson logro una envidiable publicidad que nadie envidia, y él ni siquiera puede evitar. Son las paradojas de la ambición.-

VI. Final:

Termino el trabajo con algunas conclusiones finales que espero sean de alguna utilidad:

- 1) El artículo 48°, LDC, incluye dos figuras punibles distintas; una, es la denuncia maliciosa, la otra, es la denuncia sin justa causa;
- 2) La denuncia maliciosa supone la intención de perjudicar al proveedor;
- 3) La denominada denuncia sin justa causa se constituye sin ese elemento subjetivo;
- 4) La figura contemplada en el artículo 48°, LDC, es solamente aplicable en la sede administrativa;

- 5) El artículo analizado resulta incongruente con el sistema tuitivo establecido en la Ley 24.240, toda vez que es una norma que ocasiona graves peligros para los consumidores, quienes pueden ser sancionados aún actuando de buena fe;
- 6) La norma no prevé un mecanismo para sustanciar esta figura dentro del procedimiento administrativo previsto en el artículo 45°, LDC;
- 7) En el derecho comparado hay ejemplos de figuras similares al artículo 48°, LDC. Sin embargo, su tratamiento es distinto. El abogado, o el estudio que interviene son pasibles de la misma responsabilidad que le cabe al titular de la acción o al beneficiario de la defensa desatinada;
- 8) Una posterior reforma de la Ley 24.240 debería considerar estos.-

Referencias bibliográficas

(1) Es abogado (UBA), especialista en relaciones de consumo. Es Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos), y en diversas cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado et al, " La Responsabilidad Objetiva: El artículo 1113 del Código Civil". Ediciones Jurídicas de Cuyo. En 2009 publicó " La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado". Ed. Universidad. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor. Ha disertado en diversas conferencias y seminarios sobre el tema. Las críticas y comentarios que el lector quiera hacer sobre el contenido de este artículo serán muy bien recibidos en fernandoshina@gmail.com.

(2) Hemos resaltado, cada vez que tuvimos oportunidad de hacerlo, que es vital en nuestro país una profunda reestructuración del ejercicio de las competencias y atribuciones relacionadas con la legislación de protección de consumidores y usuarios. No caben dudas de que mientras esta función esté asignada a organismos, cualquiera sea su rango o jerarquía, dependientes de áreas económicas, la protección estatal en la materia estará condenada al fracaso y, en el mejor de los casos, dependerá de arrestos individuales de algún funcionario, o de que la coyuntura indique que en determinado momento es políticamente conveniente defender a los consumidores. (Dante RUSCONI y Jorge BRU en Manual del Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo-Perrot, año 2010, página 540. El subrayado es propio).

(3) En cuanto a la participación del consumidor en el procedimiento queda, como principio, acotada a la presentación del reclamo formal y a la intervención en la audiencia de conciliación. Una vez clausurada la etapa de conciliación, hay quienes sostienen que estaría vedada toda actuación directa del consumidor en el expediente (Jorge BRU y Dante RUSCONI en Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2010, página 561).

(4) En la actualidad, una vez desarrollada la audiencia previa, el consumidor se convierte un convidado de piedra en las actuaciones, no teniendo legitimación alguna. A tal punto que ni siquiera puede plantear apelación ante la desestimación de una denuncia presentada por él. (Roberto VÁZQUEZFERREYRA en PICASSO – VÁZQUEZFERREYRA Ley de Defensa del Consumidor. Ed. La Ley, año 2009, página 536).

(5) Con el objetivo de evitar que la posibilidad de denunciar ilícitos de consumo pudiera derivar en usos ajenos con la finalidad de la ley (v.gr. ejercer presión para obtener dinero en la audiencia conciliatoria), se ha buscado limitar las denuncias sancionando aquellas que sean consideradas maliciosas, esto es, aquellas que sean infundadas y persigan cuasar un perjuicio al deudor. (Jorge WAJNTRAUB en Ley

de Defensa del Consumidor. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010, página268). Acuerdo parcialmente con el autor, porque bien puede tratarse de una denuncia infundada que no busque perjudicar a nadie, circunstancia que no merecería otro reproche que la desestimación del reclamo, pero no una punición como la prevista en el artículo 58° LDC

(6) Se permite la denuncia, pero se consagra una responsabilidad por los daños que ésta cause. Esta responsabilidad es restringida, ya que se da primacía al denunciar porque deben investigarse los delitos. Cuando uno denuncia no sabe todo, puede equivocarse, y justamente lo que uno quiere es que se investigue. Consecuentemente, no puede responder por las equivocaciones. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia entendieran que no se responde por culpa sino por dolo, y en su caso por culpa grave. (LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 623).

(7) Horacio Luis BERSTEN. Derecho Procesal del Consumidor del Consumidor, año 2005, página 86.

(8) Esta sanción que puede recibir el denunciante es preocupante, pues el consumidor normalmente carece de los conocimientos técnicos o jurídicos suficientes para colocarse a la par del empresario proveedor de la mercadería o del servicio. Ahora bien, si para proteger al usuario se dictó esta ley, y luego el consumidor es sancionado con una multa de hasta cinco millones de pesos por un error en su apreciación de la causa, se torna casi inaplicable el capítulo XII. (FARINA, Juan M. Defensa del Consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2008 página 537).

(9) Creemos que lo correcto habría sido disponer que las sanciones por ‘denuncias maliciosas’, y sólo en estos casos (excluyendo toda sanción por denuncia sin justa causa), sean establecidas por los órganos judiciales competentes, otorgando al supuesto infractor el derecho de defensa en juicio en todas las instancias admitidas en la

jurisdicción respectiva. (FARINA, Juan M. Defensa del Consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2008 página 537).

(10) El art. 902 del Cód. Civ, traduciendo un principio de ejemplaridad, nos dice que cuanto mayor es el deber de obrar con cuidado y previsión, mayor es la consecuencia dañosa por la cual el agente debe responder; los profesionales, como personajes líderes de la sociedad, deben extremar su diligencia en el cumplimiento del quehacer encomendado. El avance de las ciencias hace que en cada una de las ramas del saber profesional existan conocimientos sólidos y precisos, cuya posesión es inexcusable y cuya ignorancia da pie a comportamientos erróneos o equivocados por cuales se debe responder; no es verdad que todo sea opinable, librado a la inspiración o a la intuición. (Jorge MOSSETTURRASPE, en Responsabilidad Civil. Ed. Hammurabi, año 1993, página 456).

(11) Federal Rules of Civil Procedure. Rule 11: Every pleading, written motion, and other paper must be signed by at least one attorney of record in the attorney's name — or by a party personally if the party is unrepresented. The paper must state the signer's address, e-mail address, and telephone number. Unless a rule or statute specifically states otherwise, a pleading need not be verified or accompanied by an affidavit. The court must strike an unsigned paper unless the omission is promptly corrected after being called to the attorney's or party's attention. (b) Representations to the Court. By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper — whether by signing, filing, submitting, or later advocating it — an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances: (1) It is not being presented for any improper purpose, such as to harass, cause unnecessary delay, or needlessly increase the cost of litigation;(2) The claims, defences, and other legal contentions are warranted by existing law or by a non frivolous argument for extending, modifying, or reversing existing law or for establishing new law; (3) The factual contentions have evidentiary support or, if specifically so identified, will likely have

evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or discovery; and (4) The denials of factual contentions are warranted on the evidence or, if specifically so identified, are reasonably based on belief or a lack of information. (c) Sanctions.(1) In General. If, after notice and a reasonable opportunity to respond, the court determines that Rule 11(b) has been violated, the court may impose an appropriate sanction on any attorney, law firm, or party that violated the rule or is responsible for the violation. Absent exceptional circumstances, a law firm must be held jointly responsible for a violation committed by its partner, associate, or employee. (4) Nature of a Sanction. A sanction imposed under this rule must be limited to what suffices to deter repetition of the conduct or comparable conduct by others similarly situated. The sanction may include non monetary directives; an order to pay a penalty into court; or, if imposed on motion and warranted for effective deterrence, an order directing payment to the movant of part or all of the reasonable attorney's fees and other expenses directly result from the violation.

(12) Texto del fallo original:We are sensitive to the need for the courts to remain open to all who seek in good faith to invoke the protection of law. An appeal that lacks merit is not always--or often--frivolous. However we are not obliged to suffer in silence the filing of baseless, insupportable appeals presenting no colorable claims of error and designed only to delay, obstruct, or incapacitate the operations of the courts or any other governmental authority. Crain's present appeal is of this sort. It is a hodgepodge of unsupported assertions, irrelevant platitudes, and legalistic gibberish. The government should not have been put to the trouble of responding to such spurious arguments, nor this court to the trouble of 'adjudicating' this meritless appeal. *Crain v. Commissioner*, 737 F.2d 1417, 1418 (5th Cir. 1984).

(13) So, when a judge calls an argument "ridiculous" or "frivolous," it is absolutely the worst thing the judge could say. It means that the person arguing the case has absolutely no idea of what he is doing, and has completely wasted everyone's time. It doesn't mean that the case wasn't well argued, or that judge simply decided for the other

side, it means that there was no other side... The argument was absolutely, positively, incompetent. The judge is not telling you that you that you were “wrong.” The judge is telling you that you are out of your mind. (Ver <http://evans-legal.com/dan/tpfaq.html#purpose>).

(14) Ser moderno es una cuestión muy peligrosa; de repente podríamos quedar fuera de moda. Oscar WILDE. Aforismos, paradojas y digresiones. Ed. Península, año 1997, página 47.

(15) *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994).

(16) Nota del autor: El caso se presenta como una versión libre que pretende por un lado su estudio y comprensión, pero también el mero entretenimiento derivado de su lectura. No obstante, los criterios jurídicos seguidos por los tribunales extranjeros fueron respetados.

(17) Texto del fallo original: *Bogle & Ors v McDonald's Restaurants Ltd.* (2002) EWHC 490 (QB) (25th March, 2002.) There has been no research performed on human skin to study the relative effects of temperature and duration of contact. However, pigs have skin very similar to human skin and there has been research using pigs. The classic paper in this field is Moritz and Henriques: “The relative importance of time and surface temperature in the causation of cutaneous burns” published in (1947) 23 *American Journal of Pathology* 695-720. This research shows that the minimum temperature at which skin burns is 44 degrees Celsius. At 50 C the duration of exposure required for a full thickness burn is 257 seconds. At 55 C the duration for such a burn is 11 seconds. At 65 C the duration required is just 2 seconds. The relationship between the surface temperature of the skin and the exposure time required for a full thickness burn is exponential

(18) Los datos relacionados a McDonald's fueron tomados de www.mcdonalds.com.ar y Wikipedia. The free encyclopedia.

(19) *Bogle & Ors v McDonald's Restaurants Ltd.* (2002) EWHC 490 (QB) (25th March, 2002).

(20) Texto del fallo original: If this submission be right, McDonald's should not have served drinks at any temperature which would have caused a bad scalding injury. The evidence is that tea or coffee served at a temperature of 65 C will cause a deep thickness burn if it is in contact with the skin for just two seconds. Thus, if McDonald's were going to avoid the risk of injury by a deep thickness burn they would have had to have served tea and coffee at between 55 C and 60 C. But tea ought to be brewed with boiling water if it is to give its best flavour and coffee ought to be brewed at between 85 C and 95 C. Further, people generally like to allow a hot drink to cool to the temperature they prefer. Accordingly, I have no doubt that tea and coffee served at between 55 C and 60 C would not have been acceptable to McDonald's customers. Indeed, on the evidence, I find that the public want to be able to buy tea and coffee served hot, that is to say at a temperature of at least 65 C, even though they know (as I think they must be taken to do for the purposes of answering issues (1) and (2)) that there is a risk of a scalding injury if the drink is spilled (*Bogle & Ors v McDonald's Restaurants Ltd.* (2002) EWHC 490 (QB) (25th March, 2002).

(21) Texto del fallo original: Persons generally expect tea or coffee purchased to be consumed on the premises to be hot. Many prefer to consume a hot drink from an unlidded cup rather than through a spout in the lid. Persons generally know that if a hot drink is spilled onto someone, a serious scalding injury can result. They accordingly know that care must be taken to avoid such spills, especially if they are with young children. They expect precautions to be taken to guard against this risk but not to the point that they are denied the basic utility of being able to buy hot drinks to be consumed on the premises from a cup with the lid off. Given that the staff were trained to cap

the drinks securely and given the capabilities of the cups and lids used, I am satisfied that the safety of the hot drinks served by McDonald's was such as persons generally are entitled to expect. Accordingly, I hold that in serving hot drinks in the manner in which they did McDonald's was not in breach of the CPA.

(22) Texto del fallo original: The burns suffered by many of the claimants were serious, involving severe pain and skin grafts. I have taken this carefully into account whilst considering the issues I have to determine. However, for the reasons given above, I answer “No” to all of the preliminary issues; the allegations contained in those issues that McDonald’s are legally liable for these unfortunate injuries have not been made out.

(23) SUPERIOR COURT OF THE DISTRICT OF COLUMBIA CIVIL DIVISION, Docket No. 05 CA 4302 B, calendar 7, June 25, 2007. Judge Bartnoff.

Nota del autor: El caso se presenta como una versión libre que pretende por un lado su estudio y comprensión, pero también el mero entretenimiento derivado de su lectura. No obstante, los criterios jurídicos seguidos por los tribunales extranjeros fueron respetados, incluyendo las citas en su idioma original.

(24) Nota del autor: Más allá de la versión paródica que elegí para abordar el tema, me resultó muy interesante, aunque también me sorprendió un poco, que en los primeros considerandos del veredicto el tribunal dibujara un perfil biográfico del actor de este pleito tan particular y desmesurado. Es evidente que la personalidad del litigante era una cuestión de mucha importancia para comprender cómo se llega a pergeñar un caso de esta naturaleza. El juzgado describe al actor como un abogado que ingresó a trabajar como asesor legal en una oficina municipal donde cumplió tareas durante 25 años. En el transcurso de su carrera se especializó en derecho del consumidor. Luego, dejó su cargo en la burocracia municipal y se dedicó en forma privada al asesoramiento profesional. El tribunal se refiere a esa época, comprendida entre los años 2002 a 2005, como años de

desempleo y escaso trabajo para Mr. Pearson, que en parte se mantenía con un subsidio por desempleo que el Estado le había concedido. El Magistrado, para mayor asombro de este redactor, introduce en el pleito contra los tintoreros cuestiones que se ventilaron durante el juicio de divorcio de Pearson ocurrido en el año 2003. Allí se menciona que Pearson actuó como abogado en causa propia, y el pleito fue inusualmente largo y complicado. En ese divorcio, Pearson resultó acusado de demorar innecesariamente el litigio, obstruyendo la labor judicial y perdiendo deliberadamente el tiempo de su contraparte. A raíz de esta circunstancia fue obligado al pago de U\$ 12.000 en la liquidación final de las costas del juicio. Es indudable que el Magistrado consideró, principalmente, estos antecedentes personales del actor cuando tuvo que analizar el caso de los pantalones extraviados. En verdad, es tan impactante la ridiculez de entablar una demanda de más de 50 millones de dólares contra un pequeño negocio de laverrap por la pérdida de un pantalón que esos antecedentes biográficos bien pueden explicar muchas cosas. Lo explican todo, creo.

Texto del fallo original: 1. Plaintiff Roy Pearson is a lawyer. He received his law degree from North-western University Law School in 1975 and then was a teaching fellow at Georgetown Law Center for two years. In 1978, he became a staff attorney at Neighbourhood Legal Services in the District of Columbia, where he worked for the next 25 years. After six years as a staff attorney, Mr. Pearson became a consumer law specialist in the law reform unit, and in 1989, he was named Assistant Director for Legal Operations. He left Neighbourhood Legal Services in 2002. He did some consulting work for Legal Services thereafter, but he essentially was unemployed until the spring of 2005. After he left Legal Services, he received unemployment benefits from the District of Columbia. In April 2005, he was appointed to be a District of Columbia Administrative Law Judge. 2. In February 2003, shortly after Mr. Pearson left Legal Services, his wife filed for divorce in the Circuit Court of Fairfax County, Virginia. Mr. Pearson represented himself in the divorce proceedings, and he contested certain of his wife's claims regarding

their separation. According to Mr. Pearson, he spent much of the next year and a half on the divorce case. The trial court in Fairfax County made specific findings that the litigation was disproportionately long, despite the relative simplicity of the case, and that Mr. Pearson “in good part is responsible for excessive driving up of everything that went on here” and created “unnecessary litigation.” Mr. Pearson therefore was ordered to pay \$12,000 of his wife’s attorney’s fees. Mr. Pearson appealed, and the Virginia Court of Appeals affirmed the trial court’s finding.

(25) Nota del autor: el actor hace un cálculo, en el cual considera que cada uno de los tintoreros cometió, de manera ininterrumpida, siete infracciones a la ley de lealtad comercial y de defensa del consumidor durante varios años. Durante la tramitación del pleito, el actor amplía su demanda y manifiesta que representa a miles de usuarios, de manera tal que su cálculo de daños compensatorios y punitivos, comprendía a miles de potenciales usuarios damnificados. Sin embargo, esta fue una de las primeras cuestiones que el tribunal rechazó, aclarando que no se trataba de una acción colectiva o de clase, sino que Pearson actuaba en su propio beneficio

Texto del fallo original: On October 31, 2006, when this case had been pending for nearly a year and a half, the defendant sought to amend and supplement the Complaint to assert claims as a private attorney general on behalf of potentially thousands of other consumers... During the trial, the Court reminded the plaintiff on numerous occasions that his claims in this case involve himself alone.

(26) Texto del fallo original: This case has its origin in a dispute between plaintiff Roy Pearson and defendants Soo Chung, Jin Nam Chung and Ki Y. Chung over a pair of allegedly missing pants. The defendants own Custom Cleaners, a dry cleaning store on Bladensburg Road, NE, within walking distance of the plaintiff’s home. Mr. Pearson claims that he took his pants to Custom Cleaners for alterations in May 2005, that the defendants lost his pants, and that they then attempted to substitute another pair of pants for his. The defendants deny the plaintiff’s allegations, and they insist that the

pants they attempted to return to him—which he has refused to accept—are the pants that he brought in to be altered.

(27) Texto del fallo original: Mr. Pearson also claims that a “Satisfaction Guaranteed” sign that, until recently, was displayed in Custom Cleaners was an unconditional warranty that required the defendants to honour any claim by any customer, without limitation, based on the customer’s determination of whatever would make that customer “satisfied.” According to the plaintiff, the defendants did not honour and had no intention of honouring that purported unconditional guarantee of satisfaction to their customers, which he contends is an unfair trade practice under the Consumer Protection Procedures Act, D.C. Code § 28-3901 et seq. (“CPPA”), on several grounds

(28) Texto del fallo original: 12. Soo Chung initially gave Mr. Pearson a claim ticket that reflected that the pants would be ready on Friday, May 6, 2005 at 5:00 p.m. He pointed out to her that he wanted the pants on Thursday, and she then crossed out “FRI” on the receipt, by hand, and wrote in 10 “Thur. 4:00.” When Mr. Pearson came to Custom Cleaners on May 5 for the pants, they were not ready, and Ms. Chung eventually told Mr. Pearson that they mistakenly had been taken to another store. Mr. Pearson testified that he reminded her that he needed the pants to wear the next day and she said she would have the pants for him at 7:30 the next morning, but when he went to Custom Cleaners on the morning of May 6, the pants still had not been located. Ms. Chung asked Mr. Pearson to return the next day, which he did. The parties’ versions of events differ from that point. Mr. Pearson testified that the pants were not at the store on Saturday, May 7, and that Ms. Chung asked him to speak with someone (he thought she was identified as Soo Chung’s sister) over the telephone. Based on that conversation, he went home and brought back his suit jacket, to help Ms. Chung identify his pants. According to Mr. Pearson, he had brought the claim check to the store, and he realized when he returned home to get the jacket that Ms. Chung had the claim check. He says that when he returned to the store with the

jacket, he asked for the claim check, and Ms. Chung told him that she had given it back to him. In order to motivate Ms. Chung to find his missing suit pants, Mr. Pearson also told her that the loss of the pants effectively amounted to the loss of the suit, which it would cost at least \$1000 to replace. 13. Mr. Pearson testified that Ms. Chung then promised to continue to search for his pants. She did have the grey slacks that he had brought in for alterations, and she offered those pants to him, but she first insisted on measuring the inseam and waist. He attempted to pay for the gray slacks with his credit card, but he was over his limit, and he therefore left the pants at the cleaner. He eventually picked them up on May 14, 2005. 14. According to Mr. Pearson, Ms. Chung had said that she would call him, but she did not. He therefore went to Custom Cleaners on the following Saturday afternoon, May 14, 2005. When he arrived, Ms. Chung, without comment, gave him a pair of grey pants with cuffs that were on a hanger. He testified that those pants obviously did not match his suit jacket, which was still hanging in the store, but Ms. Chung nonetheless insisted that the pants were his. Mr. Pearson determined that there was no point in discussing the matter further, and he left. He then realized that he had left a carrying case with papers at Custom Cleaners, and he returned to the store to retrieve it and had a further conversation with Soo Chung. He testified that she continued to state that the pants were his.

(29) Texto del fallo original: 20. Ms. Chung also testified that no one other than Mr. Pearson ever has complained about the “Satisfaction Guaranteed” sign or suggested that it was misleading in any way. She further testified that she did not think the sign was misleading, but that it was removed to avoid further potential litigation, given her family’s suffering as the result of this case. She understands “Satisfaction Guaranteed” to have the common sense meaning that if a customer has a problem, Custom Cleaners will do its best to fix the problem -for example, to redo an alteration or to dry clean an item again- and if the problem cannot be fixed, Custom Cleaners will compensate the customer for the value of the clothing.

(30) Texto del fallo original: The defendants objected to the testimony of other customers, on the grounds that this case involves only Mr. Pearson and his own claims about one pair of pants. The Court generally agreed with that position, but the testimony of other customers arguably was relevant to the issue of the defendants' intent to honour the "Satisfaction Guaranteed" sign, as well as to the plaintiff's claims for punitive damages. The Court therefore permitted some testimony from other customers. The plaintiff had listed 26 such witnesses in his Pretrial Statement, but at the pretrial conference, the Court limited him to four, given that the testimony was duplicative, which the plaintiff could not dispute.

(31) Texto del fallo original: 21. Mr. Pearson called four witnesses to testify about their dissatisfaction with Custom Cleaners.¹² Each of them had a problem with clothing that was brought in to be dry cleaned in 2004 or 2005. One witness claimed that lace on a sleeve of a dress had been damaged; another claimed a sweater had been lost; another claimed a white suit had been discolored; and another claimed some pants had been washed and ruined. In two of those instances, the defendants disputed the customer's claim, and the customer never did anything to follow up or pursue the claim further. In the case of the allegedly missing sweater, the customer did not have a claim receipt, and the defendants questioned whether the item had been brought in at all. It may be that those situations could have been better handled by the defendants, but the Court does not find that they in any way establish that the defendants had no intention of attempting to satisfy their customers. 22. The final dissatisfied customer called as a witness by the plaintiff is an elderly woman who used Custom Cleaners only once. She claimed that a man who was one of the owners chased her out of the store when she complained about the condition of her pants, but she admitted that he may not have understood her and that she ran out of the store and never returned. She also admitted that she may not have understood what the man behind the counter was saying to her. It appears that she misread the situation and did not communicate her concerns adequately to the defendants, and she misunderstood the defendants'

attempt to communicate with her. No conclusion regarding the defendants' response to customer complaints can be drawn from that incident. 23. None of the customer witnesses who testified for the plaintiff adopted his expansive interpretation that "Satisfaction Guaranteed" means that the defendants must give the customer whatever he or she demands, without regard to the facts or the reasonableness of the customer's claims. Each of them testified that she would expect the cleaner to pay for the value of the lost or damaged clothing, if the item could not be repaired.

(32) Texto del fallo original: There is no dispute that the plaintiff is a "consumer" and the defendants, through Custom Cleaners, are a "merchant," for purposes of the CPPA, D.C. Code §§ 28-3901(a)(2) and (3). The plaintiff contends that the defendants' display of the "Satisfaction Guaranteed" sign constituted an unfair trade practice under six different provisions of D.C. Code § 28-3904. That statute provides, in pertinent part, as follows: It shall be a violation of this chapter, whether or not any consumer is in fact misled, deceived, or damaged thereby, for any person to: (a) represent that goods or services have a source, sponsorship, approval, certification, accessories, characteristics, ingredients, uses, benefits, or quantities that they do not have; . . . (d) represent that goods or services are of particular standard, quality, grade, style or model, if in fact they are of another; (e) misrepresent as to a material fact which has a tendency to mislead; (f) fail to state a material fact if such failure tends to mislead; . . . (h) advertise or offer goods or services without the intent to sell them or without the intend to sell them as advertised or offered; . . . (u) represent that the subject of a transaction has been supplied in accordance with a previous representation when it has not . . .

(33) Texto del fallo original: To the extent that the plaintiff is claiming that the defendants' conduct constituted intentional misrepresentation-- either by an affirmative misrepresentation that has a tendency to mislead or by a failure to state a material fact if such failure tends to mislead-- those claims must be proven by clear, convincing and unequivocal evidence. As a practical matter, however,

the Court finds that the plaintiff has not proved those or any of his other claims even by the lower preponderance of the evidence standard. With regard to the alleged missing pants, the plaintiff has not met his burden of proving that the pants the defendants attempted to return to him were not the pants he brought in for alterations. At best, the evidence on that subject is in equipoise.... The Court need not determine what did happen; what it must do is to determine if Mr. Pearson proved that the defendants intentionally misled him and otherwise are liable to him under the CPPA based on the pants. The Court finds that he has not made that proof.

(34) Texto del fallo original: The Court found Soo Chung to be very credible, and her explanation that she recognized the disputed pants as belonging to Mr. Pearson because of the unusual belt inserts was much more credible than his speculation that she took a pair of unclaimed pants from the back of the store and altered them to match his measurements

(35) Texto del fallo original: Nothing in the law supports that position. To the contrary, a claim of an unfair trade practice properly is considered in terms of how the practice would be viewed and understood by a reasonable consumer....A reasonable consumer would not interpret “Satisfaction Guaranteed” to mean that a merchant is required to satisfy a customer’s unreasonable demands or to accede to demands that the merchant has reasonable grounds to dispute. To the extent that the plaintiff’s claims of unfair trade practices are based on his contention that the “Satisfaction Guaranteed” sign required the defendants to accede to his demands regarding his allegedly missing pants, despite the defendants’ reasonable belief that they had produced the same pants that he had brought in for alterations, those claims must fail. Similarly, the defendants’ acknowledgement that they did not interpret “Satisfaction Guaranteed” to require them to meet any customer’s unreasonable demand does not constitute an unfair trade practice under any of the provisions of the CPPA invoked by the plaintiff.

La publicidad engañosa

por Fernando Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC1630

[Consultado el: 14/07/2021]

Sumario:

I) Introducción.- II) La publicidad engañosa y la voluntad.- III) La publicidad engañosa en el Derecho Norteamericano. La Ley LANHAM.- IV) La publicidad engañosa y el tabaco light.- V) Altria v Good - 15 de diciembre de 2008.- VI) Epílogo.

I. Introducción.

Todo producto que ingresa al mercado requiere de publicidad; o mejor dicho: ningún producto podría ingresar al mercado sin una publicidad que lo promocioe eficazmente. No creo exagerado afirmar que en nuestros días el costo más elevado de todos los que intervienen en la formación del precio de un producto es la publicidad y el marketing. Es que, mucho antes que el producto, el mensaje del producto llega al consumidor. (2) Las cosas se hacen necesarias para el público que las consume antes, incluso, de que existan. Lo que sí existe es el deseo, y saciarlo con la compra de un bien es tan inútil como intentar apagar con alcohol la hoguera donde arden las vanidades y angustias del hombre perplejo por la finitud. En verdad, lo que se consume es una necesidad falsificada por los sistemas de comercialización que despliegan las grandes corporaciones. La publicidad masiva, principalmente canalizada a través de medios audiovisuales, ejerce un control preocupante sobre la sociedad. Veamos un poco el contenido de esta reflexión, que no deja de ser un lugar común. Los programas televisivos de mayor rating son, a su vez,

sostenidos por anunciantes que pagan cifras impensables por poner sus productos unos segundos al aire; la relación entre las productoras de los shows televisivos y los anunciadores de esos entretenimientos es tan estrecha que es imposible diferenciar si el anuncio sostiene al programa, o si el conductor es un distribuidor adulterado de los productos de su anunciante. (3) Los contenidos de los programas son manejados por los financistas del espectáculo; la simple amenaza de retirar su pauta publicitaria condiciona al más audaz conductor televisivo, o a la diva más atrevida. También, desde luego, al diario más independiente. Ni qué hablar cuando el 'sponsor' es el propio Estado, quien con sus normas publicitarias favorece o destruye a una empresa periodística: la política no está exenta de los caprichos de la propaganda mediática, ni de las imágenes trastornadas por el marketing. (4) En otro trabajo expliqué cómo la corporación de empresas, utilizando la publicidad suele extenuar a la libertad de expresión imponiendo contenidos, o censurando aquellos que no se adaptan a su imagen institucional. El vidrioso tema de la publicidad, además de afectar directamente a los consumidores de bienes y servicio, toca muy de cerca al de la libertad de expresión. (5) Para desarrollar el tema de la publicidad (coincido con LORENZETTI hay que examinar por lo menos tres cuestiones que están vinculadas por una trama común: (a) Aquella que se refiere a la competencia leal entre corporaciones que pueblan el mercado de consumo; (b) Aquella que concierne a la libertad de expresión, sea del anunciante que paga una pauta publicitaria, sea de quien ofrece el espacio para el anuncio; no debe olvidarse que la publicidad no deja de ser una forma de expresión, y como tal también tiene protección constitucional; (c) Finalmente, hay que considerar el aspecto relacionado a la protección de los consumidores afectados por las publicidades que consumen antes de consumir los productos publicitados. (6) Presentadas las diversas líneas que el tema propone, voy a focalizar este trabajo analizando la publicidad engañosa en el marco de las relaciones de consumo, sin considerar —más que superficialmente— los otros aspectos mencionados que por su importancia merecen un desarrollo que supera las aptitudes de este trabajo.-

La literatura nacional que estudió el tema de la publicidad engañosa, o falsa, o errónea, o comparativa, o subliminal, es abundante. En general, se entiende por engañosas a aquellas publicidades que tienen la capacidad de generar en el consumidor un estado de error, o confusión respecto del producto que va a consumir. (7) Ese error, que a la postre lo va a perjudicar, puede actuar en diversas direcciones. Puede haber generado una conciencia equivocada respecto a las bondades del producto. También es probable que, aún pagando un precio menor por el producto, el mismo resulte ser de una calidad despreciable, o de una durabilidad muy inferior, o de prestaciones distintas a las que se pensó que iba obtener. Asimismo, el error puede derivarse de una verdad a medias, o del ocultamiento de una información completa que de haber sido conocida, seguramente o muy probablemente, hubiera evitado la formación del contrato. LORENZETTI pone un buen ejemplo de esta clase propaganda falsa. En él se describe una publicidad promovida por una universidad privada que ofrecía un descuento de arancel para los alumnos que se inscribieran en el turno tarde y noche. La oferta tenía la finalidad de aumentar la población de estudiantes en esa franja horaria, que generalmente convoca menos auditorio que el turno matutino. El engaño consistió en no decir que ese descuento sólo correspondería a los alumnos nuevos, sin que el mismo beneficio les toque a los viejos estudiantes que decidieran rematricularse. (8) En la mayoría de los casos, la confusión que genera en la conciencia del individuo una publicidad engañosa está íntimamente relacionada con el ocultamiento de la información que la ley exige que el proveedor de bienes y servicios le suministre al usuario, conforme lo establece el artículo 42 de la Constitución Nacional, y el artículo 4º, LDC. En otras palabras: existe una estrecha conexión entre la publicidad engañosa y la infracción al artículo 4º de la ley 24.240; esa relación, permite deducir que el usuario afectado tenga una doble vía de acción legal. Por un lado, la que surge del artículo 9 de la Ley 22.802 y por el otro, la que le viene por el texto del artículo específico de la Ley de Defensa del Consumidor. (9) Flavio LOWENROSEN trata acertadamente esta afinidad entre la publicidad falsa y la información defectuosa. El autor señala que ambas nociones son antitéticas: la sola

presencia de una, anula a la otra: la publicidad engañosa deroga a la información eficiente. Son, como explica LOWENROSEN, conceptos que se impugnan entre sí. (10)

Recorriendo parte de la legislación extranjera, encuentro que la ley española trae una definición específica: “Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce a pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”(11) Esta definición legal, que dicho sea de paso, es la que parece seguir el legislador nacional de la Ley 22.802, incluye dos bienes jurídicos tutelados. Por un lado, resalta la protección del consumidor previniéndolo de engaños, ocultamientos o errores inducidos. Pero, también está en juego la protección a la buena fe y las buenas prácticas comerciales en la competencia desatada entre proveedores que disputan un mercado; se intenta evitar que mediante ejercicios desleales uno se haga de una mayor clientela en perjuicio del otro (Ver nota al pie número 6). Pero, como había dicho antes, este trabajo sólo se propone abordar la publicidad con relación a los consumidores de bienes y servicios. Avanzo en esa dirección.-

II. La Publicidad Engañosa y la Voluntad.

Si bien es cierto que en la Argentina no hay una ley que reglamente los parámetros dentro de los cuales la actividad publicitaria debe desarrollarse, el tema puede verse a la luz de los principios generales del Derecho, y de la teoría general del acto jurídico. Si hay un concepto importante en Derecho privado es el de voluntad, porque de él se deriva la construcción dogmática sobre la que gira la Teoría General de los Contratos. (12) Digo más: todo el Código Civil está organizado a partir de una ficción consistente en asumir que la voluntad humana es autónoma. Y esa voluntad, está constituida por tres elementos que describe el artículo 897 del Código Civil; ellos son: (i) el discernimiento; (ii) la intención; y (iii) la libertad. El discernimiento es definido como la capacidad humana de discriminar entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo conveniente y lo

inconveniente. El discernir es, si se quiere, la expresión máxima del pensamiento abstracto que desarrolla la inteligencia; la posibilidad que tenemos de pensar en términos de causalidades, o de las consecuencias que se derivan de un hecho que todavía no ocurrió. (13) La intención es el deseo consciente que el sujeto tiene de realizar u omitir ciertas acciones. (14) Los actos humanos, en general, están destinados a producir ciertos efectos en el exterior; la intención busca que ese efecto, que debe seguirse al acto emprendido, efectivamente se produzca. Se dice que no hubo intención cuando un acto humano no logra el efecto que se había propuesto. Por ejemplo, en línea con el caso que más adelante voy a presentar, si un fumador empedernido, cree que el tabaco Light tiene menor incidencia negativa sobre su salud, como lo dan a entender las publicidades de ese producto, probablemente quiera minimizar los riesgos asociados a fumar comprando esa clase de tabaco. La intención de esa compra estará orientada a disminuir el daño que en la salud causa el tabaco regular. Pero, si en verdad se comprueba que el consumo de tabaco Light produce igual o –incluso– mayor daño, esa ‘intención’ estará mal representada por esa compra. O estará defraudada. Finalmente, el tercer elemento que hace al acto voluntario es la ‘libertad’ (15), entendida como la posibilidad que tiene el sujeto de elegir una de entre varias alternativas, o de no elegir ninguna de las alternativas propuestas.-

Reseñados brevemente los tres elementos constitutivos del obrar humano voluntario, puede afirmarse que la publicidad engañosa los vicia a todos; una publicidad falsa anula el acto humano voluntario; destruye el consentimiento contractual sin el cual, ese acuerdo de voluntades, del que tanto habla el artículo 1137 del Código Civil, y sus fieles seguidores pasa a ser una pura ficción sin visos de realidad (ver nota de pie número 47). Entre los autores nacionales que he consultado, Laura PÉREZBUSTAMANTE trata con lucidez la vinculación entre la publicidad engañosa y los vicios al acto jurídico voluntario. (16) La publicidad engañosa ejerce un efecto distorsivo sobre la voluntad, anulándola. Por otra parte, los actos jurídicos llevados adelante con una voluntad viciada o coaccionada son nulos,

no producen efectos. Mejor dicho: 'no producen por sí obligación alguna', siguiendo la terminología empleada por el artículo 900 del Código Civil. Para el estatuto de los consumidores, si el vicio de la voluntad procede de una publicidad engañosa, nos encontramos frente una infracción formal a la ley 24.240 que, una vez comprobada, genera un daño resarcible que puede ser reclamado por el usuario afectado en sede administrativa o judicial, o en ambas sedes simultáneamente. Además, por tratarse de una infracción formal, no requiere prueba de la intencionalidad de producir confusión o engaño, ni que efectivamente lo haya ocasionado, ni que de ese engaño se haya derivado un beneficio material para el infractor: la infracción se perfecciona por la simple existencia de la propaganda falsa. (17) Sin dudas, el otro principio General del Derecho que viola toda publicidad falsa es de la buena fe, consagrado en el artículo 1198 del Código Civil. No genera incertidumbre afirmar que quien contrató, animado por una publicidad engañosa, no tiene un verdadero entendimiento de los alcances del acto jurídico que ha consentido. Tampoco ocasiona dudas afirmar que quien propicio ese acto, no lo hizo de buena fe, conforme lo establece este principio rector. (18)

III. La publicidad engañosa en el Derecho Norteamericano. La Ley LANHAM.

En Estados Unidos, en el año 1946 se sanciona la ley de marcas conocida como The Lanham (Trademark) Act. Este importante código del derecho comercial norteamericano lleva el nombre del diputado tejano Fritz G. Lanham, y fue sancionada durante el mandato del Presidente Harry Truman. Un capítulo específico de ese estatuto se ocupa de las publicidades falsas, engañosas o confusas, y a las inscripciones, signos, señales e información que deben tener las cajas que contienen productos destinados al consumo. Como buena norma americana es muy amplia, y sin dar una definición del tema que procura regular, trata de abarcar al universo de posibilidades más amplio. Luego los jueces, interpretan y aplican los textos legales en el caso concreto, siguiendo un precedente o un protocolo determinado. El lector podrá apreciar que

la norma, no es muy distinta a nuestro artículo 9º de la Ley 22.802 (Ver nota al pie 9). El texto americano dice más o menos así: Todo proveedor de bienes o servicios será responsable por los daños que ocasione, si en el curso de su actividad comercial utiliza mensajes o señales o signos falsos, o confusos o que puedan crear confusión o representaciones falsas, u ocasionar un error, sea en el origen, la calidad, la identidad, las características del producto que comercializa. La misma regla se aplica a la información que las cajas que contienen productos deben exhibir al ser presentadas al público consumidor. (19)

La jurisprudencia norteamericana, al tratar casos de publicidad engañosa que son realmente dudosos, hace un distingo entre dos cuestiones que dividen aguas. La ‘falsedad explícita’ y la ‘confusión implícita’. La distinción se refiere a aquellos anuncios que son manifiestamente falsos, y los que son meramente confusos. En el caso de los avisos que son ‘implícitamente confusos’ habrá que determinar si efectivamente esa confusión tácita tiene entidad suficiente para desorientar al público. Es obvio que probar la falsedad o confusión implícita es mucho más difícil que probar la que resulta manifiesta, porque requiere determinar si la confusión que provoca la publicidad es generalizada, o si ese estado de ambigüedad se produce aisladamente. En ese orden, y dentro del caso *Castrol v. Pennzoil* (1993), la judicatura americana estableció que hay dos maneras de enfocar esta difícil cuestión de las pruebas y de las cargas probatorias: (1) Si el anuncio es manifiestamente falso resulta innecesario efectuar pruebas que determinen el impacto de la falsedad en el público consumidor, presumiéndose que esa clase de publicidad son formalmente engañosas. Cuando la falsedad es manifiesta, la parte que la invoca para reclamar daños y perjuicios, está eximida de probar que la publicidad fue efectivamente capaz de engañar a los consumidores; (2) Pero cuando el anuncio no contiene falsedades explícitas, o cuando sus declaraciones sean objetivamente ciertas pero, en el contexto en el que se desarrolla la comercialización pueden ocasionar confusión, habrá que analizar cómo impactó esas publicidad entre los consumidores. Es decir, la parte que invoca la falsedad de la

publicidad, debe probar que ese vicio tuvo entidad suficiente para engañar a los potenciales clientes del producto. Estas publicidades, se dice, tienen una falsedad implícita, que no es evidente y que hay que acreditar. (20) Es decir que para la jurisprudencia americana, en principio, no toda confusión publicitaria implica una violación a sus estatutos, debiendo diferenciarse según el grado de falsía que la propaganda contenga. Como el lector puede ver, lo que cambia en uno u otro caso es el régimen de las cargas probatorias que pesan sobre las partes del litigio. Quien se queja por los daños derivados de una publicidad que contiene falsedades implícitas (no manifiestas), debe probar que la simulación tiene una consistencia suficiente para desorientar al público. Normalmente, la prueba de impacto sobre un número indeterminado de personas es muy costosa, en términos económicos, porque requiere de encuestas y datos estadísticos que no son sencillos de realizar. En el caso *Castrol v Pennzoil* se trató la cuestión probatoria, y se resolvió que si la publicidad es manifiestamente falsa, la prueba del daño efectivo a los consumidores era irrelevante, o innecesaria. El fallo advierte que sería superfluo, y excesivamente oneroso, imponer la obligación de realizar un muestreo estadístico para acreditar que la publicidad causó engaño entre el universo de usuarios. (21) La publicidad con falsedades notorias es directamente ilícita, y se presume que tiene capacidad distorsiva de la voluntad de los consumidores.-

Desmintiendo los antagonismos entre los sistemas jurídicos de tradición sajona, y los de tradición romana, algunos fallos nacionales también examinan si la publicidad tiene la suficiente capacidad engañosa para provocar un estado de confusión en el público. La cuestión es sumamente compleja, porque los medios audiovisuales llegan a un número indeterminado de personas, a grupos sociales diversos, a edades diferentes, a sexos distintos; en fin, llegan a tanta gente que es prácticamente imposible determinar si un aviso resulta engañoso para todos, o la mayoría, o un porcentaje de los televidentes que están expuestos ante un aviso dudoso. Desde luego, los sectores menos beneficiados con la bendición de la educación serán más vulnerables al engaño. Pero, precisamente a ese

grupo de consumidores es a quien más protege la ley 24.240. En la medida que pueda establecerse, con un razonable grado de certeza, el segmento al cual la publicidad está dirigida es más fácil someter al anuncio sospechado a un test que finalmente determine si resulta o no engañoso. Cito al pie de página un fallo nacional que trata, a mi juicio con acierto, esta cuestión. El debate del pleito versó sobre una publicidad referida al mundial de fútbol 2006 efectuada por una compañía de servicios de televisión por cable. Los magistrados del tribunal de alzada examinaron la ‘potencialidad engañosa’ del aviso considerando que, mayoritariamente, el público consumidor de espectáculos futboleros pertenece a un sector popular del que no se puede presumir gran aptitud analítica para determinar la falsedad ‘implícita’ del aviso; por lo tanto, puede ser fácilmente engañado por un anunciante experto en picardías redituables. (22)

Otro punto importante que resolvió la justicia norteamericana en *Castrol v. Pennzoil* es el de publicidades y su relación con la libertad de expresión. El tema no es menor porque el derecho a expresarse libremente, al igual que el de los consumidores, tiene rango constitucional. En principio, y no podía ser de otra manera, la libertad de expresión también le cabe a los anunciantes que promocionan sus productos. Sin embargo, como bien lo ha dicho la Corte Suprema Nacional, no hay derechos absolutos, y en caso de tensión entre dos derechos de igual rango, habrá que hacer un test para ver cuál prevalece en el caso concreto. (23) En idéntico sentido, la jurisprudencia americana que evaluó la cuestión en *Castrol v Pennzoil* dictaminó que la Primera Enmienda no protege a las publicidades comerciales que sean engañosas. No existe el derecho constitucional a emitir publicidades engañosas. (24) Este criterio está consolidado desde hace mucho tiempo, y es muy común leerlo en los fallos de la Corte de ese país. En verdad, lo que quiere significar es que no existe el derecho constitucional a cometer ilícitos o a dañar a los otros. En nuestro Derecho ese principio se conoce como la ‘obligación tácita de indemnidad’ definida como un aseguramiento implícito que los contratantes asumen para impedir la ocurrencia de un daño en los bienes o la persona del otro contratante. (25)

Otros fallos se refieren a la publicidad comparativa, modalidad que si bien no constituye una ilicitud en sí misma puede, en determinado contexto, ocasionar daño, y el consiguiente deber de reparar del agente dañador. Debo señalar, sin embargo, que la publicidad comparativa principalmente afecta a la lealtad comercial debida entre proveedores; no obstante, también puede perjudicar al consumidor incitándolo a tomar una decisión errónea para su salud, su seguridad o sus bienes. Más allá de intentar una definición de esta clase de publicidad, importa remarcar su característica esencial; ella es, la promoción del producto en base a comparaciones con otro, producido por un fabricante distinto. Al igual que la publicidad engañosa, la comparativa también puede serlo de manera ‘explícita’ o ‘implícita’. Así, cuando se menciona directamente al producto competidor será explícita, y cuando se indica a otro producto de manera indirecta, pero indudable, la comparación será implícita. Pero, a diferencia de la engañosa, la publicidad comparativa muchas veces remedia un defecto de información. En nuestra doctrina judicial encontramos fallos que se refieren a estas clasificaciones de la publicidad comparativa; en ellos se destaca que lo determinante de la ilicitud de una comparación es la utilización de una marca prestigiosa para establecer con ella comparaciones poco halagüeñas, o bochornosas en perjuicio del competidor. En el conocido fallo Coca Cola v Pepsi Cola, (1993) se trató este asunto. En breve este asunto puede sumariarse así: una de las colas se refería a la otra, sin mencionarla explícitamente, y sin concederle ninguna señal de admiración. En este cotejo de colas, el tribunal de alzada determinó que, aún sin mencionar expresamente a la marca competidora, era indiscutible que se estaba frente a una campaña de marketing comercial basada en una publicidad comparativa ilícita en la cual una marca, aprovechando el prestigio de la otra, trataba de convencer al público sobre los muchos atributos de su propia cola. (26)

Entre nosotros, Belén JPAZE desarrolla con claridad los reproches que a la publicidad comparativa le hacen sus opositores; el índice de acusaciones, incluye, sin excluir a otros: a) es parasitaria; b) es engañosa; c) se apropia de una marca ajena para obtener un

provecho; d) es denigratoria, porque menosprecia las cualidades del producto contrincante. La autora también anota argumentos a favor de la comparación en materia publicitaria; por ejemplo, el estímulo favorable que provoca la competencia entre proveedores de bienes y servicios similares. (27) Naturalmente, las dificultades comienzan al momento de trazar la línea que separa la comparación lícita, de aquella que no lo es por ser o parasitaria, o apropiadora o denigrante para el competidor, y engañosa y confusa para el consumidor. En Argentina, en la década del 70, en la causa Rolex vs. Orient, (28) se dictaminó que la publicidad comparativa constituía una forma de menoscabo a la lealtad comercial y, por tanto, era una actividad mercantil ilícita. Sin embargo, el correr de los tiempos ha hecho que estos criterios sean hoy más dúctiles que cuatro décadas atrás; en general, se acepta la legalidad de la publicidad comparativa en la medida que contenga datos ciertos, que se acepte la titularidad ajena de la marca sobre la que se basa la comparación, y que no sea humillante con su rival. En otras palabras: la publicidad comparativa que no engaña al usuario, que no explota de manera parasitaria a otra marca, ni maltrata a la marca o al producto o al fabricante competidor, es lícita. LORENZETTI explica bien esta evolución que lentamente le fue abriendo paso a la publicidad comparativa en el ámbito de nuestro Derecho comercial. El autor entiende que esta clase de propagandas, en definitiva, beneficia al consumidor y a las relaciones de consumo, porque le permite acceder a más información, al tiempo que obliga a una competencia más intensa entre los proveedores de bienes y servicios. (29) El engaño por ocultamiento de datos relevantes es la regla básica en materia de publicidad, y esta forma de información nociva es muy difícil de detectar para un consumidor. La publicidad comparativa puede, por efecto de la competencia entre proveedores que se disputan un mercado, poner en el tapete la información que su rival esconde. En otras palabras: la publicidad comparativa es útil para mostrar aquellos aspectos de un bien o servicio que se quieren disimular. Pienso que no está mal que los proveedores estén sometidos al control de sus propios competidores, porque va de suyo que es mucho más fácil engañar a un consumidor desprevenido que a

un adversario que busca sobrevivir en un mercado que comparte a desgana. (30)

Volviendo al derecho extranjero, en la causa *U-Haul International, Inc vs. Jartan Inc.* (1986), un tribunal de apelaciones norteamericano modificó parcialmente un veredicto de primera instancia, pues mientras confirmaba la prohibición de realizar publicidad comparativa engañosa, protegía los derechos de libre expresión —amparados por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos - de la firma sancionada. El veredicto es muy claro en cuanto trata de mantener un equilibrio entre ambos derechos en concurso. Al tratar la cuestión, la sentencia dice: “El fallo de la primera instancia va más allá de lo que permite la propia ley y toca derechos amparados por la Primera Enmienda constitucional. Tal como está expresado ese fallo, la prohibición parece comprender a todo tipo de publicidad comparativa que JARTAN realice, sea verdadera o falsa. Este tribunal tiene plena conciencia que debe evitar que JARTAN, continúe con sus prácticas de publicidad comparativa desleal y engañosa para los usuarios, pero debemos cumplir esa tarea respetando los derechos constitucionales de la firma. Por lo tanto, se modifica parcialmente lo dispuesto, y se ordena en esta instancia: Prohibir que JARTAN Inc. realice cualquier clase de publicidad que: a) falsa o engañosamente de a entender que las tarifas que cobra constituyen un ahorro de dinero para los usuarios, vinculando ese ahorro de dinero a una comparación, sea explícita o sugerida, con la firma U-Haul; b) falsa o engañosamente diga, de manera explícita o implícitamente diga que los camiones de la firma JARTAN son más seguros que los camiones que utiliza la firma U-Haul; c) falsa o engañosamente diga, de manera explícita o implícita, que los camiones que utiliza consumen menos combustible que los utilizados por la firma U-Haul; o d) falsa o engañosamente diga, de manera explícita o implícitamente, que el equipamiento que usa la firma U-Haul es obsoleto o está peor diseñado que el utilizado por la firma JARTAN. (31) Destaco que, conforme este veredicto, la publicidad comparativa es ilícita porque contiene inexactitudes de las cuales puede derivarse un engaño para los consumidores. La jurisprudencia nacional, cuando

le toca resolver este tipo de cuestiones, también se ocupa de balancear prudentemente la puja entre el derecho de libre expresión y el derecho de protección a una marca. Pero hecha la salvedad, el magistrado argentino resuelve igual que su par norteamericano, protegiendo la marca competidora ante un ataque que se juzga injusto: “En este sentido, es apropiado puntualizar que lo que no es admisible es que la publicidad trate de denigrar o desacreditar a la marca del competidor o que sea engañosa. (32)

A continuación, voy a presentar un caso real también ocurrido en Estados Unidos, y que muestra como los engaños publicitarios pueden afectar la salud de una buena parte de la población. También demuestra que la manera más eficiente de mentir es adulterar levemente la realidad, como hacen los sueños que nos prestan un mundo que no es del todo falso, o nuestra vigilia que nos presta una vida que tampoco es del todo cierta. Lector, seguramente el oficio de vivir te habrá enseñado que es tan difícil sostener una mentira completa, como rebatir una verdad a medias. Pero, cómo seducen esas mentiras que imitan a la verdad, son como la inercia que finge un movimiento que ya no existe.-

IV. La publicidad engañosa y el tabaco light.

Preludio. En 1877 un monumental escritor ruso empezaba una de sus obras maestras diciendo: Todas las familias felices son más o menos diferentes; todas las familias desdichadas son más o menos parecidas”. Casi cien años después (1969) otro monumental escritor, también ruso, empezaba su obra maestra repitiendo esas mismas palabras. Era un homenaje al antecesor, pero también el comienzo de una novela extraordinaria. Por suerte, los dos rusos brillaron en siglos distintos y se repartieron la gloria por centurias; a León Tolstoi le correspondió la del diecinueve y Vladimir Nabokov se quedó con la del Siglo veinte. Desde Ana Karenina y Ada o el ardor no pasó gran cosa en literatura, salvo la publicación de muchos libros prescindibles.-

En 1966 un informe científico, imitando la genialidad rusa pero ligeramente invertida, decía que “no hay dos fumadores que fumen de la misma manera”; algunos aspiran largas bocanadas, como si quisieran tomar por la fuerza un placer que se filtra en colillas ennegrecidas; otros, en cambio, aspiran pitadas más breves y pausadas, resignados a la nociva rutina de inhalar humo a cambio de la inverosímil diversión de formar aritos caprichosos que pronto se deshacen en el aire. El mismo individuo fuma de manera diferente, si son distintas las circunstancias que lo rodean. No fuma igual quien está en su casa sentado en un sofá, y quien aguarda los resultados de un examen, sea médico o académico; o quien fuma mientras camina apurado hacia una cita de negocios, o para verse en secreto con alguien sabiendo de antemano que ese encuentro será ocasión de algo prohibido, o censurado por la rectitud. La cantidad de alquitrán y de nicotina que ingresa al organismo tiene más que ver con la forma en que se fuma, antes que con la marca o composición química del cigarrillo. Aunque fume la misma marca, el fumador que está en su casa consume menos nicotina y alquitrán que el amante que marcha con premura, sigilo, y remordimiento al encuentro deliciosamente ilícito.-

Al circular este informe, las autoridades comprendieron que las propagandas de cigarrillos light eran engañosas si no indicaban que el ingreso de nicotina y el alquitrán al cuerpo depende, no solamente de la composición química del cigarrillo sino por la forma en que se aspira el tabaco.-

V. La publicidad y la batalla contra el tabaco.

En los años 50, Estados Unidos comienza su campaña nacional contra el tabaco. La primera batalla fue contra las publicidades. Por entonces se advirtió a las productoras de tabaco que no se iban a tolerar propagandas que contuvieran afirmaciones engañosas acerca del peligro real del consumo de alquitrán y nicotina. Se realizaron pruebas y más pruebas, y se llegó a la conclusión de que la nicotina y el alquitrán, aunque sean ofrecidos en bajas cantidades

son igualmente dañinos para la salud. Por lo tanto, ninguna categoría de cigarrillos debía ser promocionada como más segura o menos maléfica para los consumidores. Toda publicidad que indique que el fumar cigarrillos light es menos peligroso es falsa. El engaño es sutil, y por eso mismo más peligroso. Contiene una premisa verdadera pero una conclusión simulada. Porque una cosa es que un cigarrillo contenga menos nicotina y menos alquitrán y otra es que esos cigarrillos sean menos insalubres. En otras palabras: estas publicidades, a pesar de contener una verdad objetiva, están subordinadas a una falsedad mayor que consiste en omitir señalar las variaciones entre un fumador y otro.-

Diversas investigaciones demostraron que los fumadores de tabaco light tienden a dar pitadas más largas que cuando fuman tabaco normal; esta característica, determina que ingrese a su organismo la misma cantidad de nicotina y alquitrán que si cuando se fuma cigarrillos regulares. La reducción de estos elementos químicos se compensa por la mayor aspiración que hacen los fumadores del tabaco light. Este estudio sirvió para demostrar que toda ventaja comparativa, en términos de salud, a favor del tabaco light queda reducida a cero. Sin embargo, esta información que las compañías tabacaleras conocen desde mediados de los años 70, fue guardada bajo siete llaves en vez de ser remitida a la Agencia Federal que es la autoridad encargada de controlar las prácticas de lealtad comercial.-

A contra cara de las evidencias científicas, los consumidores de tabaco compran las versiones de “bajo alquitrán” “light” o “extralight” con la idea de que son menos perjudiciales para la salud. La utilización de leyendas tales como “tabaco light” o “bajo contenido de alquitrán” atentan contra la evidencia científica de que el tabaco, en cualquiera de sus formas, es absolutamente negativo para la salud humana. No es extraño que las campañas comerciales de cigarrillos sanos hayan sido exitosas; después de todo, ¿quien no querría fumar cigarrillos que no hacen mal? La idea, sin embargo, es tan tentadora como falsa y rentable y peligrosa para la sanidad pública.-

El Comportamiento Compensatorio. Durante décadas, las tabacaleras han escondido investigaciones científicas que demostraban que los consumidores de tabaco light desarrollan una conducta particular a la hora de fumar: para compensar la menor cantidad de nicotina y alquitrán de los cigarrillos light dan pitadas más profundas y largas. Este hábito singular no es voluntario, sino que el organismo procura compensarse del menor contenido de estos químicos. En pocas palabras: Una pitada larga de un cigarrillo light es exactamente igual a una pitada normal de un cigarrillo común. El comportamiento compensatorio describe a un patrón de conducta que desarrollan algunos fumadores de tabaco light. Para satisfacer la necesidad de nicotina requerida por el organismo, absorben el cigarrillo con mayor intensidad, o mayor profundidad, o disminuyen los intervalos entre una pitada y la siguiente, o conservan el aire más tiempo antes de exhalarlo o, directamente, fuman más cigarrillos por día. Las investigaciones más recientes indican que los fumadores que tienen este hábito compensatorio terminan inhalando más nicotina que la que inhalan sus colegas que fuman cigarrillos regulares. Las compañías tabacaleras conocen los estudios relacionados a la “conducta compensatoria” porque ellas mismas han realizado investigaciones cuyo resultados nunca compartieron ni con la autoridad de control, ni con sus clientes. Por el contrario, durante años se dedicaron a minimizar los resultados de estos estudios, diciendo que eran simples hipótesis sin evidencia concluyente. Encabezadas por Philip Morris, desestimaron todas las disertaciones académicas que revelaban la existencia de una ‘conducta compensatoria’ en los consumidores de tabaco light.-

En 1997 la autoridad encargada de controlar las publicidades engañosas, comenzó a explicarle al público que no había evidencia científica que indicara que el uso de tabaco light era menos perjudicial para la salud, señalando que leyendas tales como “bajo alquitrán” “light” o “ultralight” no podían ser consideradas como terminología ni oficial ni científica. En el marco de esta discusión es que se llega al año 2008 con un juicio que puede ser modelo de otros que podrían repetirse en los meses venideros. El resultado de este pleito puede

ponerle fin a unos de los engaños más perjudiciales en la historia de las relaciones de consumo. El tabaco es perjudicial en cualquiera de sus formas, y constituye una de las principales causas de muerte a nivel mundial.-

VI. Altria v Good - 15 de diciembre de 2008 (33)

Stephanie Good vive en Maine, un estado ubicado al Noreste de los Estados Unidos. Stephanie es una fumadora habitual de cigarrillos Marlboro Light. Durante el juicio que emprendió contra la tabacalera más poderosa del mundo (Philip Morris y su socia Altria Group Inc.) desarrolló un argumento que puede dividirse en varios puntos. Primero: todas las leyendas que dicen “tabacolight” u otras similares que aparecen visibles en las cajas de cigarrillos tienen como único objetivo informar que ese tabaco es menos perjudicial para la salud; Segundo: las compañías tabacaleras saben, porque está demostrado científicamente por estudios que las mismas productoras ordenaron realizar, que los consumidores de tabaco light van a recibir la misma cantidad de nicotina y alquitrán que los consumidores de cigarrillos tradicionales. Tercero: este conocimiento previo demuestra que las tabacaleras están realizando – deliberadamente - una publicidad engañosa con la finalidad de confundir a los usuarios. Último: señala como hecho particularmente grave que este engaño consistiría en crear la falsa conciencia de que el tabaco light es menos nocivo para la salud que el tabaco regular.-

Por su parte, las tabacaleras sostienen en el pleito que las publicidades atacadas, cumplen las normas impuestas por la autoridad de aplicación. Afirman que no hay ninguna prohibición al uso de leyendas que identifican al producto como ‘light’ o ‘suave’. En otras palabras el debate judicial relevante se refirió a tres dilemas de muy compleja resolución. Esas disyuntivas podrían enunciarse así: (i) ¿si las tabacaleras, cumplen la normativa referida al envasado, etiquetamiento e información que deben suministrar al público, eso significa que pueden repeler cualquier acción de daños que contra ellos se intenta?; (ii) si los proveedores saben, por desarrollos científicos posteriores al

dictado de una ley, que una información es incierta, tienen la obligación de comunicarlo a las autoridades para permitir que la ley sea modificada de acuerdo a ese nuevo resultado científico?; (iii) ¿Es posible condenar por incumplimiento de la ley, a quien cumple la ley? En lo personal, y sin que esta cuestión haya entrado en el debate judicial del caso que voy a desarrollar, me resulta sorprendente que las tabacaleras hayan accedido a información científica antes que la Autoridad de Aplicación de un país tan lleno de recursos como Estados Unidos; también me pregunto si, en tal caso, no sería posible dirigir la misma acción contra la propia Agencia Federal encargada de controlar la publicidad de temas tan sensibles como los alimentos, el tabaco o los medicamentos que se mercadean. Su omisión también es lesiva para la seguridad y la salud de las personas que debe, en última instancia, proteger. Como verás lector, no hay burocracia del mundo que esté exenta de la sospecha de inoperancia, o censuras aún peores. Pero volvamos a las productoras de tabaco.-

El 15 de diciembre de 2008, en un fallo que promete hacer ruido y apagar humos, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió los dilemas que expuse en el párrafo. El Máximo Tribunal estableció que las compañías tabacaleras no están protegidas por ninguna Ley Federal si se comprueba que han usado propagandas engañosas para cumplir objetivos comerciales. Para que el lector comprenda con mayor claridad: el fallo importa una declaración directa en contra de las tabacaleras, pero señala que esos fabricantes no están protegidos si han promocionado engañosamente sus productos, aún cuando cumplan lo establecido por una ley federal. (34)

El Veredicto. Voy a presentar una síntesis de los argumentos que, según creo, son los más importantes de este fallo. Fue una sentencia de criterio dividido, cuya mayoría se impuso por la mínima diferencia de 5 a 4. El Ministro John Paul STEVENS llevó adelante la opinión de la mayoría. Previo, me permito unas pocas palabras sobre este magistrado que ocupa el puesto número tres entre los que más tiempo permanecieron en la Corte Suprema de Estados Unidos (35 años). El Juez STEVENS es considerado, por la crónica ‘chimentera’

de internas en la corte, como perteneciente al sector más liberal (progresista, en nuestro coloquio) de ese Tribunal. Nació en 1920, y fue propuesto como miembro de la Corte por el Presidente Gerald FORD en el año 1975. Es decir, STEVENS ha servido a la Corte durante siete períodos presidenciales que incluyeron a los presidentes, Gerald Ford, Jimmy Carter, Ronald Regan, George H. W. Bush, Bill Clinton, George W. Bush, y parte del mandato de Barak Obama. En junio de 2010 se jubiló, a la edad de 90 años. Es bastante probable que *Altria v. Good*, dictado en diciembre de 2008, haya sido uno de los últimos veredictos resonantes que firmó este Juez unos meses antes de jubilarse.-

La puja entre sectores liberales y conservadores dentro de un Tribunal colegiado no debe causar revuelo ni angustia, tampoco acusaciones tan rencorosas como imprecisas de uno y otro bando. La mejor forma de integrar un cuerpo heterogéneo es obligarlo a la permanente búsqueda de consenso; deponer una opinión, por arraigada que sea, en favor de un concierto duele pero cura las heridas que la obstinación propia suele dejar en el adversario circunstancial. En este fallo, frente a la opinión mayoritaria que conduce el Ministro STEVENS, se erige el disenso liderado por el Juez Clarence THOMAS, quien fuera propuesto por George W. Bush en el año 1991. THOMAS, es el segundo juez de origen Afroamericano que llega al Superior Tribunal; según afirman los lobbyistas y operadores jurídicos que abundan en aquél país, representa al flanco más conservador de la Corte Suprema de Estados Unidos. Las diferencias de criterios de estos dos judiciales es enorme; sus duelos ideológicos se asemejan al clásico del progresismo vs. liberalismo, tal como lo conocemos en las playas rioplatenses. El lector verá que mientras STEVENS se cansa de repetir que la Ley Federal de etiquetas no constituye un amparo pétreo a favor de las tabacaleras, THOMAS dice lo opuesto sosteniendo, también con buenos argumentos, que esas leyes federales sí protegen a las productoras de tabaco contra cualquier ley estadual que les imponga mayores exigencias al deber de informar a los consumidores. (35) Claramente, una pauta es protectoria de los consumidores, mientras que la otra alivia

responsabilidades del sector empresarial. Durante veinte años estos juristas de razonamientos opuestos, y en algunos casos antagónicos, compartieron sendos tronos del Máximo Tribunal sin generar otro escándalo, tan privado que es casi doméstico, que el de sostener opiniones diferentes; cada uno representa a una parte de una sociedad muy diversificada, como lo es la Norteamericana. La Corte Suprema de ese país es también un ejemplo de consensos políticos, ideológicos y hasta filosóficos en aras de prestigiar unas de las instituciones más caras al sistema republicano. Quizás también por estos motivos sus fallos sean líderes en prácticamente todo el mundo.-

A continuación, presento al lector el sumario de lo resuelto en este asunto de tanta importancia para el Derecho de los consumidores. Toma la palabra el Juez John Paul STEVENS.-

1) Los actores alegan que Philip Morris USA, y sus socios ALTRIA GROUP INC, han violado la normativa de la Ley de Lealtad Comercial del Estado de Maine. En concreto, se quejan de que mediante la utilización deliberada de publicidad engañosa, convencieron al público usuario de que los cigarrillos tipo 'light', contienen menos nicotina y alquitrán que los cigarrillos regulares. Los actores aseguran que la tabacalera sabía que ese mensaje publicitario era falso. A su turno, los demandados manifiestan que la información contenida en sus publicidades es cierta y precisa y ajustada a las leyes sobre federales sobre etiquetamiento. (36)

Es destacable que ya en el relato preliminar del expediente, previo a resolver los dilemas planteados, el Máximo Tribunal confirma (Una Cámara de Apelaciones ya se había expedido en el mismo sentido) que esas leyes federales no estipulan - ni expresa ni tácitamente - un amparo total contra las acciones de daños que eventualmente se puedan seguir contra los productores de tabaco. Dicho de otro modo: el hecho de cumplir con las leyes de etiquetamiento no pone a los demandados a resguardo de una acción de daños derivados de una publicidad fraudulenta.-

2) Los actores (consumidores de tabaco 'light' aceptan esa clase de cigarrillos, efectivamente, contienen menos nicotina y alquitrán que los comunes. También admiten las pruebas científicas que indican que esa menor cantidad de nicotina y alquitrán los hace menos perjudiciales para la salud. Sin embargo, argumentan que esas pruebas técnicas no registran un dato muy importante: aquel que muestra que los fumadores desarrollan un comportamiento involuntario e inconsciente, denominado 'comportamiento compensatorio' que tiende a neutralizar los efectos de la menor cantidad de nicotina y alquitrán de los cigarrillos tipo 'light'. Finalmente, dicen que las tabacaleras conocen la existencia y los efectos de este 'comportamiento compensatorio'. (37)

3) El comportamiento compensatorio que desarrollan los fumadores puede describirse mediante una serie de conductas que realizan mientras fuman: 1) Tapan con sus dedos o labios los orificios de ventilación de los filtros; 2) aspiran bocanadas más largas; 3) absorben el cigarrillo con más frecuencia entre una pitada y la otra; 4) mantienen el humo más tiempo dentro del organismo. En resumen: sin darse cuenta, los fumadores de tabaco 'light' inhalan la misma cantidad de nicotina y alquitrán que los fumadores de cigarrillos regulares. Lo que los actores de este pleito sostienen es que Philip Morris ha violado la Ley de Lealtad Comercial estadual, toda vez que conociendo los estudios referidos al 'comportamiento compensatorio', escondieron sus resultados, y publicitaron su producto remarcando solamente que el tabaco 'light', por tener menores cantidades de nicotina y alquitrán, era menos perjudicial para la salud. (38)

Una aclaración previa. El argumento central de la tabacalera es que el reclamo no puede prosperar porque la Comisión Federal de Comercio la autorizaba a publicar los resultados de un estudio (Cambridge Filter Method Test) que demuestra que el tabaco 'light' posee menor cantidad de nicotina y alquitrán. Lo cual es cierto, y además admitido por los propios actores. Pero esa verdad parcial no deroga la existencia de otros estudios que analizan las conductas

asociadas a fumar esa clase de. De manera tal que de aquí en más, el debate pasará por examinar otras cuestiones que exceden el resultado objetivo de la cantidad de nicotina y alquitrán que contiene un cigarrillo light. En resumen, se analizarán tres temas esenciales: 1) el conocimiento de la tabacalera acerca de esos estudios; 2) en caso afirmativo, si el ocultamiento de esa información le hace perder los privilegios que surgen de otras leyes federales; 3) en caso afirmativo, si Philip Morris violó la ley de lealtad comercial estadual.-

4) Las leyes Federales que invocan los demandados en su defensa les aseguran a los productores de tabaco algunos privilegios: 1) Asegura que otras leyes estadales no podrán exigirles, en adición a las leyes federales, que incluyen en los paquetes más información referida a los riesgos a la salud asociados a fumar. 2) Las leyes estadales no podrán imponerles mayores restricciones, que las previstas en las leyes federales, para publicitar su producto ni podrán contener exigencias mayores, que las leyes federales, con respecto al etiquetamiento exigido en los paquetes de cigarrillos que se comercializan. Ello así, porque el Congreso al pasar esas leyes Nacionales, entendió que eran suficientes para cumplir con su objetivo de informar al público acerca de los riesgos asociados a fumar. De manera tal que la legislación provincial no puede sancionar leyes que al tener mayores exigencias que las leyes federales, les impongan a los productores mayores exigencias. Sin embargo, estas leyes federales, que privilegian a los productores de tabaco, restringiendo a los estados en su capacidad de dictar normas que aumenten sus exigencias, de ninguna manera, ni tácita ni expresamente inhiben a los Estados su capacidad de dictar leyes que prohíban cualquier forma de publicidad engañosa, referida al consumo de tabaco. Las leyes federales no pueden ser interpretadas como una forma de amparo para las compañías tabacaleras con relación a publicidades engañosas respecto al peligro para la salud asociado a fumar. No puede interpretarse que el Congreso Nacional sancionó una ley que les permite a las compañías tabacaleras realizar publicidades engañosas o que causen confusión en el público con relación a los riesgos asociados a fumar. (39)

5) El hecho de que las tabacaleras cumplan con las leyes que se refieren a las informaciones que deben contener los paquetes de cigarrillos, no impide que puedan ser citadas a defenderse ante demandas en donde se les reclama por presuntas violaciones a leyes de lealtad comercial estatales, basados en la presentación de publicidades engañosas. El acatamiento de esas leyes, no implica que las tabacaleras estén eximidas de su obligación genérica de no engañar a los usuarios mediante el uso de publicidades engañosas. (40) Porque, más allá de lo que digan las leyes, que siempre pueden ser modificadas o derogadas, nadie puede ampararse en una ley para engañar a los consumidores.-

VII. Epílogo.

Termino este ensayo con algunas reflexiones que hice propias sin que lo sean. Como suele ocurrir con los veredictos de la Corte Suprema de Estados Unidos, su huella marca el inicio de un camino que casi todo el resto del mundo sigue. Luego del debate sustanciado en *Altria v Good*, la Agencia Federal de Medicamentos y Alimentos (Food and Drug Administration - F&DA) prohibió el uso de las palabras 'light', 'suaves', 'bajo contenido de alquitrán', o similares para publicitar la venta de tabaco. En síntesis, la Agencia sostiene que el consumo de tabaco, en cualquiera de sus presentaciones, es igualmente nocivo para la salud; y, toda publicidad que sugiera lo contrario, miente: es ilícita. Fue un triunfo para el Derecho del consumidor, porque lo que en realidad hace es cortar un privilegio que una Ley Federal les concedía a las tabacaleras, y que actuaba como un verdadero 'bill de impunidad' para realizar falsos anuncios publicitarios. A partir de junio de 2010, los paquetes de cigarrillos ya no podrán contener leyendas que induzcan a los usuarios a suponer – equivocadamente- que el tabaco 'light' es menos riesgoso para la salud. Desde luego, las tabacaleras están dispuestas a cambiar sus etiquetas, y también sus estrategias de marketing, pero no están preparadas para perder ni un centavo en la cruzada: de ahora en más, en lugar de usar palabras para distinguir la clase de tabaco que venden, usarán diferentes colores. Así, el color dorado va a corresponder al

tabaco que antes era identificado como 'light'. Esta medida causó cierto asombro entre los grupos 'antitabaco, que sostienen que el uso de colores distintivos es tan perjudicial como el uso de leyendas, porque el público va a identificar un color con el producto que antes identificaba como 'light'. Las productoras se defienden alegando que tienen derecho a distinguir sus productos para informar a sus usuarios qué es lo que están comprando. (41) Los especialistas en estos temas advierten que cambiar las palabras por colores es una medida útil, pero también insuficiente. Algunos países como Australia están pensando en dictar leyes que obliguen a las tabacaleras a vender los cigarrillos en paquetes que no contengan, ni leyendas ni colores. (42) ¿Podrán hacerlo? ¿Se animarán a tanto? ¿Los dejarán? De ahora en más habrá que seguir de cerca la evolución del tema, las acciones de clase que se inicien, y los decisorios de los tribunales. En la Argentina, la pelea contra el tabaco ya empezó, y también habrá que seguir su expansión. Ello, sin olvidar que la Ley 24.240, sobre todo luego de la reforma de la Ley 26.361, puso al alcance de los consumidores y usuarios las mismas herramientas que se utilizan en los países más avanzados en la materia. Por ejemplo, las acciones de clase, prevista en el artículo 52° y 54°; la figura del by stander, incluida en el artículo 1° in fine; la incorporación de la publicidad al contrato de consumo, establecida en el artículo 8°; los daños punitivos, consagrados en el artículo 52°. En resumen: Argentina tiene ya instrumentos legales para que sus consumidores los utilicen.-

El caso *Altria v Good* me permitió comprender la verdadera dimensión que la publicidad tiene, y el lugar que ocupa en una sociedad cada vez menos educada, o educada por televisión en programas de bajo contenido cultural. Son los programas light que incitan al consumo. Y esto está estudiado: el show de frivolidades es más vendedor que el que propone contenidos más profundos, porque la futilidad estimula al consumo. (43) Lector, alcanza con prender la tele esta misma noche y comprobar qué clase de productos se ofrecen en los programas más tontos de la televisión Argentina que, desde luego, son los de mayor rating.-

Por sorprendente que parezca, los estudios indican que alrededor del 90% de los fumadores y los no fumadores creen que los cigarrillos ‘light’ son menos insalubres, a pesar de estar demostrado desde hace años que todos los cigarrillos que se venden en el mercado son, directamente, letales. (44)

Durante varias décadas los cigarrillos ‘light’ se comercializaron bajo la engañosa idea de que eran menos perjudiciales que los regulares. La trampa consistió en decir una verdad a medias. Efectivamente, contienen menos nicotina y alquitrán que los otros, y las publicidades eso decían. Pero las productoras de tabaco sabían que sus consumidores desarrollan un hábito (conocido científicamente como ‘comportamiento compensatorio’) que, en los hechos, neutraliza el ‘ahorro’ de nicotina y alquitrán. La neutralidad es un eufemismo de anulación, porque lo cierto es que en algunos casos, el consumo de tabaco ‘light’ provocaba el efecto opuesto al publicitado: el sujeto inhalaba más nicotina y más alquitrán que cuando fumaba los clásicos cigarrillos. Hoy en día, la batalla contra el tabaco continúa en Estados Unidos. Lleva más de cuatro décadas; los resultados no son óptimos, pero hay un firme retroceso en la tendencia a fumar, sobre todo en las nuevas generaciones. He tenido ocasión de servir como maestro en escuelas públicas del nivel secundario de aquel país; prácticamente ninguno de mis alumnos fumaba, y yo mismo tenía que ‘escaparme’ a dos cuadras del colegio para poder encender un cigarrillo a las 11 de la mañana, entre un recreo de unos 13 minutos, y el inicio de otra clase. El dudoso placer de fumar quedaba virtualmente congelado por el rigor del clima invernal casi insoportable. Pero, a los pocos meses de vivir allá, ya no fumaba por las mañanas, sin que esa renuncia haya perjudicado ninguno de mis hábitos. Más bien lo contrario: fue un alivio fumar menos. Lo más importante de esa batalla es que, ya sin retroceso, el paradigma que asociaba el éxito personal al consumo del tabaco quedó definitivamente desterrado en ese país. Las tabacaleras, que manejan un negocio suculento, han sufrido otra dura derrota en el caso Altria v Good. No obstante, lo cierto es que las corporaciones siguen manejando la llave de todos los negocios; el verdadero negocio: la

publicidad. (45) Con ella operan sobre algo mucho más importante que el consumo: disponen discrecionalmente las necesidades de consumo de toda la población mundial. Desgraciadamente, las naciones menos desarrolladas (Argentina, por caso) son más vulnerables al consumo impuesto por la dulce fuerza edulcorante de publicidades que muestran imágenes bonitas, y esconden pulmones destrozados. (46) No cause asombro que la reducción del consumo de tabaco en los países más avanzados tenga como correlato un aumento de su consumo en los estados del llamado tercer mundo. (47) La exportación e importación de bienes y servicios es también una forma asimétrica de comunicación entre naciones ricas y naciones pobres. Los efectos colaterales del subdesarrollo, son los menos visibles pero quizás sean los más graves en términos de proyecciones futuras. No hay una concepción de dicha posible para el individuo en un contexto de subdesarrollo. Es ese el gran desafío de la política, mirar al sujeto como un aspirante a la felicidad. Y no es una utopía.-

Este artículo, que poco o nada le agrega a la muy buena doctrina nacional y extranjera que se ha ocupado del tema antes que yo, tiene por única finalidad presentar uno de los aspectos más críticos del Derecho del consumidor: la publicidad de los bienes y servicios que se comercializan en el mercado. A través de ella se capta, la mayoría de las veces de manera fraudulenta, la voluntad de cientos de millones de personas. (48) Es, por esa misma razón, imprescindible educar a nuestros consumidores adolescentes, cuyo protagonismo en el mercado del consumo es indiscutido. El Derecho del Consumidor debe ser prontamente incorporado a la currícula escolar de todos los niveles, desarrollando programas de estudio que vayan mucho más allá del recitado de una ley. Por otra parte, la propia Ley 24.240, en su artículo 60, establece que el Estado Nacional, Provincial y Municipal, debe desarrollar planes educativos dentro de la burocracia de escuelas oficiales de todos los niveles (inicial, primaria, media, terciaria y universitaria). Ello en sintonía con la propia Constitución Nacional que en su artículo 42 –párrafo segundo – dispone: “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de

distorsión de los mercados...” La manda constitucional tiene sentido, porque no hay incertidumbre al afirmar que los jóvenes son protagonistas destacados de una sociedad de consumo cada vez más agresiva, cada vez más utilitaria y cada vez menos ética. Una parte importante de la educación debe consistir en enseñarles a consumir, prepararlos para que puedan desafiar exitosamente las diversas situaciones que presenta la relación de consumo. Y que lo hagan de manera dichosa, pero equilibrada; libre, en definitiva. La tarea es larga, pero no hay mejor punto de partida que un aula escolar; esa geografía reducida que, sin embargo, imita a los universos más lujosos.-

Referencias Bibliográficas

(1) Es abogado (UBA), especialista en relaciones de consumo. Es Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos), y en diversas cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado et al, “La Responsabilidad Objetiva: El artículo 1113 del Código Civil”. Ediciones Jurídicas de Cuyo. En 2009 publicó “La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado”. Ed. Universidad. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor. Ha disertado en numerosas conferencias y seminarios sobre el tema.

Las críticas y comentarios que el lector quiera hacer sobre el contenido de este artículo serán muy bien recibidos en fernandoshina@gmail.com.

(2) Cobró protagonismo una disciplina autónoma, la mercadotecnia, que puso en escena a expertos en comportamientos de consumidores, los que contribuyeron al desarrollo de modernas técnicas de comercialización. El marketing se convirtió en la vedette del mercado: a partir de entonces ya no resultaba posible concebir la actividad empresaria sin el segmento de gestión a cargo de un equipo

profesional que realizara el estudio de mercado, del consumidor potencial, de los productos o servicios requeridos o apetecibles, de los sistemas de distribución más eficientes y de los canales de comunicación idóneos para la promoción publicitaria. (Belén JAPAZE, en Dante RUSCONI (Coordinador) Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2010, página 254 y 255).

(3) Como vienen señalando sociólogos y estudiosos en general, la publicidad comercial ha asumido una posición de mando en nuestra sociedad, pues los líderes de la publicidad controlan el contenido de muchos programas de difusión masiva...De esto surge un nuevo poder que juega un papel determinante en el proceso social, pues la industria de la publicidad va ejerciendo influencia sobre la sociedad en general, derivada de su posibilidad de control sobre los medios de masa. (Juan M. FARINA. Defensa del Consumidor y del usuario. ed. Astrea, año 2008, página 277).

(4) El Segundo canal de acceso al capital para los medios de comunicación es la venta de pautas publicitarias. En este caso, los medios dependen de los anunciantes que deseen promocionar sus productos o servicios utilizando a uno o varios medios. Esta fuente constituye la entrada de dinero más importante que tienen las empresas mediáticas; sus montos superan, por mucho, lo recolectado por la venta directa al consumidor del diario o revista. A su vez, los anunciantes pueden ser privados o públicos. De esta forma, el Estado, a través de la compra de espacios publicitarios, se convierte en un protagonista muy importante en la actividad financiera de los medios de comunicación...No es difícil imaginar que, en algunos casos, el gobierno de turno pueda, con su intervención económica, beneficiar a medios que muestren una línea editorial afín a su gestión y perjudicar a aquellos que tengan una opinión opositora. (Fernando. E. SHINA. La Libertad de Expresión y otros derechos personalísimos. Ed. Universidad, año 2008, página 136 y 137).

(5) En otra nota publicada en The Wall Street Journal se indica que empresas como Chrysler les exigen a los directores de las revistas que

les informen anticipadamente si algún artículo contiene asuntos de carácter político, o de contenido sexual, que pueda ser considerado ofensivo o perjudicial para sus intereses económicos. En ese artículo se relata cómo Chrysler retiró abruptamente un aviso publicitario de cuatro páginas porque en la revista se publicó un cuento cuya trama disgustó a la compañía. Se trataba de un chico universitario y homosexual, que a cambio de sexo les hacía los deberes al resto de sus compañeros de clase. La revista no pasó el examen literario, y se quedó sin el anunciante. (Fernando. E. SHINA. La Libertad de Expresión y otros derechos personalísimos. Ed. Universidad, año 2008, página 156).

(6) En los primeros enfoques, el bien protegido era la competencia leal entre las empresas...y la competencia en el mercado; de allí la restricción de la publicidad comparativa. En una segunda aproximación, se visualiza como un aspecto de la libertad de expresión del autor del mensaje publicitario, lo que favorece la ausencia de límites en virtud de la protección que tiene ese derecho en los diversos ordenamientos. En un tercer abordaje, se lo considera un aspecto de la protección del consumidor. De este modo...no interesa tanto la competencia, sino la información en el mercado... (Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2009, página 178).

(7) El parámetro de engañosa de la publicidad, pues, debe pasar más que por la intención del emisor..., por la objetiva idoneidad que posee aquél para producir en el consumidor una falsa creencia, inducirlo a un dato equivocado (error), e inclinarlo a una elección económicamente perjudicial para él. (Fulvio SANTARELLI, en PICASSO-VÁZQUEZ FERREIRA. Ley de Defensa del Consumidor T° 1. Ed. La Ley, año 2009, página 107).

(8) En Argentina se consideró engañosa la publicidad realizada por una Universidad privada que ofrece un descuento del 20% de los aranceles correspondientes a los turnos tarde y noche, sin aclarar que esa reducción alcanza sólo a los ingresantes al ciclo introductorio y no

a los que se rematriculan. Fallo de CNPE.com. Sala 3, J.A. 1991-II-493. Fallo tomado de LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2009, página 184).

(9) Ley 22.802 - ARTICULO 9º: Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

Ley 24.240 - Art. 4º: El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

(10) La publicidad engañosa distorsiona la voluntad del consumidor o usuario, pues éste toma ese rol, bajo promesa de adquirir un bien o servicio distinto al que se proveyó en el marco de la relación de consumo...En este contexto, es evidente que toda publicidad engañosa, violenta el derecho a una información real y cierta que debe recaer a favor del usuario. Así las cosas, podemos decir que la publicidad engañosa,...'es la antítesis del derecho a la información'. (Flavio LOWENROSEN. La Publicidad, instrumento de venta de bienes y servicios, y mecanismo usual para engañar a los usuarios y a los consumidores. Fuente: (elDial.com - DC57C).

(11) La cita de la legislación extranjera fue tomada de Dante RUSCONI. Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2010, página 273).

(12) Son numerosos los tradicionales institutos del Derecho civil que modifica la Ley N° 24.240. Por caso, y quizás sea ésta la modificación

más importante, pues es de raíz filosófica, limita aún más el pético principio de la autonomía de la voluntad; esa anquilosada ficción jurídica contemplada en el art. 1197 de un código decimonónico que establece que las partes de un negocio jurídico, en tanto sujetos iguales y libres, negociaban sus contratos de manera autónoma, sin otra intervención que la de su voluntad. De esta forma, en la misma mesa se ponían a discutir -intereses y posiciones - el comprador de un teléfono celular y quien produce y vende cuarenta millones de esos aparatos. Los números de la contratación masiva sorprenden, y más sorprendería la ingenuidad de tolerar esa negociación paródica entre Gargantúa y Caperucita Roja, cubriéndola con el velo hipócrita de una voluntad inexistente. El fenómeno de la contratación de bienes y servicios a escala ha debilitado, de manera ya irreversible, el dogma de la voluntad autónoma sobre el cual se organizó toda la teoría de los contratos en los últimos 150 años (La Ley N° 24.240. 17° Aniversario. Una adolescencia traumática. Revista Jurisprudens 04-11-2010. Cita: IJ-XL-892. Fernando SHINA).

(13) El discernimiento consiste en la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas. El discernimiento es la versión jurídica de esta potencia del alma humana que los filósofos denominan 'entendimiento' o 'inteligencia'. (Jorge Joaquín LLAMBÍAS. Tratado de Derecho Civil. Parte General T°2, año 1982, página 256 y 257).

(14) El segundo elemento interno del acto voluntario es la intención del sujeto, que consiste en el propósito de la voluntad en la realización de cada uno de los actos conscientes. La ausencia de intención se caracteriza por la discordancia entre el fin o propósito de la voluntad y el resultado que éste produce. (Jorge Joaquín LLAMBÍAS. Tratado de Derecho Civil. Parte General T°2, año 1982, página 263).

(15) El tercer elemento interno de la voluntad consiste en la espontaneidad de la determinación del agente...Para Savigny la libertad es la facultad de elección entre muchas determinaciones.

(Jorge Joaquín LLAMBIÁS. Tratado de Derecho Civil. Parte General Tº2, año 1982, página 267).

(16) Los problemas que frecuentemente se observan en materia de publicidad atañen a los derechos civiles de los consumidores...Dichas irregularidades provocan un vicio en el consentimiento del consumidor que repercute en su libertad de elección y de contratación y deriva en la toma de decisiones contrarias a sus intereses económicos. (Laura PEREZ BUSTAMANTE. Derechos del Consumidor. Ed. Astrea, año 2004, página 151).

(17) El agravio de la sumariada con relación a que no actuó con negligencia o engaño, y mucho menos con dolo, tampoco puede prosperar toda vez que, para que se tipifiquen las infracciones a la ley 22.802, no es necesario evaluar si hubo, o no, intencionalidad por parte del infractor, y tampoco la producción de daño o de resultado alguno, pues -en principio- las infracciones como la examinada revisten el carácter de formales, para cuya sanción sólo se requiere la simple constatación, sin que se adviertan -en este caso- razones por las que se justificaría un apartamiento de la regla general."(Sinectis SA s/infracción ley 22.802 - CNPE - SALA B - 09/12/2003 Fuente: elDial.com - AA1DA5).

(18) Las relaciones contractuales se ejecutan de acuerdo a lo que las partes han entendido o debieron haber entendido en el marco de su celebración...es indudable que la publicidad engañosa vulnera la buena fe contractual, ya que el destinatario de la publicidad ha entendido de modo inexacto los alcances de la relación... (Flavio LOWENROSEN. La Publicidad, instrumento de venta de bienes y servicios, y mecanismo usual para engañar a los usuarios y a los consumidores. Fuente: elDial.com - DC57C).

(19) Lanham Act. Section §1125. False designations of origin and false descriptions forbidden. Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof,

or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which-- is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.

(20) Texto del fallo original: Thus, there are two different theories of recovery for false advertising under section 43 of the Lanham Act: (1) an advertisement may be false on its face; or (2) the advertisement may be literally true, but given the merchandising context, it nevertheless is likely to mislead and confuse consumers...When a merchandising statement or representation is literally or explicitly false, the court may grant relief without any reference to the advertisement's impact on the buying public. When the challenged advertisement is implicitly rather than explicitly false, its tendency to violate the Lanham Act by misleading, confusing o deceiving should be tested by public reaction. (*Castrol Inc. v. Pennzoil Company and Pennzoil Products Company* - Federal Circuit 3rd cir. 1993).

(21) Texto del fallo original: Therefore, because the district court properly found that claims in this case were literally false, it did not err in ignoring Pennzoil's superfluous evidence relating to the absence of consumer confusion. In addition, because the advertisement in *Sandoz* was not literally false, that case's references to consumer confusion, read in context, are completely consistent with the majority's disposition of this matter. (*Castrol Inc. v. Pennzoil Company and Pennzoil Products Company* - Federal Circuit 3rd cir. 1993).

(22) Como pauta útil para analizar la aptitud “engañosa” de un aviso, es dable destacar que no se recurre tanto a parámetros como el "buen padre de familia" u hombre diligente frecuentemente aplicados en el derecho de daños o contractual, sino a estándares menos rígidos, teniendo en cuenta las características de la audiencia a que se dirige la publicidad -el público en general y no expertos en la materia de que se trate-, sus particulares limitaciones o susceptibilidades, psicología del consumo en los grandes establecimientos, entre otros, debiendo apreciarse también la diversidad de nivel de la capacidad intelectual y del condicionamiento psicológico de las personas a las que la publicidad va destinada...Cabe destacar que (la empresa de televisión por cable) , ha desplegado una publicidad escueta con signos de informalidad y lenguaje coloquial, dirigida a un público variado cuyos componentes no comparten su pertenencia a un específico ámbito cultural o intelectual, sino la sola afición a un deporte popular. De un componente medio del grupo así definido, mal podría esperarse, frente al aviso publicado, un razonamiento analítico como el que sugiere la accionante al proponer que, vista desde el sentido común, aquella publicidad fue capaz de patentizar el real contenido prestacional del servicio ofrecido. (CAUSA 53474/95 - Gonzalez Taboas Florencio Alberto c/ TELECOM ARGENTINA STET FRANCE TELECOM SA s/ incumplimiento de servicio de telecomunicaciones" - CNCIV Y COMFED - SALA III - 08/03/2005 Fuente: elDial.com - AA293C).

(23) Ni en la Constitución de los Estados Unidos ni en la nuestra ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es perjudicial no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua a la libertad de prensa. (Indalia Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida. Extracto fallo de la Corte Suprema de la Nación, tomado de Fernando. E. SHINA. La Libertad de Expresión y otros derechos personalísimos. Ed. Universidad, año 2008, página 112).

(24) Texto del fallo original: In essence, the district court has enjoined Pennzoil only from broadcasting, publishing, or disseminating the

very statements that the court found to be literally false. Pennzoil argues that this is a prior restraint, in contravention of the First Amendment of the United States Constitution. At this moment, however, these claims are false, and it is well settled that false commercial speech is not protected by the First Amendment and may be banned entirely (Castrol Inc. v. Pennzoil Company and Pennzoil Products Company (Federal Circuit 3rd cir. 1993).

(25) Puede definírsela como la cláusula existente en todo tipo de contrato por la cual el deudor garantiza que durante el desarrollo de la prestación, ningún daño recaerá en la persona o eventualmente en los otros bienes de su contratante. (Carlos GHERSI. Contratos civiles y comerciales, Tº 1. Ed. Astrea, año 1998, página 427)

(26) Meritando con criterio realista el mercado de bebidas gaseosas a base de cola no cabe la más mínima duda de que la bebida que es comparada con "Pepsi Cola" y desafiada por ésta es la que se identifica como "Coca Cola". Y si bien en el video no se la menciona expresamente -aunque se alcanza a percibir que el locutor insinúa una referencia a ella- ni extremando la ingenuidad se puede ignorar que el "Desafío Pepsi" está clara y concretamente dirigido a "Coca Cola. Es de toda evidencia que mediante el subterfugio de no mencionar al conjunto "Coca Cola" la empresa competidora realiza una campaña de publicidad comparativa disfrazada. Se concreta en los hechos, un aprovechamiento de la notoriedad de esta última marca como modo de enaltecer, a través del desafío, la superioridad del producto propio y consecuentemente la manera de persuadir, simultáneamente, sobre la inferioridad del producto comparado. "Coca Cola" aparece, así, como el trampolín para la elevación de "Pepsi Cola", con lo que se está frente a un incuestionable supuesto de publicidad comparativa (The Coca Cola Company y otros" – CNCiv.Com.Fed - Sala II - 22/10/1993 Fuente:elDial.com - AAD3F).

(27) Ver el extenso y claro desarrollo que Belén JPAZE realiza sobre el tema en Dante RUSCONI. Coordinador. Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2010, página 288.

(28) Fallo de la Cámara Nacional Civil y Comercial, sala 2 del 30/12/1971. Ver L.L 147-233

(29) La tendencia actual, basada en la protección del consumidor, se inclina por la licitud, porque incrementa la información y favorece la competencia...en sintonía con lo explicado se ha establecido que 'la publicidad comparativa no se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento positivo, en tanto no se lesionen legítimos derechos del titular de la marca a la que se hace referencia. Lo que la ley prohíbe, es el uso de la marca ajena como si fuera propia, pero no prohíbe el uso de la marca ajena como ajena...' (LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2009, página 187).

(30) La publicidad comparativa permite evitar -en alguna medida- el engaño por ocultamiento, característico de las prácticas publicitarias contemporáneas. El consumidor no tiene un interés suficientemente concentrado como para incurrir en los gastos necesarios para hacer frente a este tipo de engaño; los competidores sí. La publicidad comparativa crea así un mecanismo de incentivos para aumentar la transparencia del mercado y dar a éste no sólo la información positiva, seleccionado por aquéllos a quienes tal información favorece, sino también información posiblemente contraria a quienes operan en los mercados.(Guillermo CABANELLAS de las CUEVAS. El uso atípico de la marca ajena, en Derecho de Marcas. Ed. Ciudad Argentina, año 1999, página 74).

(31) Texto del fallo original: But the language of the injunction is much broader than the Conclusion of the Law and, perhaps unintentionally, raises First Amendment concerns. As currently written, the injunction seems to prohibit future comparative advertising even if it is truthful. We are mindful of our obligation to prevent Jartan from misleading the public in the future with its deceptive ads. But we can fulfill that obligation while protecting Jartan's First Amendment rights. IT IS ORDERED that defendant JARTAN...permanently enjoined and restrained from publishing or otherwise disseminating any advertisement or media press release that:

1) Falsely y or deceptively states both the prices charged by Jartan and/or falsely or deceptively states that Jartan saves consumers money by reason of the prices charged by Jartan while mentioning, displaying, or otherwise directly referring to U-Haul or any of its equipment; 2) Falsely o deceptively represents, either expressly or impliedly, that Jartan trucks or trailers are safer than all U-Haul trucks or trailers; 3) Falsely o deceptively represents, either expressly or impliedly that Jartan trucks are more fuel efficient than all U-Haul trucks; or 4) Falsely o deceptively represents, either expressly or impliedly that Jartan equipment is in any manner better designed than all U-Haul equipment. (U-Haul International, Inc vs. Jartan Inc. N° 84-2801, decided July 3, 1986).

(32) Descartado el supuesto constitucionalmente prohibido de ‘censura previa’, es indudable que ordenar el cese de un film publicitario o de una campaña radial, televisiva o gráfica que se está difundiendo masivamente como parte de una estrategia comercial, es una medida que pone en tensión diversos derechos constitucionales, los cuales, vale la pena recordarlo, no son absolutos sino que deben ser compatibilizados entre sí conforme a la finalidad con que son instituidos y se ejercen en las circunstancias particulares de la causa (cfr. esta Sala, causa 13.066/04 del 19/5/05). (Causa 2957/2007 -Los Cipreses S.A. c/ Lumary S.A. s/ medidas cautelares”- CNCiv. y Com. Fed. – Sala I – 26/06/2007. Fuente: elDial.com - AA4054).

(33) Supreme Court of the United States. ALTRIA GROUP, INC., ET AL., PETITIONERS v. STEPHANIE GOOD, ET AL. No. 07-562. 15 de diciembre de 2008

(34) El lector interesado podrá acceder al fallo completo a través de cualquiera de los buscadores de la Internet. Las referencias para facilitar esa búsqueda son: Supreme Court of the United States. ALTRIA GROUP, INC., ET AL., PETITIONERS v. STEPHANIE GOOD, ET AL. No. 07-562.

(35) Texto del fallo original: This appeal requires the Court to revisit its decision in *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 505 U. S. 504 (1992). As in that case, the question before us is whether state-law claims alleging that cigarette manufacturers misled the public about the health effects of cigarettes are preempted by the Federal Cigarette Labeling and Advertising Act, as amended in 1969 (Labeling Act or Act). The Labeling Act requires that specific health warnings be placed on all cigarette packaging and advertising, 15 U. S. C. §1333, in order to eliminate “diverse, non uniform, and confusing cigarette labeling and advertising regulations with respect to any relationship between smoking and health,” §1331. To that end, §5(b) of the Labeling Act pre-empts any “requirement or prohibition based on smoking and health... imposed under State law with respect to the advertising or promotion of any cigarettes.” §1334(b).

El dilema planteado en estos autos es si la propaganda de cigarrillos es engañosa en el sentido de confundir al público sobre los efectos que el tabaco provoca en la salud. La ley de etiquetas, reformada en 1969 le impuso a las tabacaleras la obligación de indicar en los mismos paquetes de cigarrillos acerca de todos los riesgos a la salud asociados al consumo de tabaco. De esa forma, por ley se uniformó el mensaje que recibirían los consumidores acerca de cuáles son esos riesgos, evitando que haya distintos mensajes sobre una misma cuestión. Por ese mismo motivo, la ley de etiquetas impide que las tabacaleras sean demandadas por el cumplimiento de leyes estatales que les impongan requerimientos distintos a los que les impone la Ley Federal de Etiquetas.

(36) Texto del fallo original: JUSTICE STEVENS delivered the opinion of the Court. Respondents, who have for over 15 years smoked “light” cigarettes manufactured by petitioners, Philip Morris USA, Inc., and its parent company, Altria Group, Inc., claim that petitioners violated the Maine Unfair Trade Practices Act (MUTPA). Specifically, they allege that petitioners’ advertising fraudulently conveyed the message that their “light” cigarettes deliver less tar and nicotine to consumers than regular brands despite petitioners’ knowledge that the message was untrue. Petitioners deny the charge,

asserting that their advertisements were factually accurate. The merits of the dispute are not before us because the District Court entered summary judgment in favor of petitioners on the ground that respondents' state-law claim is pre-empted by the Federal Cigarette Labeling and Advertising Act, as amended (Labeling Act). The Court of Appeals reversed that judgment, and we granted certiorari to review its holding that the Labeling Act neither expressly nor impliedly pre-empts respondents' fraud claim. We affirm.

(37) Texto del fallo original: Respondents claim that petitioners fraudulently marketed their cigarettes as being “light” and containing lowered tar and nicotine” to convey to consumers that they deliver less tar and nicotine and are therefore less harmful than regular cigarettes. App. 28a–29a. Respondents acknowledge that testing pursuant to the Cambridge Filter Method indicates that tar and nicotine yields of Marlboro Lights and Cambridge Lights are lower than those of regular cigarettes. *Id.*, at 30a. Respondents allege, however, that petitioners have known at all relevant times that human smokers unconsciously engage in compensatory behaviors not registered by Cambridge Filter Method testing that negate the effect of the tar and nicotine reducing features of “light” cigarettes

(38) Texto del fallo original: By covering filter ventilation holes with their lips or fingers, taking larger or more frequent puffs, and holding the smoke in their lungs for a longer period of time, smokers of “light” cigarettes unknowingly inhale as much tar and nicotine as do smokers of regular cigarettes. *Ibid.* “Light” cigarettes are in fact more harmful because the increased ventilation that results from their unique design features produces smoke that is more mutagenic per milligram of tar than the smoke of regular cigarettes. *Id.*, at 31a–32a. Respondents claim that petitioners violated the MUTPA by fraudulently concealing that information and by affirmatively representing, through the use of “light” and “lowered tar and nicotine” descriptors, that their cigarettes would pose fewer health risks.

(39) Texto del fallo original: As amended, the Labeling Act contains two express preemption provisions. Section 5(a) protects cigarette manufacturers from inconsistent state labeling laws by prohibiting the requirement of additional statements relating to smoking and health on cigarette packages. 15 U. S. C. §1334(a). Section 5(b), which is at issue in this case, provides that no requirement or prohibition based on smoking and health shall be imposed under State law with respect to the advertising or promotion of any cigarettes the packages of which are labeled in conformity with the provisions of this chapter.” §1334(b). Together, the labeling requirement and preemption provisions express Congress’ determination that the prescribed federal warnings are both necessary and sufficient to achieve its purpose of informing the public of the health consequences of smoking. Because Congress has decided that no additional warning statement is needed to attain that goal, States may not impede commerce in cigarettes by enforcing rules that are based on an assumption that the federal warnings are inadequate. Although both of the Act’s purposes are furthered by prohibiting States from supplementing the federally prescribed warning, neither would be served by limiting the States’ authority to prohibit deceptive statements in cigarette advertising. Petitioners acknowledge that “Congress had no intention of insulating tobacco companies from liability for inaccurate statements about the relationship between smoking and health. Brief for Petitioners 28. But they maintain that Congress could not have intended to permit the enforcement of state fraud rules because doing so would defeat the Labeling Act’s purpose of preventing nonuniform state warning requirements. 15 U. S. C. §1331.

(40) Texto del fallo original: We conclude, as we did in *Cipollone*, that the Labeling Act does not preempt state law claims like respondents’ that are predicated on the duty not to deceive. We also hold that the FTC’s various decisions with respect to statements of tar and nicotine content do not impliedly preempt respondents’ claim. Respondents still must prove that petitioners’ use of “light” and “lowered tar” descriptors in fact violated the state deceptive practices statute, but

neither the Labeling Act's pre-emption provision nor the FTC's actions in this field prevent a jury from considering that claim. Accordingly, the judgment of the Court of Appeals is affirmed, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion. It is so ordered.

(41) "Light" cigarettes are going up in smoke by the end of June, but their names and packaging are getting a colorful makeover. The U.S. Food and Drug Administration says cigarette packs no longer can feature names such as "light," "mild," "medium" or "low," which many smokers wrongly think are less harmful than "full-flavor" cigarettes. Cigarette makers are replacing those words with colors such as gold, silver, blue and orange on brands that make up more than half of the smokes sold across the country. Anti-tobacco advocates say the colors are just as bad as the words, but tobacco companies argue they have a right to let smokers know which products are which. (AP. Goodbye, Marlboro Lights. Hello, Marlboro Gold Pack. RICHMOND, Va., June 4, 2010. Ver<http://www.cbsnews.com/stories/2010/06/04/business/main6548234.shtml>).

(42) Other countries are considering going even further. The Australian government proposed legislation last month that would make manufacturers sell cigarettes in plain, standard packaging, without colors and logos. More than 40 countries already have laws prohibiting terms similar to what the FDA is banning (AP. Goodbye, Marlboro Lights. Hello, Marlboro Gold Pack. RICHMOND, Va., June 4, 2010. Ver<http://www.cbsnews.com/stories/2010/06/04/business/main6548234.shtml>).

(43) Las agencias de publicidad otorgan sus preferencias a los programas menos serios o más 'escapistas', pues según sostiene BAGDIKIAN, de este modo el auditorio conserva el mismo todo emocional de frivolidad y fantasía que mantiene vivo el 'humor de compra.' (Juan M. FARINA. Contratos comerciales modernos T° 1.

Ed. Astrea, año 2005, página 319). Farina, en la obra citada, trae un importante desarrollo de los autores BAGDIKIAN (El monopolio de los medios de difusión) y CLARK (Los creadores del consumo), especialistas en publicidad que es sumamente interesante.

(44) Studies show that about 90 percent of smokers and nonsmokers believe that cigarettes described as "light" or have certain colors on the packages are less harmful even though "all commercial cigarettes are equally lethal," said David Hammond, a health behavior researcher at the University of Waterloo in Canada (AP. Goodbye, Marlboro Lights. Hello, Marlboro Gold Pack. RICHMOND, Va., June 4, 2010. Ver <http://www.cbsnews.com/stories/2010/06/04/business/main6548234.shtml>).

(45) La publicidad constituye, desde hace décadas, la principal fuente de ingresos de la mayoría de los medios de comunicación masiva en todo el mundo, lo cual ha determinado que los medios se fueran transformando de difusores de noticias e información general, a importantes difusoras de mensajes comerciales. (Juan M. FARINA. Contratos comerciales modernos T° 1. Ed. Astrea, año 2005, página 311).

(46) En 1980 la mayor parte de los medios de difusión estadounidenses –periódicos, revistas, radio, televisión, libros y películas – estaba controlada por cincuenta compañías. Éstas, a su vez, se hallaban entrelazadas con otras más grandes compañías industriales, y con unos cuantos bancos multinacionales. (Juan M. FARINA. Contratos comerciales modernos T° 1. Ed. Astrea, año 2005, página 312).

(47) Tal como lo expresa un trabajo técnico de las Naciones Unidas, la publicidad puede facilitar la transferencia de patrones de consumo de los países desarrollados a los países en desarrollo, al introducir necesidades que no sean apropiadas, dada la estructura de ingresos y demandas de estos últimos países. En realidad, los efectos de la publicidad parecen más fuertes en las naciones más pobres, pues

mientras aún se promocionan bienes de consumo prescindibles (como el tabaco, los cosméticos, y las gaseosas), todavía no se han satisfecho las necesidades más básicas. (Juan M. FARINA. Contratos comerciales modernos T° 1. Ed. Astrea, año 2005, página 311).

(48) El consumidor en general...está totalmente ajeno a lo que ocurre, es utilizado, dirigido, inducido, seducido, sin que se de cuenta. Compra un producto determinado creyendo que él 'decide' la compra cuando en realidad dicha compra es el reflejo, el resultado de un impulso dirigido normalmente a su subconsciente, perfectamente estudiado, analizado, para tal fin por técnicos y profesionales en la materia...Pero lo más grave de tal manejo del público es que éste no se da cuenta de que es utilizado; por el contrario, puede creer y, de hecho cree, que su compra es el resultado de una decisión exclusivamente suya. (La cita pertenece a CONSIGLIERI. La seducción publicitaria subliminal. Nuevo vicio del consentimiento contractual. Incorporada al trabajo de Jorge ANAYA, en Constitución de la Nación Argentina, T° 2. Daniel SABSAY – Director. Ed. Hammurabi, año 2010, página 326, nota al pie (11).

Acciones de clase. Primera parte

por Fernando Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC1673

[Consultado el: 14/07/2021]

Sumario:

1. Introducción. II. Definición. III. El Amparo Colectivo. La legitimación Activa. IV. Evolución histórica. Los amparos colectivos. V. El caso HALABI. VI. Las Acciones de Clase en la ley 24.240.

I. Introducción.

En la novela circular destaca una característica mínima: la desaparición del tiempo. Los hechos suceden sin una marca cronológica; así, da lo mismo leer un episodio ocurrido al inicio del libro que otro sucedido cuando el lector, quizás complacido por la llegada del final, o inquieto por el desenlace, se dispone a terminar el texto. Probablemente, el ejemplo más destacado de este género sea Don Quijote, en donde las aventuras del escudero, el caballo y el caballero transitan un tiempo indeterminado que ya dura más de cuatrocientos años; en su lenta marcha de sueños dichosos, estas tres caricaturas se han convertido en un pedazo de la humanidad. El caballero de la Mancha logró una épica que supera a las narradas en tantos disparatados episodios: perdió el tiempo pero ganó el infinito.-

Voy a seguir un tratamiento circular para el desarrollo de este breve ensayo, y aclaro que no lo hago por una ambición literaria desmesurada, sino más bien por su opuesto, es decir, el temor a que las módicas ideas que a este tema aportó, se me escapen y pierdan el orden que de ellas requiero para redactar aún las cosas más sencillas.

En suma, amigo lector, adelanto en la introducción de este discreto trabajo las conclusiones que deberían estar en su epílogo.-

Toda acción de clase o procedimiento colectivo tiene –al menos – tres puntos neurálgicos; a saber: (1) la cuestión referida a la legitimación activa; (2) definir los alcances de una sentencia que involucra a muchos sujetos que no han participado del proceso; (3) repartir, entre muchas personas, una eventual indemnización.-

Voy a tratar de abordar todas estas cuestiones.-

II. Definición.

Bajo el nombre de ‘acción de clase’, o ‘demanda colectiva’, o ‘class action’ se denomina a una forma al proceso judicial cuya característica principal es que un grupo de personas (que precisamente constituyen la clase) es representado por otra, legalmente legitimada para asumir esa representación.-

Voy a dividir este trabajo en dos partes. En la primera parte voy a referirme al amparo colectivo, dejando para la segunda parte el desarrollo de las acciones de clase previstas en la ley de defensa del consumidor. Estimo procedente esta división porque toda acción de clase, cualquiera sea su naturaleza, tanto en el derecho nacional como en el extranjero, se basa en tres premisas básicas. (i) La existencia de un número importante de afectados; (ii) La reunión de todos ellos en un solo juicio resulta muy compleja o imposible, poniendo en peligro su acceso a la justicia; (iii) La causa de afectación es única. Es decir, existe un mismo hecho que ocasiona una pluralidad de afectados.-

Pero, aún más importante que la definición del proceso colectivo es la finalidad que se propone. De la misma manera que a fines del siglo pasado se instaló una nueva modalidad de comercialización (contrato de adhesión) que permite a los grandes proveedores llegar masivamente al público, las acciones colectivas les permiten a los usuarios y consumidores impactar masivamente sobre los proveedores, con independencia de la escasa cuantía que cada

reclamo individual tiene. De esta forma, la queja de unos pocos centavos pasa de ser un grito aislado que se apaga en la fatiga agónica de la frustración, y se transforma en miles de personas que gritan al mismo tiempo en la misma salita de tribunales. Las acciones de clase hacen que el usuario, títere estratégico de estratégicas campañas de publicidad, se convierta en un temible sujeto de derecho, cuyas quejas suelen significar millones de dólares. Tan grande es su importancia que un Presidente les dedicó a ellos todo un discurso: “La definición de Consumidores, nos alcanza a todos nosotros. Son ellos el grupo más grande dentro de la economía; ellos afectan pero también son afectados, por cada una de las medidas que tanto el sector público como el privado toman. Las dos terceras partes del gasto total de la economía son realizadas por los consumidores. Sin embargo, el de los consumidores es el único grupo económico importante que no está efectivamente organizado; y sus puntos de vista, usualmente no son tenidos en cuenta” (2) Tenía tanta razón el Presidente KENNEDY, que a partir de ese año (1962) los consumidores y usuarios comenzaron a organizarse seriamente a través de asociaciones civiles ocupadas en su defensa; ese discurso presidencial marca el inicio de una carrera exponencial de reclamos y demandas judiciales (colectivas e individuales) que en poco tiempo convirtieron a Norteamérica en el país líder en materia de protección al consumidor. Esto viene a corroborar que, proteger al consumidor, lejos de afectar a empresas o sectores más o menos corporativos, favorece a la sociedad de consumo. En conmemoración a ese discurso, cada 15 de marzo se festeja el Día Internacional del Consumidor.-

En el mundo entero, los procesos colectivos han sido efectivos para beneficiar a las relaciones de consumo. Entre nosotros, buena parte de la literatura se hizo cargo de abordar el complejo tema de las acciones colectivas, señalando algunas de sus ventajas, que son muchas. Los autores Ezequiel NINO y María TARZIA nos explican algunas de esas ventajas: “(1) Una acción de clase puede representar la única forma de asegurar el derecho de los peticionantes cuando el reclamo por el perjuicio es tan pequeño que no puede litigarse individualmente; (2) Puede servir para que se defiendan personas

ignorantes de sus derechos, sin el acceso a debida representación legal o temerosas de ejercerlos por miedo a sanciones; (3) Otorga a los litigantes mayor poder. La Corte Suprema ha reconocido que un aspecto legítimo de la acción de clase es que otorga una posición más fuerte a la clase...; (5) Incremento de los honorarios profesionales. En las acciones de interés público el remedio que se intenta es el cese del acto ilegítimo, lo cual, en principio, no redundará en honorarios atractivos para el abogado. Sin embargo, la Corte Suprema ha reconocido que es necesaria una adecuada regulación de honorarios profesionales para estimular a los abogados a realizar esta tarea. En las acciones de clase los honorarios se incrementan por la cantidad de personas que intervienen como representados en el proceso; (6) Sirve para evitar la producción de múltiples procesos sobre la misma cuestión...; (9) La decisión en una acción de clase tiene una fuerza superior a una decisión en un litigio individual. En acciones de derechos civiles, violaciones ambientales o de consumidor destinadas a lograr el cese de una acción, el impacto puede ser tan grande que haga que el cese sea voluntario; (10) Aumenta la conciencia pública. Los mismos jueces han dicho que las acciones de clase sirven para aumentar la conciencia de la gente sobre importantes cuestiones sociales; (11) Decisión uniforme. La decisión final, ya sea favorable o desfavorable a la clase, resultará obligatoria para todos. Eso es tan beneficioso para los actores como para los demandados, pues supone que se ahorra la incertidumbre de tener numerosos procesos abiertos sobre el mismo tema en diferentes tribunales o jurisdicciones”(3)

En la mayoría de las causas colectivas se repiten casi todas estas ventajas. No existe un mecanismo procesal más apropiado para representar a muchos afectados cuyo aislamiento los debilita; sobre todo, considerando que la mayoría de ellos ni siquiera sabe que tiene derecho a que alguien reclame en su nombre. Naturalmente, un reclamo múltiple tiene más firmeza que el realizado por cada usuario aislado, como también la tendrá el decisorio que se pronuncie en una causa colectiva. Por otra parte, es hora de tomar conciencia acerca de nuestros derechos como consumidores y usuarios, cuyo rango en el ordenamiento jurídico nacional es preferente, pues son Derechos

Constitucionales. Agrego una ventaja adicional. No escapa al conocimiento de nadie que la promoción a escala masiva de juicios individuales podría, fácilmente, hacer colapsar a la burocracia judicial, sea Nacional o Provincial. Sería imposible para cualquier Poder Judicial recibir un aluvión de demandas sin que el servicio de Justicia se viera seriamente afectado. En síntesis, los procesos colectivos también ayudan a organizar adecuadamente el imprescindible servicio de la justicia.-

A pesar de las indudables ventajas que estos procesos tienen para los usuarios, su existencia inquieta verdaderamente a los proveedores de bienes y servicios, porque es fácil de advertir que no hay ningún denominador común aparente entre las ventajas señaladas y sus propios intereses. Por el contrario, la falta de conciencia pública, la ignorancia del usuario, el reclamo individual dissociado del colectivo, y una justicia maniatada por leyes rituales decimonónicas, han sido siempre buenos argumentos de rentabilidad empresarial. Pero, tanto las construcciones pretorianas referidas a los amparos colectivos, como la reforma que la ley 26.361 incorporó al estatuto de los consumidores, han cambiado dramáticamente este escenario. Y el cambio es bueno para los consumidores y usuarios. Y también lo es para los proveedores de bienes y servicios; al menos para aquellos que logren entender que la rentabilidad de un negocio depende de optimizar los servicios ofrecidos, antes que de degradarlos.-

III. El Amparo Colectivo. La legitimación Activa.

El Artículo 43 de la C.N. expresamente habilita la acción de amparo contra todos los actos que restrinjan o lesionen derechos de incidencia colectiva. Se refiere la norma a las cuestiones de medio ambiente; a la discriminación y a los derechos del usuario o consumidor. Anoto el texto constitucional en su parte pertinente: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor

del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. A partir de la reforma constitucional del año 1994, nuestro ordenamiento jurídico incorpora una nueva categoría de derechos cuya protección debe ser garantizada para preservar el interés público: los derechos de incidencia colectiva. Ellos integran una familia de intereses que conciernen no al individuo sino a una comunidad entera.-

Una importante característica de estos derechos, o como a ellos los concibe nuestro texto legal, es que a pesar de su pertenencia colectiva, el ejercicio concreto de su protección jurisdiccional puede ser ejecutado individualmente. El abanderado de estos derechos colectivos es, sin dudas, el medio ambiente. Por eso coincido con los juristas SABSAY y MANILI quienes prefieren denominarlos ‘derechos de incidencia colectiva, y no derechos colectivos, por cuanto la primera acepción permite que las acciones judiciales que de ellos se derivan puedan ser ejercidas individualmente. En otras palabras, es posible que un sujeto actúe individualmente en una acción que involucre derechos de incidencia colectiva. (4) Pero, ciertamente, más efectivo será el resultado que obtenga si actúa en representación de todos los miembros de una comunidad.-

La legitimación. El párrafo que antecede nos mete de lleno en uno de los principales problemas que nos presenta esta particular categoría de derechos: la legitimación para ejercerlos. Es decir, determinar quiénes son los sujetos que tienen capacidad legal de ejercer, en nombre de toda la comunidad, la acción para reclamar ante una infracción, o ante un hecho lesivo. Como más arriba señalara, el propio artículo 43° CN aborda esta cuestión, estableciendo que los legitimados para llevar adelante esta acción de amparo son:

- (i) El afectado;
- (ii) El Defensor del Pueblo;
- (iii) Las asociaciones registradas.-

Esta enumeración que parece taxativa, y clara no está exenta de dudas e interpretaciones diversas. Veamos en particular a cada uno de estos legitimados.-

El Afectado: Resulta particularmente complejo definir el término ‘afectado’ porque, justamente, lo que concreta a la incidencia colectiva es la pluralidad de sujetos afectados. Recordemos que si no existe un afectado, en tanto sujeto que padeció un perjuicio determinado, ninguna acción judicial es posible; la existencia de un perjuicio es un recaudo insustituible a la hora de reclamar un derecho en los tribunales. En otras palabras: sin perjuicio, no hay acción de daños, ni tampoco habrá amparo.-

Pero, aun admitiendo este axioma como valioso para la ciencia jurídica, definir al afectado de un daño ambiental es difícil, porque una cosa es la opinión contraria que uno puede tener frente a cualquier avasallamiento del hábitat natural del ser humano, que normalmente es la criatura que peor lo trata, y otra muy distinta es padecer un perjuicio concreto que nos habilite a ser actores de una demanda judicial. Una cosa es un daño concreto, y otra muy distinta es una opinión adversa; por más concreta que ésta sea, no nos hace titulares de un derecho subjetivo, cuya contracara lógica es la existencia de una obligación exigible que pesa sobre otro sujeto. No obstante, si esa opinión adversa se basa en hechos que puedan ocasionar perjuicios a otros, se puede o se debe traducir en una denuncia a fin de habilitar a la autoridad específica para que tome la intervención que sea menester.-

En definitiva, a la hora de definir el término ‘afectados’ que menciona el artículo 43° CN, hay dos corrientes. Una muy restringida que identifica al afectado con la persona que padeció un daño concreto. Esta corriente se inclina por beneficiar a quien tradicionalmente se llama el ‘particular damnificado’. Pero también existe hay otra tendencia doctrinaria que tiene sobre el mismo tema una interpretación más amplia; ella le otorga legitimación a quien tiene en el asunto un interés que no es absolutamente propio, pero sí

compartido con otros de su misma clase o comunidad. Este sujeto, no es el particular damnificado, como lo entiende la escuela clásica, sino uno de los particulares afectados; este particular, que si bien se identifica con el grupo o clase, sufre un menoscabo individualizado y se le concede legitimación procesal para estar en juicio. Como bien dice LORENZETTI (5) , para que proceda una acción de clase debe existir un ‘perjuicio diferenciado’ susceptible de ser tratado judicialmente, lo cual amplía el universo de los sujetos que pueden ser calificados como ‘particulares damnificados’. BIDART CAMPOS parece adherir a esta postura más amplia, pues al referirse al afectado señalado en el artículo 43° CN señala que: “En efecto, en tanto la acción popular legitima a cualquier persona, aunque no titularice un derecho, ni sea afectad, ni sufra perjuicio, el amparo que ahora analizamos es cuanto a la legitimación del afectado presupone que, para ser tal, el derecho o el interés que se alega al iniciar la acción de amparo tiene que presentar un ‘nexo suficiente con la situación personal del actor’ que no requiere ser exclusiva de él. Tal nexo existe aunque sean muchas las personas que se encuentran en una situación equivalente porque comparten un derecho o interés que les es común a todas”(6) . Del mismo modo se pronuncian SABSAY y MANILI para quienes “...se debe acreditar un mínimo interés razonable y suficiente, de conformidad con figuras similares del derecho anglosajón, para constituirse en defensor de derechos de incidencia colectiva o supra-individuales. El derecho subjetivo está reservado para la primera parte del artículo, mientras que en la segunda es evidente que no se contemplan agresiones o daños de carácter personal o particular, sino que se está aludiendo a derechos supra-individuales de incidencia colectiva.”(7) En lo personal, comparto esta última postura para definir al afectado que menciona el artículo 43° de la CN.-

El Defensor del Pueblo: El artículo 43° también legitima para estar actuar en procesos colectivos al Defensor del Pueblo. Por eso valen algunas aclaraciones acerca de esta Institución. Lo que modernamente conocemos con el nombre de Defensor del Pueblo, es una creación del derecho extranjero, probablemente originada en

Suecia, país que en 1809 dispone su funcionamiento con la finalidad de incrementar las protecciones de los ciudadanos frente a posibles excesos del poder ejecutivo. En términos generales, el Ombudsman es la persona encargada de proteger los intereses de los individuos frente a los desbordes de la Administración. Y en ese orden de ideas, la verdad es que no son muchos los países en los que el Ombudsman tiene legitimación procesal para estar en juicio. Lo más común es que actúe investigando denuncias que llegan a su oficina, y luego haciendo recomendaciones para lograr algunos cambios referidos a esas quejas vecinales. El Ombudsman es una especie de mediador entre la gente del pueblo y la burocracia administrativa. Eso explica que su injerencia sea tan importante a nivel provincial y municipal, pero no judicial.-

Sin embargo, en la Argentina las funciones del Ombudsman son mucho más importantes porque la Constitución Nacional le atribuye al Defensor legitimación activa para representar individuos afectados, conforme surge del artículo 43° CN ya citado, y también del artículo 86° CN. Esta norma establece: “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial”.-

Pero, más allá de lo que establece el texto legal, el éxito de este instituto depende de dos circunstancias elementales: (1) la idoneidad que la persona designada para tan importante cargo debe tener; (2) su absoluta independencia del poder político. Quizás en

Suecia sea más sencillo dar con personas que cumplan con estos requisitos que deben coexistir en el individuo finalmente designado, porque - no está demás recordarlo - un sujeto idóneo que es demasiado obediente se convierte en el peor de los ineptos. Lo cierto es que tanto a nivel nacional como en el interior del país, los resultados obtenidos por los Ombudsmen vernáculos son, cuando menos, insuficientes.-

Por su parte, la Corte Suprema en diversos fallos ha limitado la legitimación procesal del Defensor del pueblo, sosteniendo un criterio sumamente restrictivo con relación al alcance de su actividad en materia de amparos colectivos. Estas restricciones, justo es decirlo, no responden ni a la falta de idoneidad ni a su dependencia con el poder político, sino a una interpretación que la Corte viene sosteniendo desde fines del siglo pasado. Por ejemplo, en el caso Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional, del 26 de julio de 2007, el Tribunal Supremo estableció que la actuación procesal del Ombudsman debe limitarse a cuestiones no patrimoniales, por cuanto éstas pueden ser asumidas por los particulares damnificados. Al respecto, LORENZETTI señala: “En síntesis: la legitimación del Defensor del Pueblo procede con reservas. Ellas están referidas a: - La naturaleza de la cuestión: no cabe respecto de reclamos patrimoniales, pues ellos pueden ser asumidos por sus titulares. - El carácter adhesivo respecto a un reclamo interpuesto por otro de los legitimados en el artículo 43, 2º párrafo de la Constitución Nacional. - Los límites legales de la jurisdicción cuando se trata de Defensores del Pueblo provinciales o municipales”.(8) Esta doctrina, ciertamente restrictiva, que la Corte tiene frente a la legitimación activa del Defensor del Pueblo arranca en la década del noventa en el caso Frías de Molina, Nélida c/ Caja Nacional de Previsión, del año 1996 (Ver Fallos319:1828). Es destacable que éste, y los sucesivos veredictos, son posteriores a la reforma constitucional del año 1994 que consagrara la legitimación activa del Ombudsman por la doble vía de los artículos 43º y 86º, ya anotados.-

No obstante, comparto la crítica que BIDART CAMPOS le hace a este criterio que angosta las facultades del Defensor del Pueblo: “Sin embargo, la sentencia de la Corte Suprema del 12 de septiembre de 1996 en el caso Frías de Molina, Nélica Nieves le negó legitimación en el amparo que promovió para la defensa colectiva de jubilados y pensionados cuyas causas se hallaban pendientes de decisión en el tribunal. La Corte invocó normas de la ley 24.284 –anterior a la reforma de la constitución – para sostener que el defensor del pueblo no está autorizado para investigar la actividad del poder judicial. En rigor, el amparo no tenía por objeto ‘investigar’ a la Corte, sino reclamar por la demora en dictar sentencia. Además, si acaso la ley 24.284 revestía el alcance restrictivo que invocó la Corte, se hacía necesario verificar que las nuevas normas constitucionales de los artículos 43 y 86 bien podían considerarse derogatorias de las normas legales anteriores incompatibles con la constitución reformada.”(9) En verdad, no hay un sustento normativo que permita interpretar que el accionar del Ombudsman nacional esté limitado a entender en cuestiones sin contenido patrimonial. A pesar de ello, LORENZETTI sostiene su criterio, y el de la Corte Suprema: “En definitiva, la Corte termina de delinear un criterio restrictivo –que por ahora se sigue manteniendo -, que tiene que ver con el intento de interpretar fielmente el rol constitucional que está mandado a cumplir el Defensor del Pueblo, pensado para la defensa de intereses colectivos que trasciendan los meros planteos patrimoniales (frecuentemente de índole resarcitoria) perfectamente fragmentables en la cabeza de los distintos titulares. Una postura opuesta, totalmente aperturista, conllevaría el riesgo de desnaturalizar el espíritu del instituto.”(10) . Pero, la Constitución no hace tal distinción entre las cuestiones patrimoniales y las que no lo son para atribuir legitimación activa al Defensor del Pueblo; por otra parte, resulta difícil encontrar cuestiones que conciernan a los consumidores y que al mismo tiempo no tengan contenido patrimonial, a no ser la norma contenida en el artículo 8° bis de la ley 24.240. A pesar de que al Defensor del Pueblo se le restrinja capacidad procesal para actuar en los amparos colectivos previstos en el artículo 43° CN, todavía podría accionar por vía de la ley 24.240, siempre y cuando el caso se refiera a relaciones de

consumo; no debe olvidarse que el artículo 52° de ese estatuto también le concede capacidad legal para estar en juicio representado a los consumidores y los usuarios.-

En suma: la institución sueca del Ombudsman, creada a principios del siglo 19, llega al río de la plata en su versión más exultante y expansiva, pero con una capacidad operativa muy restringida; tanto que quizás hubiera sido preferible descartar al Defensor del Pueblo del selecto grupo de las personas legitimadas par estar en juicio en representación de otros. Pero hay una tendencia que destaca en nuestro país: la vanguardia en la creación de las leyes y la retaguardia a la hora de aplicarlas y hacerlas útiles para felicidad de la comunidad.-

Las Asociaciones: El tercer legitimado para llevar adelante amparos colectivos, en los términos del artículo 43° de la CN son las asociaciones. Sin embargo, esa legitimación está condicionada a que la respectiva asociación esté registrada de conformidad a una ley que reglamente su ejercicio. (...las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización..., dice el artículo 43° CN) El problema radica en que tal ley no existe. Frente a este obstáculo, también hay opiniones restrictivas y permisivas. Unas desestiman la legitimación procesal de las asociaciones por cuanto al no estar registradas conforme una ley, no cumplen los requisitos exigidos por la Constitución Nacional. Otras, consideran que los derechos constitucionales son operativos, y no pueden depender de la existencia de una normativa, jerárquicamente inferior, que condicione su pleno ejercicio. En ese sentido, LORENZETTI señala: “Por esta razón se plantearon casos concretos en que los jueces tuvieron que optar entre habilitar la legitimación a pesar de la falta de reglamentación o incurrir en una denegación de justicia. En la gran mayoría de los casos resolvieron en el primer sentido, observando las pautas establecidas en el texto constitucional sobre todo en cuanto a la finalidad (que no sea contraria a la ley, que sea acorde con el objeto demandado) y a un esquema mínimo de organización,

preferentemente, con existencia de estatuto social (que a la vez permita cotejar las referidas metas institucionales”.(11) En síntesis: aún no existiendo la mencionada ley reglamentaria, las asociaciones tendrían legitimación activa, en la medida que su finalidad tienda a la protección de los derechos reclamados en el caso concreto y, asimismo, tengan una organización societaria acorde a esos objetivos. En el mismo sentido opina BIDART CAMPOS: “En otro ensamble de los bienes, derechos e intereses con la legitimación procesal, aparece la de las asociaciones cuyos fines propenden a la defensa de aquéllos. La norma las habilita con la condición de que estén registradas conforme a la ley, pero mientras a falta de ley no estén registradas, damos por cierto que basta que existan con alguna formalidad asociativa de la que surjan sus fines para que su legitimación les sea reconocida judicialmente.”(12)

La Sentencia: Como apuntada al inicio de este trabajo, otra cuestión importante es determinar el alcance de las sentencias que resuelven los amparos colectivos. Como es sabido, el efecto principal de una sentencia es que produce estado, impidiendo que la cuestión ventilada sea retomada en un proceso posterior. Ello así, porque la sentencia hace cosa juzgada respecto a los hechos investigados en un proceso judicial. Pero, fundamentalmente, sus efectos no se expanden hacia las personas ajenas a ese pleito. Una sentencia, cualquiera sea su resultado, puede ser útil como precedente para que otros actores sigan su camino u otros demandados la usen como defensa, pero en ningún caso los efectos de un veredicto afectan directamente a las personas que no han intervenido en ese juicio. En los procesos individuales, la sentencia únicamente produce obligaciones para las partes de un proceso.-

Sin embargo, la cuestión se hace más compleja en los conflictos colectivos. Porque, inevitablemente, los veredictos que en ellos se dicten afectarán a terceros que han sido ajenos al proceso. En ese sentido LORENZETTI afirma que “En los conflictos colectivos, en cambio, la sentencia no sólo tiene valor para las partes, sino también para terceros, con lo cual puede decirse que sus efectos

exceden a las partes en una dimensión que puede ser variable y referirse a un grupo de diez, cien, mil, un millón de personas o toda una población.”(13)

En otro orden de ideas, la doctrina en general sostiene que la sentencia que desestima el amparo colectivo no causa cosa juzgada material, permitiendo que otro legitimado que ha sido ajeno al proceso pueda iniciar la misma acción. Así, SABSAY y MANILI sostienen que “...en caso de rechazo, cualquier otro legitimado podrá volver a intentar la acción con mejores argumentos o con mayor cantidad de pruebas, ya que el rechazo de la acción no genera cosa juzgada material...”. (14) . En sentido similar se pronuncia BIDART CAMPOS para quien si el amparo colectivo es rechazo, el mismo legitimado u otro, podrán intentar la misma acción por una vía diferente. “Por un lado, si la sentencia rechaza el amparo, queda - como ocurre en toda clase de amparo – la posibilidad de acudir a una vía procesal distinta del amparo y en ella replantear la misma cuestión que fue negativamente decidida en el amparo;...” (15)

IV. Evolución histórica. Los amparos colectivos.

La acción de amparo es una construcción pretoriana que en nuestro país se consolida en la década del 50 con los casos ‘Siri’ y ‘Kot’. En esos asuntos judiciales, hoy estudiados en todas las escuelas de derecho del país, la Corte Suprema le dio entidad a reclamos sobre derechos constitucionales que no tenían una adecuada vía procesal por donde canalizarse. Por entonces, la Corte entendió que resultaba necesario hacer efectivos derechos que sin su intervención caerían en el vacío por ausencia de una legislación específica que los regule. Así, en breve, nació la Acción de Amparo en Argentina.(16)

Siguiendo con la evolución histórica propuesta, cabe señalar que la reforma constitucional del año 1994 incorporó, en sus artículos 41, 42 y 43, nuevos derechos referidos a la tutela del medio ambiente, y los usuarios y los consumidores. Esta reforma a la Carta Magna, integró a su texto derechos que la doctrina comenzó a denominar,

‘derechos detercerageneración’. A modo de definición, podría decirse que se trata de un grupo de derechos que no solamente le pertenecen al sujeto, sino que además le corresponden a todos los individuos de una comunidad determinada. El jurista Daniel SABSAY, con relación a esa nueva familia de derechos explica: “Son derechos que, además de pertenecer a cada individuo en particular, le pertenecen del mismo modo y con el mismo alcance a los demás individuos que integran una sociedad. La doctrina los denomina alternativamente derechos colectivos o derechos de incidencia colectiva...Otros por su parte, los denominan derechos de la solidaridad” (SABSAY, Daniel. Constitución de la Nación Argentina, Tº 2. Ed. Hammurabi, año 2010, página 565. Subrayado es propio).-

En cuanto a los asuntos constitucionales que entran en juego, cabe agregar que la constitución (artículo 42) propone una suerte de índice general de derechos y garantías que procura para los consumidores. Analicemos la norma: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno” (El destacado es propio).-

En otras palabras, la Constitución Nacional al incluir en su texto a los derechos del consumidor, también señaló los aspectos constitutivos de esa nueva rama del derecho. Ellos son: 1) El derecho a la salud y la seguridad, consagrando de esta manera una severa obligación, que cae sobre los proveedores de bienes y servicios, de asegurar (y se trata de una obligación de resultado, con las características propias de esta clase de obligaciones) que el acceso de las personas al consumo sea seguro y no le ocasionen perjuicios a su salud. Este precepto constitucional es positivamente receptado por la ley 24.240 en su artículo 5º y 6º. La Corte Suprema de la Nación en autos Mosca Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y otros, del 6/03/2007 se ha expedido sobre la extensión de este derecho: “Por esta razón, el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales...no cabe

interpretar que la protección de la seguridad –prevista por el artículo 42 de la Const. Nacional –tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares. La seguridad - que en este caso debe ser entendida como el simple derecho de asistir a un espectáculo público sin sufrir daño alguno – es un propósito que debe constituir la máxima preocupación por parte de quienes los organizan cuando éstos importan algún riesgo para los asistentes, así como las autoridades públicas encargadas de la fiscalización.” (Fallo citado en SABSAY..., página 309. El subrayado es propio). En síntesis: la seguridad en el consumo es un derecho constitucional, que la ley 24.240 hace operativo en sus artículos 5° y 6°. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia avala su contenido, y extiende sus efectos al máximo posible. 2) Los intereses económicos: que tratan de lograr que los consumidores accedan a los bienes y servicios que resulten de alto nivel cualitativo, y que sean competitivos en su relación con las calidades y precios de otros productos similares que se ofrecen en el mercado. La intervención del Estado debe estar orientada a lograr que los productos y servicios ofrecidos logren un estándar que asegure a los consumidores calidades de excelencia y precios razonables. Es decir, la ley debe velar por una competencia sana, y por mantener, y exigir patrones de lealtad comercial que amorticen las asimetrías de origen entre los proveedores de bienes y servicios y sus consumidores y usuarios. Con relación a este eje constitucional postulado en el artículo 42 de la Const. Nacional, BIDART CAMPOS dice: “En efecto, todas las menciones que bajo la cobertura del ‘derecho de los consumidores y usuarios’ se hacen en el párrafo primero, más las puntualizaciones que siguen en los párrafos segundo y tercero, demuestran que el sistema democrático con su plexo de derechos apuntala la presencia del estado para ‘evitar desigualdades injustas’ y para mantener –o recuperar si es preciso – el ‘equilibrio’ en las relaciones de consumidores y usuarios. Vigilar el mercado, frenar abusos en las prácticas comerciales, y tutelar derecho, hacen de eje a la interpretación que asignamos al art. 42. Ha de presidir esta interpretación la convicción de que se ha querido proteger como ‘interés jurídico relevante’ todo lo que tiene relación con las

‘necesidades primarias y fundamentales’ que el consumo, los bienes y los servicios deben satisfacer a favor de las personas” (BIDART CAMPOS. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tº 1 B. Ed. Ediar, año 2006. El subrayado es propio). 3) El derecho a la información: el artículo 42 de la Constitución también se refiere a la información que deben recibir los usuarios y consumidores antes, durante y después de contratar el servicio o de adquirir un producto. Este derecho, es la calve de todo el sistema que regula las relaciones de consumo; en él se ven nítidamente las asimetrías de origen que existen entre los consumidores y los proveedores. Los profanos y los expertos, como bien define LORENZETTI a esta dupla de sujetos que integran el acto jurídico de consumo. “El deber de informar es un deber que incumbe a todo experto, ubicado frente a un profano, y por ello asume una configuración de deber-derecho, según la perspectiva que se adopte” (LORENZETTI. Ricardo Luis. Consumidores. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2009, página 150). Más adelante, el mismo autor anota: “Uno de los aspectos de la vulnerabilidad del consumidor es el conocimiento...Es un hecho conocido que la actividad económica se motoriza en virtud de una aleación cada más sólida con el conocimiento...La venta se hace poniendo adelante y como propaganda la ‘alta tecnología’ del producto... El producto y el servicio se vuelven complejos, muchas veces deliberadamente inescrutables. El conocimiento, a su vez, caduca aceleradamente...Cambia el producto, ya no se lo piensa para durar, cambian los servicios, cambian las organizaciones. El conocimiento es fuente del poder...” (LORENZETTI. Ricardo Luis. Consumidores. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2009, página 200 y 201).-

Efectivamente, el conocimiento es fuente de poder y su ausencia, es causa de vulnerabilidad: exactamente ese es el escenario en el que se desenvuelven estos sujetos de derecho. El poder versus la vulnerabilidad. Transcribo una cita de Javier WAJNTRAUB: “El consumidor tiene en el conocimiento o en la falta de éste uno de los aspectos más vulnerables, siendo que la información está en manos de los expertos, porque la buscaron para elaborar el producto o suministrar el servicio...El deber de información es la columna

vertebral del derecho del consumidor, en tanto constituye un trascendental instrumento tendiente a conjurar la superioridad económico-jurídica que suelen detentar los proveedores.” (Javier WAJNTRAUB en SABSAY...página 311 y 312. El subrayado es propio).-

Pero, No sería justo omitir que aún antes de la reforma constitucional del año 1994, hay jurisprudencia que habilita los reclamos colectivos. Se trata de fallos ejemplares que actuaron como pioneros de los reclamos colectivos, permitiendo que se abra una puerta que permaneció cerrada durante más de un siglo. Voy a presentar algunos de esos pioneros.-

(i) KATTAN vs. ESTADO NACIONAL. (10 de mayo de 1983) Este caso es, en mi opinión, muy importante. Entre otras cosas me permite confirmar que cuando un juez tiene talento, creatividad, coraje, cultura, y sentido común no hace falta tener leyes de la última generación para alcanzar los objetivos primarios del Derecho. En el fallo que comento, al Juez Oscar GARZON FUNES le sobran aquellos atributos. En breve, el asunto trata sobre una empresa japonesa a la que se le impidió la casa de delfines para su exportación. La empresa estaba autorizada por el gobierno nacional para realizar su actividad pesquera; sin embargo, el fallo dijo que todo individuo tiene derecho a la protección del medio ambiente contra cualquier forma de explotación. Note el lector que al momento de pronunciarse esta sentencia de primera instancia (no fue apelado y, por consiguiente, quedó firme) todavía faltaban 11 años para la reforma constitucional del año 1994. Sin embargo, el magistrado comprendió que no era necesario esperar tanto tiempo, y despilfarrar el medio ambiente. Vale la pena que veamos, un poco más detenidamente, algunos de los considerandos más destacados del fallo. Su lectura me exime del comentario.-

(1)“Los adelantos científicos de la civilización moderna han significado, sin dudas la devastación de gran parte de la vida silvestre y, por ende, del equilibrio ecológico de la biosfera; la industria y el

maquinismo, invocando necesidades del "progreso", han ido avanzando, irracionalmente, en todas partes. El uso que el hombre -consciente o inconscientemente- le ha dado a la naturaleza o espacio que lo rodea ha provocado una acelerada desaparición de especies animales que hace unas décadas vivían tranquilamente en distintas partes del planeta. No parece haberse comprendido que cuando una especie animal se extingue, la desaparición ocurre de una vez y para siempre. No hay posibilidad ni poder alguno que nos devuelva las criaturas que alguna vez poblaron en grandes manadas o rebaños las praderas de América o Europa, porque esos recursos naturales no son renovables. La abundante información que nos llega diariamente por distintos / medios nos da cuenta hoy "que más del 50% de los mamíferos que desaparecieron a través de los siglos han sido exterminados en los últimos cincuenta años. El 80% de los pájaros y mamíferos que alguna vez habitaron el mundo ha desaparecido (ver Mensaje -que acompaña el Convenio C.I.T.E.S. para su ratificación presidencial -lo cita la actora..."(17)

(2) "En la Argentina tenemos una ley (22.421), que protege la fauna silvestre; esta normativa sigue el espíritu de la Conferencia de Estocolmo. (P.N.U.M.A. 1972), pero aquí, como en otros lugares del mundo, las leyes, por un motivo u otro, no se han puesto en práctica; las Convenciones no se ratifican los organismos no cuentan con fondos suficientes para llevar a cabo sus altruistas fines. Puede decirse que en muchas partes del mundo no se es consciente de la gravedad del problema, sea por desconocimiento, negligencia o irresponsabilidad (ver Declaración de Organizaciones no gubernamentales en Sesión de Carácter Especial del Consejo de Administración del P.N.U.M.A. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Nairoibia, mayo de, 1982)"(18)

(3) "Es de público y notorio, y además puede contestarlo inmediatamente quien -preocupado por el caso recorra el país, que en la Argentina están amenazadas de extinción todas las especies de felinos y primates. Todos sabemos "lo que ha "ocurrido a raíz de la caza indiscriminada de otro cetáceo: la ballena azul (balaenoptura

musculus), que prácticamente se encuentra en la última etapa de desaparición. Miles y miles de ballenas (cachalotes) fueron sacrificadas en busca del preciado ámbar gris, con desprecio -la mayoría de las veces- del resto del animal que quedaba como desecho inútil después de la matanza (ámbar gris: "substancia que se encuentra en las vísceras del cachalote, sólida, opaca, de color gris con vetas amarillas y negras, de olor almizcleño, que al calor de la mano se ablanda como la cera, y lo cual se halla en masas pequeñas y rugosas, sobrenadando en ciertos mares, especialmente en Caromandel, Sumatra y Madagascar. Se emplea en perfumería y como medicamento excitante" (Diccionario de la Lengua Española). La "industria" de la perfumería puso un muy alto precio a esta substancia y propuso la caza irracional del cachalote que -como ya dije- prácticamente ha desaparecido de la faz de la tierra."(19)

(4) "Lo expresado por los expertos, que a fs. 18 dan cuenta de los permisos de caza dados desde 1978, me persuade de que no existen estudios serios, amplios y profundos que permitan afirmar que la pesca o caza de 14 delfines pueda -o no- alterar el equilibrio ecológico de la especie. Debe subrayarse que los peritos de la Subsecretaría de Pesca manifiestan que "se considera que la población se mantiene en un nivel estable", lo cual no permite determinar que la caza de 14 ejemplares resulte insignificante o que no tenga relevancia alguna. Los especialistas dicen que la tonina costera tiene una población sensiblemente menor a la de las oceánicas. A pesar de que puede suponerse que la caza de las últimas (que se observan en grandes manadas) resulte más dificultosa u onerosa, no creo que se justifique la insistencia en la caza de las costeras cuando los fines denunciados son esencialmente de intercambio cultural. Los costos podrán ser mayores pero se dejaría a salvo la especie que aparece con más posibilidades de debilitarse."(20)

(5) "No obstante, creo que se ha demostrado que la cuestión es de naturaleza diferente, considero que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye -ya lo adelanté- un derecho subjetivo. En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un

ecosistema interesa a cada individuo, defender su "hábitat" constituye -a mi ver- una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo,- con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensas. Si se altera el aire que se respira, el agua que se bebe o la comida que se ingiere, el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados. Si la biosfera se modifica, cada persona, verá alterada su forma de vivir, su existencia estará, amenazada o reducida; no se trata de necesidades o conveniencias públicas, se trata de cada vida afectada y de quienes dependen de esta persona.”(21)

(6) “Por lo dicho, considero que cabe el amparo anulando las autorizaciones de caza y pesca dadas por considerar que la estricta medida pedida supone una sentencia de futuro que, por tal motivo no resulta viable. Sin embargo, por aplicación del principio "iura novit curia" considero que puedo anular las resoluciones permisivas que son las que han provocado la cuestión.”(22)

Un fallo magistral que se adelantó una década a su época. El mejor derecho es la perla inestimable de los pioneros que van en su hallazgo, allí donde hay poca chance de encontrarla.-

(i) EKMEKDJIAN vs. SOFOVICH (1992). En estos autos, la Corte Suprema resolvió que el derecho a la réplica a favor del actor era el remedio más justo para reparar las agresiones sufridas durante una emisión televisiva. La cuestión llegó a tribunales a raíz de un episodio ocurrido en uno de los programas que conducía Gerardo Sofovich. En el show, el escritor Dalmiro Sáenz tuvo expresiones que podían resultar irrespetuosas hacia el culto católico. Fue así que Miguel Ángel Ekmekdjian le exigió a Sofovich, y a su producción, una réplica por sentirse profundamente ofendido en sus creencias religiosas. El conductor rechaza esta solicitud y de esta forma comienza un largo pleito que tras recorrer las instancias de grado, llega a la Corte Suprema de Justicia Nacional. En el veredicto, el Tribunal Superior, entre otras cosas, obligó al conductor televisivo a leer en cámara, y durante el mismo programa en el cual las ofensas se habían

vertido, parte de la carta de réplica escrita por Ekmekdjian. Una de las principales cuestiones que se debatieron fue si la réplica solicitada por Ekmekdjian les correspondía a todos los individuos igualmente ofendidos, o si los representaba a todos. La Corte optó por esta última solución, evitando que la réplica fuera prácticamente interminable (piense el lector que pueden existir millones de personas ofendidas en sus creencias religiosas) y muy costoso para el medio. Así, se sostuvo que quien ejercía la réplica, lo hacía en representación de todos los afectados. En otro trabajo analicé con mayor extensión este importantísimo fallo. Una de las cuestiones centrales que ocuparon al tribunal fue clarificar la cuestión referida a la legitimación activa. El asunto no fue fácil, porque cualquier decisión que se tomara hacía colisionar dos o más derechos constitucionales. Por un lado, la libertad de expresión del autor de las supuestas ofensas, pero también la libertad empresarial del conductor del show. Si se resolvía que a cada afectado le correspondía un minuto al aire, el fallo –directamente - hubiera determinado el colapso financiero del show(23) .-

En resumen, fue otro caso que sirvió para consolidar un criterio con relación a la legitimación activa cuando la afectación o el daño es colectivo por afectar por un mismo hecho a más de una persona.-

(ii) DEFENSORÍA DEL PUEBLO vs. EDESUR, del año 2000. En este asunto, la defensoría quiso representar a todos los usuarios afectados en sus bienes por un corte del suministro de energía eléctrica. Se planteó que la acción colectiva no estaba regulada por una ley. Pero se resolvió que los derechos constitucionales son operativos, y su protección no requiere de la existencia de una ley. Es innumerable la cantidad de veces en que la Corte ha expresado que “allí donde hay un derecho, hay un remedio legal valer toda vez que sea desconocido” Es este el principio rector en materia de amparos, sean individuales o colectivos.-

(iii) CASO MUJERES POR LA VIDA, del año 2006. En breve, esta acción de amparo trata sobre las peripecias llevadas

adelante por la asociación ‘Mujeres por la Vida’ para lograr que un plan nacional de procreación responsable fuera suspendido en todo el territorio nacional. La Asociación se oponía a la distribución gratuita de anticonceptivos. En el expediente se discutió la legitimación de esta fundación para actuar en representación colectiva. La mayoría del tribunal admitió su legitimación para interponer la correspondiente acción de amparo colectivo. No obstante, el fallo fue polémico, y los ministros LORENZETTI (24) y ARGIBAY(25) se opusieron, razonando que el derecho a la sexualidad libre no puede ser representado por una asociación. Ambos ministros sostuvieron que el tema que se pretendía discutir (la voluntaria decisión de utilizar pastillas anticonceptivas) ingresaba en la órbita de los derechos personalísimos de cada individuo, rechazando que fuera constitucional que una asociación se arrogara el derecho de decidir, en forma colectiva, sobre esta índole de cuestiones.-

(iv) CASO ZATLOUCKAL, del año 2008. En este asunto, la Corte Suprema rechazó el amparo contra la sumamente polémica ‘resolución 125’ que habilitaba las retenciones contra las exportaciones de productos agropecuarios. El consumidor amparista dijo que la ‘125’ era inconstitucional porque ponía en peligro el abastecimiento de alimentos a toda la población. La Corte rechazó el amparo, estableciendo que en el asunto no había afectación directa, ni comprobada que habilitara la procedencia de esta acción tan urgente. Lo cierto es que más allá de los innegables contornos políticos que el caso ZATLOUCKAL tenía, en él la Corte estableció un claro límite al universo de la legitimación activa prevista en el artículo 43° de la C.N. Cabe recordar que el asunto debatido no se refería a una afectación de intereses individuales homogéneos, sino a una opinión política adversa frente a una resolución del gobierno. Fue muy importante establecer que la procedencia de las acciones de amparo colectivos requería la demostración, por parte del actor, de un ‘interés diferenciado atendible’, en oposición a lo que puede considerarse ‘una simple declaración en contra de la medida atacada.’ Veamos algunos de los considerando más destacados de este fallo reciente y polémico, por las aristas políticas que inevitablemente estaban en juego:

(1) “Debe rechazarse in límine la acción de amparo promovida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, tendiente a que se declare inconstitucional la Resolución 125/08 del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, sobre fórmulas aplicables para el cálculo de los derechos de exportación de determinadas posiciones arancelarias correspondientes a cereales y oleaginosas, por falta de legitimación activa del amparista, quien se limitó a invocar su calidad de “consumidor”, ya que no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes, en tanto de otro modo, se reformarían las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y la Legislatura, exponiéndolo a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares”(26) . De entrada, el Superior pone de manifiesto los aspectos centrales sobre los que girará el veredicto; ellos son: (i) la falta de legitimación activa del actor para impulsar esta acción; (ii) No es suficiente invocar la condición de ‘consumidor’ para obtener la capacidad de estar en juicio en representación de toda una clase de individuos; (iii) la procedencia del amparo colectivo, está sujeta a la condición de que el actor acredite que la medida que pretende impugnar le ocasiona un perjuicio diferenciado del resto de los ciudadanos que deben soportarla. En este sentido, es insuficiente que la norma atacada (en este caso la resolución 125/08 del Poder Ejecutivo Nacional) resulte – eventualmente - contraria a los intereses particulares del amparista, o que en opinión del actor sea desacertada su aplicación.; (iv) Si por la vía cautelar, o por una acción de amparo se pudiera suspender o derogar leyes, o resoluciones del Poder Ejecutivo, se afectaría la división de poderes que es la base de la República. Al comentar este fallo, LORENZETTI señala: “Es que en este último caso cualquier persona puede cuestionar cualquier decisión en cualquier lugar y referida a cualquier tipo de temas, lo cual no ha sido admitido como regla. Un consumidor puede verse perjudicado porque hay una afectación contractual por una decisión de un proveedor, pero en el caso no había ninguna relación contractual como base del vínculo de consumo.”(27)

(2) En el caso ZATLOUCKAL, la Corte acertadamente entendió que el actor pretendía, por vía del amparo colectivo, dejar de lado una resolución del Poder Ejecutivo que le resultaba adversa a sus intereses particulares, o en su opinión era desacertada en su finalidad social o política. Pero, en uno u otro caso, el actor no logró acreditar la existencia de un daño atendible que sea diferente al que, eventualmente, puede padecer cualquier otro ciudadano por la aplicación de cualquier ley o decreto o resolución u ordenanza. Textualmente el fallo dice sobre este punto: "Que, en el caso, el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes (Fallos: 321:1352). De otro modo, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el "generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del gobierno.", "deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares" ("Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War", 418 U.S. 208, espec. págs. 222, 226/227, 1974; Fallos: 321:1252).(28) . Sin ese interés diferenciado, que es la causa del perjuicio que da ocasión al amparo, no se puede admitir la procedencia de la acción judicial, porque de otro modo se entraría en una suerte de gobierno ejercido por el Poder Judicial que podría revertir cualquier decisión de otros poderes haciendo uso de medidas cautelares. (29)

V. El caso HALABI - 24/02/2009 (30)

Quizás éste sea el más importante de los antecedentes dados por la Corte Suprema en materia de amparos colectivos. Se trata de una acción instaurada por un particular, ostentado su condición de usuario de los servicios de telefonía e Internet. En ella, se intenta declarar la inconstitucionalidad de la ley de comunicaciones (N° 25.873 y su decreto reglamentario). La norma atacada permitía la intervención de las transmisiones telefónicas y de Internet, sin que se estableciera en qué casos y bajo qué condiciones se permitían esas

intrusiones. El actor actuó por derecho propio, y en representación de todos los usuarios de telefonía e Internet que pudieran resultar afectados por la norma. La C.S.J. declaró la procedencia del amparo.-

Entre los aspectos más importantes de este decisorio, destaca la categorización constitucionales susceptibles de amparo, realizada en el considerando (9) que estableció: “Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, 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.”(31) El subrayado es propio y procura remarcar esta última categoría de derechos, pues en ella se incorporan los derechos de los consumidores y usuarios. Se trata, como dice la Corte, bienes colectivos referidos a intereses individuales. Es una clasificación específica, diferente al interés individual propiamente dicho, y al interés colectivo comunitario (que es indivisible). Se trata de intereses colectivos pero que afectan derechos individuales, subjetivos y divisibles.(32) Asimismo, y siguiendo el criterio sentado en el caso ZATLOUCKAL, el Tribunal aclaró que esta clase de procesos requiere la existencia de un perjuicio diferenciado del reclamante, siendo inaceptable cuando, en defecto de ese perjuicio tan solo se persiga a una norma por considerarse adversa o meramente errónea. (“...ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición...”, dice el apartado final del considerando 9).-

Otro de los aspectos importantes que trató la Corte en Halabi fue el referido a la causa única de afectación. Esta fórmula explica que la ocasión del daño que merece tutela es única, pero tiene la característica de afectar a una pluralidad de sujetos; precisamente aquellos individuos que integran la ‘clase’. En ese sentido, el considerando decimotercero del fallo dice: “13) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere 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 aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también

procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta(33) . En resumen, la Corte establece tres cuestiones de importancia que hacen a la procedencia de todas las acciones de clase; a saber:

- 1) La pretensión debe estar enfocada al aspecto colectivo del interés afligido, trascendiendo el interés individual de cada parte;
- 2) Debe tratarse de un hecho único que perjudique a una pluralidad de sujetos;

3) El interés individual, aisladamente considerado, no justifique el inicio de una causa judicial poniendo el peligro el acceso a la justicia de ese interés.-

En cuanto a la legitimación activa para llevar adelante este tipo de acciones, la Corte expresa que ella le corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones respectivas y al afectado, conforme la pauta establecida en el artículo 43° de la CN.-

VI. Las Acciones de Clase en la ley 24.240.

Las acciones judiciales previstas en esta ley están desarrolladas dentro del Capítulo XII de la LDC. Los aspectos más relevantes están contenidos en los artículos 52° a 54°. Se trata, sin dudas, de una de las reformas más importantes incorporadas al estatuto consumerista por la ley 26.361. La razón de ser de esta clase de acciones consiste en permitir que un enorme grupo de individuos, afectados por montos económicos de escaso valor accedan a la justicia representados por una persona (legitimada legalmente) que lleve adelante el reclamo de todos ellos. En ese mismo sentido, comparto lo que sostienen autores como Flavio LOWENROSEN al afirmar los múltiples beneficios que esta clase de acciones han incorporado a nuestro derecho positivo (34).-

En las relaciones de consumo hay un patrón lógico que se repite: un proveedor comercializa masivamente bienes y servicios a millones de consumidores y usuarios. De esta forma, el eventual reclamo del usuario -considerado aisladamente- es de tan escaso monto que difícilmente intente una acción administrativa o judicial. Porque en ambos casos los costos asociados a esa gestión (en términos de tiempo y de dinero) son infinitamente mayores a la retribución económica que podría obtener. Ergo, la escasa cuantía del potencial reclamo frena su tramitación, generando frustración para el usuario e impunidad para el proveedor. Las acciones colectivas remedian esta situación, permitiendo el acceso a la justicia de reclamos que de otra manera nunca llegarían a ser oídos.(35)

Aunque de manera imperfecta, nuestra ley organiza en el capítulo de referencia las acciones de clase, inaugurando en nuestro país un tipo de proceso judicial que en otros países resultó edificante en el mejoramiento de las relaciones de consumo. Veamos rápidamente los puntos que resuelven los pocos artículos que se refieren. Afortunadamente, la literatura nacional recibió complacida y confiada la reforma. Autores como Osvaldo GOZAÍNI, aciertan cuando le atribuyen a las leyes protectorias de los consumidores el efecto de inmediato de reformular conductas, mejorando el acceso a la justicia de los afectados, y por sobre todo, disminuyendo la dañinidad. La protección del consumidor siempre interviene en dos direcciones; una por vía del reclamo, otra previniendo la ocurrencia de daños. Sugiero al lector leer detenidamente la interesante reflexión del citado autor, que agrego al pie de página. (36)

El Artículo 52° se refiere a los legitimados activos para llevar adelante una acción. La norma establece: “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley” Es decir, que como principio se establece la legitimación activa múltiple que le corresponde a: (i) el consumidor afectado; (ii) las asociaciones legalmente registradas; (iii) la autoridad de aplicación, nacional o local; (iv) el defensor del pueblo; (v) el Ministerio Público Fiscal. Con relación a cada una de estas personas legitimadas, me remito a lo dicho en los capítulos anteriores de este trabajo.-

El artículo 53° regula las normas del proceso y señala algunas características del mismo; a saber: (1) Se utilizan las normas del proceso de conocimiento más breve de la jurisdicción del tribunal competente. No obstante, la parte puede solicitar, en razón de la

complejidad del debate que encierra el reclamo, el trámite ordinario del pleito; (2) En materia probatoria rige el principio de deber colaboración por parte del proveedor que en la práctica se traduce en una suerte de aplicación de la doctrina de las ‘cargas probatorias dinámicas’; (3) Las acciones iniciadas por aplicación de la LDC, gozarán del beneficio de la justicia gratuita Para LORENZETTI, la gratuidad que establece esta norma no presenta las dudas que sí genera en otros doctrinarios acerca de su alcance. Este autor sostiene que la gracia es extensible a todas las instancias judiciales (individuales o colectivas); y sólo admite ser atacada por vía incidental, si se demuestra la solvencia patrimonial del consumidor afectado. En sumario: la gratuidad no solo comprende al pago de la tasa de justicia, sino a la totalidad de los gastos causídicos. (37)

El artículo 54° describe la tramitación y ciertos efectos particulares de las acciones colectivas.-

Transacción: En caso de finalizarse el proceso por una transacción, se le debe dar intervención obligatoria a Ministerio Fiscal, (salvo que ese organismo sea el propio actor del pleito) Los términos de la transacción deben ser homologados por auto fundado. El acuerdo debe dejar a salvo los derechos de los consumidores o usuarios que manifiesten voluntad de quedar al margen de la transa. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado.” (Conf. artículo 54°, párrafo 1°).-

Sentencia: la sentencia a rendirse en los procesos colectivos tiene las siguientes características:

Sentencia favorable: El fallo hace cosa juzgada para el demandado y todos los consumidores y usuarios que formen la clase;

Sentencia adversa: En caso de rechazo de la acción, el fallo adverso no hace cosa juzgada en sentido material. Ello así porque el artículo se refiere a los efectos de la sentencia, ‘favorable a la pretensión de la clase’. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga (Conf. artículo 54°, párrafo 2°). Es decir que no incluye a los veredictos que sean opuestos a la clase (38)

Personas ajenas a la acción: La sentencia debe dejar a salvo los derechos de los usuarios o consumidores que hayan manifestado su voluntad de permanecer ajenos a la acción “El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.” (Conf. artículo 54°, párrafo 1°).-

Principio de integridad: si el contenido de la acción colectiva fuera patrimonial, se debe respetar la extensión del daño que cada miembro del grupo haya padecido. Es decir, el daño es único, y procede de una causa única, pero eso no quiere decir que la extensión del daño sea también única. “Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral.”.(Conf. Artículo 54°, párrafo 3°). La norma debe ser interpretada en el sentido de que toda acción de daños tiene 4 presupuestos básicos; a saber: a) la antijuridicidad; b) la existencia de daño; c) un factor –subjetivo u objetivo – de atribución de responsabilidad; y d) un nexo causal que vincule el hecho con el daño para establecer la autoría. Sin embargo, la existencia de daño no inhibe la posibilidad de que cada daño sea diferenciado (“... Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda (Conf. artículo 54°, párrafo 4°). En otras palabras: una

vez determinados los principios básicos de toda acción indemnizatoria, cada uno de los afectados, sin necesidad de iniciar otra acción, podrá reclamar –por la vía incidental - la extensión total y diferenciada de su perjuicio. A esa posibilidad se refiere el principio de integridad'. (39)

Reintegro de sumas de dinero: La devolución de sumas indebidamente percibidas por los proveedores, se reintegra por la misma vía que se tomó. “Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado.”(Conf. artículo 54°, párrafo 3°).-

El fluid class recovery: Como había señalado al principio de este ensayo, uno de los principales problemas que plantean las acciones colectivas es el referido al reintegro de sumas de dinero a un grupo de personas que, por definición, es prácticamente imposible reunir en una sola causa. Una primera pauta la da el artículo 54° LDC, cuando establece que “si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. En general se dan cuatro soluciones posibles; a saber: (a) Reducción de precios (tarifas en el caso de servicios) en el futuro; (b) Distribución de los fondos no reclamados entre las ONG dedicadas a las relaciones de consumo; (c) Distribución a prorrata entre los miembros de la clase que sí reclamaron; (d) Distribución de los fondos no reclamados entre los organismos del Estado dedicados a las relaciones de consumo. Entre nosotros, el autor Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO ha publicado un reciente artículo que explora con profundidad todos los aspectos relevantes del ‘fluid recovery’.(40)

En el Derecho americano se ha desarrollado la doctrina conocida como el ‘fluid recovery class’ que trata de solucionar esta

difícil cuestión. Como bien dice MARTÍNEZ MEDRANO, la idea central que se propone el ‘fluid recovery’ es lograr que, a pesar de las dificultades inherentes a tan complejo reparto de utilidades, los actores sean beneficiados efectivamente con la indemnización que obtuvieron en el pleito. No es infrecuente que esa dificultad, que bien puede referirse a la dificultad para determinar la verdadera extensión del daño, o para identificar a los consumidores dispersos, termine por beneficiar a los proveedores condenados. (41)

En otras palabras, el fluid recovery procura que, en caso de resultar imposible identificar a los efectivos beneficiados, que ello no se convierta en la excusa ideal para que el proveedor que causó el daño quede impune. Por eso se propone que, en cualquier caso, quien resulte alcanzado por una sentencia desembolse la totalidad de la suma estimada en la condena. Si no es posible encontrar a todos los actores, esa suma total será aplicada al fin más próximo a la demanda. Por ejemplo, si el ilícito que motivó la condena fueron los servicios defectuosos prestados por una empresa que organiza un parque de diversiones, y el monto de la sentencia no puede ser repartido entre los usuarios afectados, no sería descabellado utilizar ese dinero para diseñar una montaña rusa que no sea tan imperfecta, o autitos chocadores menos ruidosos y mejor amortiguados, o utilizar parte del dinero colectado para cambiar el sube-baja de madera maciza y manijas de acero, por otro de materiales menos agresivos y peligrosos para los niños. Y lo mismo puede decirse de las hamacas que a veces vemos en las plazas, y que deberían estar en un museo. Nuevamente cito a MARTÍNEZ MEDRANO porque el autor explica acertadamente esta cuestión referida a la cercanía que debe haber entre el motivo de la demanda, y la aplicación del dinero que a su consecuencia se colecta. “En definitiva, lo que se pretende impedir es que el demandado se vea beneficiado por la imposibilidad de identificar a sus víctimas o de distribuir el dinero mal habido entre ellas. De este modo la acción colectiva cumplirá con su función disuasoria y los fondos recaudados servirán en forma indirecta al grupo de consumidores afectados. A los fines de esto último debe haber un nexo entre el daño causado a la clase y el beneficio que se

piensa obtener de la utilización de los fondos obtenidos a través del decisorio judicial. Los fondos deben ser destinados al fin más próximo al requerido en la demanda. Si se trata de sobreprecios en la venta de garrafas de gas, los fondos deberán revertir, por ejemplo, en el tendido de una red de gas natural en un barrio afectado. Si se trata de daños por productos elaborados, los fondos podrían destinarse a la prevención en el consumo de alimentos o medicamentos, como podría ser una campaña de información por medios masivos de comunicación.”(42)

Referencias Bibliográficas

(1) Es abogado (UBA), especialista en relaciones de consumo. Es Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos), y en diversas cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado et al, " La Responsabilidad Objetiva: El artículo 1113 del Código Civil". Ediciones Jurídicas de Cuyo. En 2009 publicó " La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado". Ed. Universidad. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor. Ha disertado en diversas conferencias y seminarios sobre el tema. Las críticas y comentarios que el lector quiera hacer sobre el contenido de este artículo serán muy bien recibidos en fernandoshina@gmail.com.

(2) Texto del discurso original: Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who is not effectively organized, whose views are often not heard. (John F. KENNEDY. Special Message to the Congress. - March 15, 1962).

(3) Ezequiel NINO y María TARZIA en SABSAY – MANILI. Constitución de la Nación Argentina T° 2. Ed. Hammurabi, año 2010 página 598. Los subrayados son propios).

(4) Son derechos que, además de pertenecer a cada individuo en particular, le pertenecen del mismo modo y con el mismo alcance a los demás individuos que integran la sociedad. La doctrina los denomina alternativamente ‘derechos colectivos’ o ‘derechos de incidencia colectiva’, aunque advertimos una importante diferencia entre ambas denominaciones: la primera induce a pensar que sólo pueden ser ejercidos por un grupo humano y que no dan acción a individuo aislado, en tanto que la segunda nos parece más correcta por cuanto, si bien tienen incidencia sobre toda la comunidad, pueden ser ejercidos por cada uno aisladamente. (Daniel SABSAY y Pablo MANILI en Constitución de la Nación Argentina T° 2. Ed. Hammurabi, año 2010 página 565).

(5) Hubo, entonces, que definir el significado de este vocablo, frente a lo cual surgieron dos corrientes definidas: - Una restringida, que parte de la tradicional concepción del derecho subjetivo y limita la titularidad del poder de acción al agraviado en un derecho propio, o sea, el particular damnificado. – Una corriente amplia, según la cual se trata de un sujeto que tiene un interés compartido con otros integrantes de grupo. Pero esta ‘cotitularidad’ o ‘coparticipación’, opuesta a la singularidad de vivencia del damnificado concreto de primer párrafo del artículo 43, no obsta a que el ‘afectado’ pueda acreditar un daño diferenciado, que constituye una suerte de ‘cuota parte’ del agravio total. (LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 140 y 141)

(6) Ver BIDARTCAMPOS. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino T° II A. Ed. Ediar, año 2009, página 300.

(7) Ver Daniel SABSAY y Pablo MANILI en Constitución de la Nación Argentina T° 2. Ed. Hammurabi, año 2010 página 572.

- (8) Ver LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 152.
- (9) Ver BIDARTCAMPOS. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino T° II A. Ed. Ediar, año 2009, página 301
- (10) Ver LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 150 y 151.
- (11) Ver LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 153.
- (12) Ver BIDARTCAMPOS. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino T° II A. Ed. Ediar, año 2009, página 301.
- (13) Ver LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 169.
- (14) Ver Daniel SABSAY y Pablo MANILI en Constitución de la Nación Argentina T° 2. Ed. Hammurabi, año 2010 página 574.
- (15) Ver BIDARTCAMPOS. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino T° II A. Ed. Ediar, año 2009, página 305.
- (16) Sin embargo, en 1957 ese mismo tribunal, con la composición correspondiente a ese momento, dicta un histórico fallo en el denominado caso ‘Siri’ (motivado por la clausura de un diario de la provincia de Buenos Aires por la policía de ese Estado, sin mediar orden emitida por autoridad competente ni justificación alguna). En la sentencia correspondiente se determinó que las garantías individuales protegen por el sólo hecho de estar insertas en la Constitución sin que puede obstar a ella la falta de regulación legislativa. En esa circunstancia, dijo el Alto Tribunal, basta la comprobación inmediata de la conculcación para que sea deber de los jueces reestablecer la garantía en su integridad. Aproximadamente un año después, el mismo tribunal con una parcialmente distinta integración, admitió, en

la causa conocida como caso ‘Kot’, acaparar a un particular dueño de una fábrica ocupada por sus obreros a raíz de un plan de lucha sindical, que, de esta manera, afectaban su derecho a trabajar y ejercer industria lícita y ‘en definitiva’ a su propiedad. En este caso, la Corte amplió los alcances de la protección extendiéndola a las conductas de particulares que, merced a su obrar, pudieran tener poder suficiente como para afectar los derechos individuales. (Ver Adolfo RIVAS en Daniel SABSAY y Pablo MANILL. Constitución de la Nación Argentina T° 2. Ed. Hammurabi, año 2010 página 420).

(17) Texto del fallo original: Fuente. Ediciones Microjuris Argentina. Citar: MJ-JU-M-8640-AR | MJJ8640.

(18) Texto del fallo original: Fuente. Ediciones Microjuris Argentina. Citar: MJ-JU-M-8640-AR | MJJ8640.

(19) Texto del fallo original: Fuente. Ediciones Microjuris Argentina. Citar: MJ-JU-M-8640-AR | MJJ8640.

(20) Texto del fallo original: Fuente. Ediciones Microjuris Argentina. Citar: MJ-JU-M-8640-AR | MJJ8640.

(21) Texto del fallo original: Fuente. Ediciones Microjuris Argentina. Citar: MJ-JU-M-8640-AR | MJJ8640

(22) Texto del fallo original: Fuente. Ediciones Microjuris Argentina. Citar: MJ-JU-M-8640-AR | MJJ8640

(23) Ver Fernando E. SHINA. La Libertad de Expresión y otros Derechos Personalísimos. Ed. Universidad, año 2009, página 77 y subsiguientes.

(24) No hay razón alguna para pensar que los ciudadanos de este país hayan delegado a una asociación la definición de sus estilos de vida en la materia que se trata. El reconocimiento de legitimación a la asociación actora conllevaría, además, la vulneración del derecho de

defensa en juicio de quienes no han participado en este proceso y serían afectados por una decisión sin que se haya escuchado su opinión. (Ver Ricardo Luis LORENZETTI. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 51).

(25) Texto del fallo original: El uso de anticonceptivos, que para la parte actora afecta la salud de las mujeres que los usan, depende de una decisión individual sobre qué riesgos cada una de ellas prefiere evitar y cuáles afrontar, esto es, sobre el orden de prioridad de sus preferencias. Ninguna norma jurídica ha colectivizado la vida sexual ni las decisiones sobre el uso de anticonceptivos, de modo tal que el grupo social como tal pueda sustituir a los individuos en esas elecciones. Por esa razón es que el Estado se limita a poner cierta información y prestaciones a disposición de los particulares, pero aceptando siempre el consentimiento de éstos. Ello demuestra que, bajo la condición del artículo 19 de la Constitución Nacional, el ejercicio de las relaciones sexuales y el uso de anticonceptivos es un derecho que se mantiene todavía descentralizado y tales elecciones son aún competencia de sus titulares y no de la colectividad. De lo contrario, el éxito de la acción judicial promovida impondría a todos los habitantes un determinado ordenamiento de las preferencias sobre las relaciones sexuales —evitar el riesgo de enfermedad sería preferible a evitar el riesgo de embarazo— que dejaría de ser privado para transformarse en un ordenamiento público; sería el Poder Judicial el que seleccionaría qué riesgos deben evitar y cuáles asumir en particular las mujeres en sus relaciones sexuales. De esta manera una determinada versión del derecho a la salud y de la vida sexual se transformaría en una imposición colectiva sobre las decisiones individuales. (CSJ, 31 de octubre de 2006. Fallos 329: 4593. De la disidencia de la señora ministra Dra. Carmen M. Argibay. Fuente: Microjuris.com Citar: MJJ-9118).

(26) Texto del fallo original. Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional. Fallos 331: 1364, del 28 de mayo de 2008. Fuente: Microjuris.com Citar: MJ-JU-M-25823-AR | MJJ25823).

(27) Ver LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 53.

(28) Texto del fallo original. Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional. Fallos 331: 1364, del 28 de mayo de 2008. Fuente: Microjuris.com Citar: MJ-JU-M-25823-AR | MJJ25823).

(29) Y entendió en el caso, la pretensión se basaba en la disconformidad con una resolución de política económica, pero no se trataba de un afectado inmediato para estar incluido en el ámbito de aplicación de la norma. La afectación podría producirse porque el destinatario de la norma trasladaría a los precios este costo y de este modo el consumidor pagaría más algunos precios de productos. Evidentemente, concluyó el Supremo Tribunal, no hay nexo causal que confiera base a la legitimación. (LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 53 y 54).

(30) Texto del fallo original: Que Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine ‘en qué casos y con qué justificativos’. Alegó que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes.

(31) Texto del fallo original: CSJN, H 270, XLII, Halabi, Ernesto c/PEN s/ Amparo.(elDial.com - AA4FEF)

(32) Texto del fallo original: (12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o

patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea... Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

(33) Texto del fallo original: CSJN, H 270, XLII, Halabi, Ernesto c/PEN s/ Amparo. (elDial.com - AA4FEF)

(34) Así las cosas, podemos decir que las ACCIONES COLECTIVAS, son una figura esencial que posibilita que: 1) Un conjunto de sujetos sean representados judicialmente por una persona que posee conocimiento técnico en la materia. 2) Los usuarios sean protegidos en sus derechos sin intervenir en el juicio, es decir sin inmiscuirse en una controversia judicial que les puede resultar compleja por las pérdidas de tiempo que ella genera, y en un principio, también, por que puede resultarles onerosa. 3) Se protejan por una misma acción una universalidad de usuarios y consumidores, extremo este que permite que un conjunto de sujetos profanos sean protegidos por quien tiene conocimiento técnico, y subsana hasta el propio desconocimiento del usuario con respecto a que se le violan sus derechos. 4) No queden impunes las violaciones por parte de los proveedores a los derechos de los usuarios, lo que puede ocurrir cuando, por ejemplo: La afectación individual es nimia y el reclamo (en concepto de gastos de gestión, asesoramiento profesional, documentación a presentarse, etc.) podría resultar mas oneroso que el perjuicio que soporta el consumidor, extremo este que disuadiría el reclamo individual. Los usuarios desconocen que se le están violando sus derechos. 5) Se plantee una acción que tenga por finalidad que se elimine del mundo jurídico un elimine del mundo jurídico con efecto general, un acto o norma inconstitucional. Entendemos que las

acciones colectivas son procedentes cuando los derechos afectados son homogéneos o individuales en teoría pero, en la práctica, de imposible división. (Flavio LOWENROSEN. Las acciones colectivas y su reconocimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Caso “Halabi C/Estado Nacional Fuente: elDial.com. Suplemento de Derecho del Consumidor, de marzo de 2009 (elDial.com - CC158A) http://www.eldial.com/nuevo/archivo-legislacion-detalle_1.asp?base=99&id=5534).

(35) Es dable poner de resalto, en este sentido, que, como es conocido, en la enorme mayoría de los conflictos planteados entre el consumidor o usuario y el proveedor, la escasa cuantía de los potenciales reclamos individuales funciona muchas veces como elemento disuasivo para la parte débil de la relación contractual, que se ve desalentada de iniciar un reclamo administrativo o judicial. Por ello, la existencia de un sistema de defensa colectiva de los derechos del consumidor impide que la afectación quede impune, pues nadie demandará por escaso monto. (Luis R. J. SÁENZ y Rodrigo SILVA, en PICASSO – VÁZQUEZFERREYRA. Ley de Defensa del Consumidor Tº 1. Ed. La Ley, año 2009, página 675).

(36) Las normas sustanciales destinadas a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores muchas veces no resultan bastantes si no consiguen plasmarse en dos planos sucesivos. Uno actúa como orientador de conductas y que opera como prevención de eventuales daños; y otro consecuente que se activa con la acción procesal, propiamente dicha, vale decir, la demanda judicial. Aquí se instala una de las cuestiones más interesantes en la lucha por dotar de eficacia a las normas cuando ellas deben aplicarse en situaciones concretas; y al mismo tiempo, expone una debilidad del sistema procesal que ha sido pensado para los derechos individuales, de modo tal que, cuando el afectado es un colectivo, muestra su ineficacia, o al menos, su incertidumbre, para actuar allí donde los derechos no tienen una cara visible. El acceso a la justicia de usuarios y consumidores padece este inconveniente puesto en la entrada misma del reclamo de justicia. Se trata de encontrar la llave que abra la puerta de un laberinto que se

recorre entre ritos y solemnidades, que exigen obrar con más arte que con razón. Sin embargo, la nueva ley 26.361 que reforma la ley 24.240, parece encontrar en este terreno, una adaptación necesaria que se con sus disposiciones puede incidir dan un tiempo nuevo a la defensa efectiva. (Osvaldo GOZAÍNI, en MOSSET ITURRASPE – Javier WAJNTRAUB. Ley de Defensa del Consumidor. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010, página 343).

(37) El beneficio de gratuidad se establece con características muy definidas: - Se aplica a las acciones que tiene por objeto un interés individual o colectivo – Deja de ser materia de apreciación judicial para transformarse en un regla de origen legal y generalizada, es decir, en todos los casos hay gratuidad, salvo que se pruebe lo contrario – El proveedor puede promover un incidente tendiente a acreditar que el consumidor cuenta con recursos suficientes para afrontar los gastos causídicos. (LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 284).

(38) Si la pretensión se deniega por falta de fundamentación suficiente, el juez debe señalar muy especialmente las razones que le hicieron tomar tal decisión. Los efectos son generales, a pesar de que se puede replantear con nuevos hechos. Cuando la acción colectiva se rechaza por falta de pruebas, el fallo sólo tiene validez para las partes. Así, cualquier otra persona podrá replantear la petición. (LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 171).

(39) La ley contempla el supuesto en que se promueve una acción de responsabilidad por daños de carácter colectivo. Por ejemplo, si un producto mal diseñado causa perjuicios a miles de personas que han adquirido, puede promoverse una acción colectiva que determine que hay un producto mal diseñado, que existe imputación subjetiva u objetiva y que ese producto es capaz de causar un tipo de daños que es el que se reclama...Una vez decidida esta cuestión, todos los afectados pueden invocar esa decisión sobre los elementos comunes para obtener un resarcimiento distinto en cada caso, porque ése es el

elemento no común o diferente, sin necesidad de promover un nuevo juicio de conocimiento y declaración de responsabilidad. (LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010 página 280).

(40) Básicamente se entiende que la recuperación es fluida cuando se obtiene por algunos de los siguientes métodos a. Reducción de precios futuros. Se entiende que si un comerciante ha cargado ilícitamente un sobreprecio, obligarlo a reducir su precio futuro para que restituya el sobrecargo beneficiará a los compradores regulares de dicho producto. b. Distribución de los fondos no reclamados individualmente por los consumidores a entidades no gubernamentales que los empleen en beneficio indirecto de los consumidores que fueron parte del reclamo (cy pres). c. Distribución de la totalidad de los fondos a prorrata entre los consumidores que pudieron ser identificados o que se presentaron a reclamar en el procedimiento individual. d. Entrega de los fondos no reclamados al Estado, particularmente a los organismos encargados de defensa del consumidor (Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO. El Procedimiento de recuperación fluida (fluid recovery) en la ejecución de sentencias colectivas de consumidores. . Publicado el 19 de mayo de 2011. Fuente Microjuris Argentina. Citar: MJD 5349).

(41) El problema en la ejecución de la sentencia surge cuando no se puede localizar a los clientes del demandado -v. gr. porque dejaron de serlo- o cuando no se puede determinar el monto a restituir a cada uno de ellos y sólo se puede obtener una estimación global del ilícito perpetrado. En estos casos, estimamos que la única regla fija será: la dificultad para implementar la restitución de las sumas ilícitamente cobradas no puede ser una valla para la promoción, el trámite y la ejecución de la acción colectiva. En el último lugar que el dinero debe quedar es en el bolsillo del demandado condenado por cobrar conceptos ilícitos de sus clientes. (Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO. El Procedimiento de recuperación fluida (fluid recovery) en la ejecución de sentencias colectivas de consumidores. Publicado el 19 de mayo de 2011. Fuente Microjuris Argentina. Citar: MJD 5349).

(42) Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO. El Procedimiento de recuperación fluida (fluid recovery) en la ejecución de sentencias colectivas de consumidores. . Publicado el 19 de mayo de 2011. Fuente Microjuris Argentina. Citar: MJD 5349.

Las acciones colectivas. Segunda parte

(*)

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC16A7

[Consultado el: 15/07/2021]

Sumario:

VII. Derecho Comparado. La regla 23 del Federal Rules of Civil Procedure VIII. El caso Dukes vs. Wal-Mart. Las instancias de grado y las apelaciones. IX. La batalla judicial de los Wal-Mart. X. Dukes vs. Wal-Mart.-20 de junio de 2011. El veredicto de la Corte Suprema de los Estados Unidos

VII. Derecho Comparado. La regla 23 del Federal Rules of Civil Procedure.

1. En los Estados Unidos, país que es reconocido por todos como la vanguardia en materia de acciones de clase, previo al inicio del pleito se requiere una certificación judicial que admita la procedencia de la 'class action. La Regla 23 (a) establece que para la procedencia de una acción colectiva, se deben dar 4 requisitos, cuya acreditación le corresponde al representante de la clase; ellos son: (a) Que la clase o grupo sea tan numerosa que reunir a todos los afectados resulte imposible; (b) Que el reclamo se refiera a una causa, fáctica o jurídica de afectación común de todo el grupo (commonality); (c) El reclamo llevado adelante debe ser un típico reclamo de los que individualmente harían los miembros de la clase (typicality); (d) Que la representación sea idónea y no contenga intereses contrapuestos, ni esté reñida con la ética.(1)

1.2. A pesar de que en nuestro derecho positivo las acciones colectivas no están articuladas, ni tampoco reguladas como sí lo están en el derecho americano, que supuestamente tiene una tradición y orígenes diverso al nuestro, la solución propuesta en la Rule 23 (a) fue seguida a rajatabla por nuestra Corte Suprema. Tanto es así que en el caso Halabi, el Superior dedica prácticamente la totalidad del considerando (17) a explicar (de hecho traducir) esta regla del Derecho Americano. (2).-

1.3. En mi opinión, lo que define a la esencia de una acción colectiva se desarrolla principalmente en los tres primeros incisos de la norma extranjera. Pues a partir de la existencia de un grupo, se organiza todo el colectivo. Así, la numerosidad de la clase, potencia el sentido de comunidad, y la posibilidad de que diversas circunstancias, fácticas o jurídicas, afecten al conjunto. Al mismo tiempo, la existencia de un grupo afectado por una causa única, incrementa la noción de tipicidad de los reclamos, pues mayoritariamente los padecimientos de cada uno de los miembros del colectivo serán similares, o típicos, pues se derivan de una misma causa de afectación.-

1.4. Ahora bien, la existencia de un grupo o clase se constituye a través de la vinculación que sus miembros tienen entre sí. Ella puede ser fáctica o jurídica; es decir, determinada por los hechos, o por la existencia de una norma jurídica (norma legal en sentido amplio), o un contrato. Entre los autores nacionales, Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO se ha ocupado de este tema con mucho acierto, y profundidad. Cito al escritor: “La demanda colectiva intenta proteger a un grupo. En el caso de derechos individuales homogéneos, por lo general, los miembros del grupo están unidos entre sí o respecto del demandado por una cuestión de hecho o de derecho, es decir, por un acontecimiento, una sucesión de acontecimientos fácticos o por una relación jurídica. Cuando se trata de acciones colectivas de consumidores por derechos individuales homogéneos, existe una relación jurídica -de consumo- entre cada uno de los miembros de la clase y el demandado. La relación de cada uno de los miembros del

grupo con el demandado es similar, de las mismas características, ello permite que el reclamo sea planteado de forma colectiva. La causa u origen es común, se ven afectados por la misma situación o relación jurídica respecto del demandado.”(3) Esta reflexión que comparto, incluye a todos los recaudos que la Regla 23 le impone a la procedencia de la acciones de clase: numerosidad; tipicidad; y causa única de afectación.-

VIII. El caso Dukes vs. Wal-Mart. Las instancias de grado y las apelaciones.

1. Para comprender bien en qué consiste, y cómo se aplica la Regla 23 (a), que también es utilizada por nuestros tribunales (Ver el considerando 17 del veredicto de Halabi), es necesario ir necesario la jurisprudencia norteamericana. El caso Dukes vs. Wal-Mart (4), es un claro ejemplo de lo importante que resulta precisar con exactitud la integración de la clase, previo al desarrollo del pleito.-

1.2. En Dukes se debate la discriminación laboral que sufren las trabajadoras de la famosa megatienda. Ellas alegan que son discriminadas, tanto a la hora de repartir ascensos, como capacitación y salarios. Básicamente dicen que sus promociones de ascensos demoran más que las de los varones que comparten las mismas posiciones de trabajo; asimismo, invocan que la cadena de supermercados promueve una idea corporativa y estereotipada de los roles masculino y femeninos, concediendo ventajas a los varones.(5) Por su parte, Wal-Mart niega que Betty Dukes y sus compañeras sean víctimas de discriminación, y explican los sucesos indicando que Betty es una trabajadora indisciplinada, a quien se le niega el ascenso debido a problemas disciplinarios que la enfrentaron con una supervisora de la tienda. Hasta el momento, y luego de más de diez años de recorrido judicial, en el que ya intervinieron todos los tribunales de grado y de apelación, la clase de trabajadoras afectadas por las prácticas discriminatorias comprende a aproximadamente 1.6 millones de mujeres. (Sin embargo, debo advertir al lector, que al momento de finalizar este ensayo, la Corte Suprema ya se expidió de manera

definitiva sobre la certificación de la clase, y ese fallo, que fue adverso a la clase y favorable a Wal-Mart, será tratado en extenso en el capítulo final que tuve que agregar).-

Pero, sin perjuicio de que el asunto tuvo una resolución diversa en la Corte Suprema, me parece sumamente interesante analizar algunos de los aspectos que se discutieron en un tribunal de apelaciones, allá por el año 2007. En ese decisorio se analizaron con mucha profundidad todos los requisitos establecidos en la Rule 23 (a)

1.3. Para que proceda una acción de clase, en los términos del inciso 2º de la Regla 23, es necesario que se acrediten elementos fácticos y jurídicos que sean comunes a todas las personas que integran la clase; en este caso, se debía acreditar que la discriminación corporativa consistía en una práctica que afectaba a todas las trabajadoras de WM. Al referirse a este elemento, que en inglés se denomina *commonality*, el tribunal señala que para determinar esta cuestión es preciso realizar un análisis cualitativo antes que uno cuantitativo, explicando que alcanza con demostrar que hay un solo elemento de discriminación contra toda una clase para que la acción sea procedente en los términos de la Regla 23 inciso 2º.(6) En este punto, el veredicto indica que los actores han probado que la compañía lleva adelante una política comercial en la que destacan: (i) una excesiva subjetividad en la toma de decisiones referidas al trato del personal; (ii) un fuerte estereotipo de género; (iii) una cultura corporativa excesivamente fuerte; (iv) evidencias de disparidad en el trato al personal, referidas a su condición de género. Para el tribunal, todas estas cuestiones constituyen una práctica discriminatoria que afecta a las mujeres al momento de ser promovidas a nuevos puestos de ascenso.-

1.4. Por su parte, los actores aportaron pruebas referidas a la integración de la clase. Las evidencias son de diversa índole, y pueden clasificarse como fácticas, periciales y estadísticas. Por un lado acreditaron que esas prácticas eran comunes a todas las sucursales que WM opera en el país. A esta prueba fáctica, le agregaron la opinión de expertos que la corroboraron (hay un informe pericial llevado adelante

por del doctor en sociología, William Bielby que merece ser leído con atención). Finalmente, hay relatos de muchos empleados (120 testimonios pertenecientes a trabajadores de WM) que indican que estas prácticas discriminatorias son conocidas y toleradas por el personal jerárquico de la compañía que normalmente toman las decisiones relacionadas con las promociones, las capacitaciones y los ascensos. (7) No obstante, más adelante veremos cómo la Corte entiende que ni ese informe, ni esos testimonios son suficientes para alcanzar el elemento de homogeneidad que requieren los procesos colectivos.-

1.5. Informe del Dr. William Bielby: El informe presentado por el Dr. Bielby fue determinante, en el tribunal de apelaciones, para explicar cómo la clase de mujeres trabajadoras puede ser considerada víctima de discriminación o prejuicio de género. Para el estudioso, la clave de la discriminación, en este y todos los casos que ella aparece, es la creación de un modelo o estereotipo de personalidad que es declarada (dogmáticamente) con mayores aptitudes para cumplir determinada tarea, o para representar mejor a determinados valores. El sociólogo explica que estudió las prácticas y conductas en materia laboral desarrolladas por Wal-Mart, teniendo en cuenta los parámetros en base a los cuales la sociología considera que una práctica es discriminatoria, o que al menos incrementa los prejuicios de género. También analiza cuáles son las conductas que tienden a minimizar esos prejuicios. En ese sentido, el Dr. Bielby explica que la creación artificial de modelos de personalidad favorece el desarrollo de prejuicios cuando deben tomarse decisiones que involucren a personas. Bielby concluye que WM desarrolla una fuerte cultura corporativa, basada en la creación de esos estereotipos. El científico sostiene en su informe que el apego corporativo a una personalidad uniformada, termina ocasionando conductas discriminatorias o prejuiciosas de WM que afectan al género femenino al momento de tomar decisiones en materia de salarios y ascensos. (8). Este informe también fue rebatido por la Corte Suprema.-

1.6. Informe del Dr. Drogin: La prueba estadística también fue relevante para determinar que existe una afectación común a toda la clase, basada en la discriminación de género. El informe del consultor de parte, llevada a cabo por el Dr. Richard Drogin, precisamente centra sus conclusiones en estudios estadísticos que aportó a la causa. Como es sabido, el elemento común de afectación surge cuando se puede determinar que éste alcanza a un importante número de los integrantes de una clase. El Dr. Drogin realizó un estudio estadístico a nivel regional, analizando la data en las 41 regiones en las que existen establecimientos WM. Luego del estudio concluye: las disparidades de género entre los trabajadores varones y mujeres de la compañía son significativas en términos salariales y de promociones o ascensos. Esas diferencias, en el tratamiento del género, aparecen muy extendidas en las distintas regiones en las que opera la corporación; y esa cuestión únicamente puede explicarse, a criterio del experto, como una consecuencia de la discriminación en perjuicio del género femenino. Si se compara Wal-Mart, afirma Drogin, con sus otros competidores en las mismas regiones, se advierte claramente que WM asciende un porcentaje menor de mujeres que ellos. (9)

1.7. Para que el lector comprenda el nivel de complejidad probatoria que se maneja en esta clase de acciones en Norteamérica, nótese la sutileza planteada por WM para amortiguar el impacto adverso del informe Drogin. La cadena, cuestiona el informe estadístico invocando que el muestreo regional es confuso, siendo necesario que la muestra se haga sobre cada sucursal en particular, con independencia del muestreo regional Sin embargo, el consultor Drogin explica que éste último procedimiento investigativo daría un resultado aún más incierto. Porque es frecuente que los empleados sean cambiados de una sucursal a otra; así, el muestreo por locales resultaría menos representativo que una encuesta regional. (10)

Muchas veces los resultados de los exámenes realizados en cada sucursal no otorgan resultados simétricos, si se los compara con los mismos test realizados a nivel regional. Esto se explica porque

puede ocurrir que una sucursal obtenga un ‘sobresaliente’, no por su comportamiento, sino porque el empleado es cambiado de sucursal antes de ocurrido el hecho discriminatorio. La muestra regional aborta esta estrategia. De hecho, la misma muestra realizada por el consultor de WM (sucursal por sucursal) arrojó un resultado bien distinto al presentado en el Informe Drogin. Sin embargo, el Tribunal actuante confió en la estadística (Macro o regional) presentada por el Dr. Drogin, y desestimó el muestreo aportado por WM. (Micro o individual). En síntesis el Tribunal dice que a pesar de las diferencias entre uno y otro informe, no es arbitrario ni constituye un exceso de discrecionalidad del tribunal otorgar validez a la muestra presentada por la parte actora debido a su sólida base científica (11) Luego veremos que la Corte Suprema dio preferencia a las estadísticas de campo realizadas a nivel de las sucursales, evaluando negativamente el informe regional.-

1.8. Algunos relatos de otros afectados: Bajo el nombre de anecdotal evidence, se admitió en el proceso el aporte de relatos de personas que resultaron afectadas por las prácticas denunciadas en esta gigantesca class action. Cabe aclarar que esta tipo de prueba, que es una especie de testimonial anticipada, en Estados Unidos se utiliza como contrapunto de una medición estadística; sirve para corroborar en los hechos las conclusiones porcentuales aportadas por los muestreos estadísticos. (“... cases to bolster statistical proof by bringing “the cold numbers convincingly to life...” Le dan vida a los fríos números de las estadísticas). En otras palabras: es la contraprueba de fuego que sostiene la evidencia aportada por un muestreo. (12)

1.9. En este asunto se tomaron 120 relatos, y todos fueron consistentes en el sentido de corroborar las conclusiones de los sondeos estadísticos. Todos afirman que reciben o ha recibido salarios menores que los varones que cubren posiciones idénticas, al mismo tiempo manifiestan que se les niegan ascensos en una proporción superior a la que sufren los muchachos de la compañía. Los relatos aseveran que en WM sienten el enrarecido clima de una fuerte cultura

corporativa que incluye actos de discriminación, y tolera preferencias ‘sexistas’. El tribunal de alzada, a pesar de las quejas de WM aceptó la validez de esta prueba. (13) La Corte Suprema no. Y fue muy contundente al evaluar la eficiencia de estos relatos.-

1.10. Para el tribunal de apelaciones, los actores habían alcanzado el estándar probatorio requerido por la ley (Rule 23). Pues aceptaron la existencia de una relación de causalidad adecuada entre las decisiones sobre ascensos y promociones al personal femenino, y los hechos de discriminación denunciados. En otras palabras, se declaró la existencia de un elemento fáctico común que afecta a todos los miembros de la clase, cumpliéndose de esta forma el segundo requisito reglamentado en la Rule 23 (a). (“...there are questions of law or fact common to the class”). (14)

1.11. Como señalara en el acápite que antecede, la ‘tipicidad’ es otro de los requisitos básicos de procedencia de las acciones colectivas. En el caso *Dukes* este tema se trató extensamente. El tribunal dijo que la existe la ‘tipicidad’ requerida cuando el reclamo instaurado pueda ser razonablemente considerado como característico de las quejas que conciernen a todos los miembros de la clase. Sin embargo, conviene diferenciar conceptos que a veces se confunden; ellos son el de ‘tipicidad’ (del reclamo) con ‘identidad’ ;(de cada uno rece los reclamos). Veamos. Cada interés individual es diferente uno del otro, pero ello no obsta a la configuración de una tipicidad que permita reunirlos a todos en una misma acción. En el caso *Dukes*, la demanda comprende tanto a las trabajadoras contratadas por hora, como a las que integran la planta permanente. La tipicidad no se altera por esa circunstancia. Los reclamos solicitados en la acción son típicos de todos los trabajadores, sean contratados o de planta. Lo que define a la tipicidad del reclamo, es que todas las operarias de la WM padecen un trato discriminatorio. Por más que cada trabajador tenga una posición distinta en la empresa, la discriminación a la hora de evaluar ascensos y promociones es el común denominador que ‘tipifica’ a la clase. Esa división, entre trabajadores contratados para trabajar por horas o trabajadores de planta, en todo caso puede influir

en la extensión del daño padecido por unos y otros, pero no afecta la ‘tipicidad’ del reclamo, que sí es representativo de toda la clase.(15)

1.12. Finalmente, el veredicto también trató la cuestión de la representatividad apropiada que la Rule 23 (a) exige en su inciso 4º. En la causa, WM objetaba que esa representación fuera válida por varios argumentos. El más destacado de ellos es que algunos de los miembros representantes son, al mismo tiempo, parte de la clase, y gerentes o trabajadores con cargos relevantes en la toma de decisiones de la compañía. La contradicción que plantea WM es que algunos de los miembros de la clase son –simultáneamente- víctimas y victimarios de las supuestas discriminaciones que dieron ocasión a este pleito. Sin embargo, el tribunal que trató las apelaciones, tampoco compró esta defensa de la corporación.-

En ese orden, recordemos que la Regla 23 (a) establece que la certificación de clase sólo será concedida si los intereses de todos sus miembros son justa y apropiadamente protegidos por sus representantes. Entre otras cosas, esto significa que no debe haber ningún conflicto de intereses entre los representantes de la clase y los miembros representados. Sin embargo, el tribunal no comparte el argumento de los intereses contradictorios propuesto por WM. Para este tribunal, el hecho de haber en la planta de WM, trabajadores rasos y gerentes con algún nivel de importancia en la toma de decisiones de la corporación, no es suficiente para determinar que entre ellos hay un conflicto de intereses; pues es posible que más allá de la posición laboral que cada trabajadora desempeñe en la compañía, unas y otras pudieron ser víctimas de la discriminación que será investigada en este asunto. (16)

Para terminar este capítulo, y poder ingresar al análisis del veredicto definitivo dictado por la Corte Suprema el 20 de junio de 2011, se advierte al lector que se trata éste de un veredicto emitido por un tribunal de apelaciones que en 2007 confirmó la certificación de la ‘clase’; sin embargo, el decisorio fue apelado por WM. En abril del

año 2010 hubo un nuevo fallo confirmatorio de la certificación de clase. Pero todo cambió en junio de este año.-

IX. La batalla judicial de los Wal-Mart.

1. Las idas y vueltas que el expediente tuvo por los distintos tribunales locales y federales, sólo se explica por tratarse de la acción de clase más numerosa de la historia judicial norteamericana (La clase está integrada por más de 1.5 millones mujeres que trabajan para el gigante de las góndolas) y también por tratarse de WM que es la cadena de supermercados minoristas más importante del mundo. Algunos números sorprenden. Mejor dicho, asombran. Los supermercados Wal-Mart fueron fundados en el año 1969, o al menos a partir de ese año se los conoce con ese nombre que hoy es emblemático en la industria del changuito y las góndolas, por el ya legendario Sam Walton, de quien se dice que invirtió en el promisorio almacén hasta sus últimos ahorros. En la actualidad WM cuenta con alrededor de 9,000 sucursales en todo el mundo, con locales abiertos en los 50 Estados de Norteamérica. Entre los datos que despiertan curiosidad, hay uno que también causa asombro a quienes conocen el país del norte, y su desmesurada extensión que va de este a oeste, dejando cientos de ciudades, de todos los tamaños, al costado de autopistas anchas y lisas, por donde circulan miles de autos por segundo: no hay ninguna ciudad, dentro del territorio de Estados Unidos, que no tenga un WM en un radio superior a los 150 Km. Su cabecera central está en los Estados Unidos pero, con nombre propio u otras denominaciones, opera en 15 países distintos, entre los que destacan el Reino Unido, Brasil, Argentina, Canadá y Japón. En sus comienzos, el viejo Walton les daba trabajo a unas 1,500 personas, hoy a más de 2 millones. Por increíble que parezca, Walmart recibe a más de 130 millones de personas por semana. En el primer año de su apertura facturó en ventas, aproximadamente, U\$ 45 millones. Pero en el período fiscal que concluyó en enero de 2011, su facturación superó los U\$ 420 billones, con ganancias aproximadas de U\$ 16 billones, marcando un record de utilidades de aproximadamente el 25%. Esos números, sin duda optimistas, disminuyeron en parte las

caras largas de los accionistas tras las desastrosas experiencias que sufrieron en Corea del Sur y Alemania, donde la cadena nunca llegó a ser protagonista del mercado. En Alemania, se vio obligado a cerrar todos los locales para venderlos un grupo local. Pero lo cierto es que en pocas décadas, el almacén de Don Sam se ha convertido en el comercio minorista más grande del Planeta Tierra, y se ubica entre las 20 compañías más poderosas del mundo, siendo uno de los principales empleadores (del sector privado) de USA y México. Muchas personalidades desfilaron en su directorio, y entre los años 1985 y 1992, la mismísima Hillary Clinton desempeñó funciones allí, antes de ingresar a las secretas alcobas de la Casa Blanca, de la mano de su esposo Bill Clinton.-

1.1. Pero el inocultable orgullo de los Walton no está exento de críticas y recelo por parte de buena parte de la sociedad. Un reciente estudio realizado por el Profesor Keneth Stone (Universidad de Iowa) muestra la contracara de tanto derroche de optimismo. Se estima que cada vez que se inaugura un establecimiento de WM en una pequeña ciudad, en los 10 años posteriores un 50% de los minoristas que operan en esa comunidad desaparecen, imposibilitados de competir con este verdadero mamut de la industria supermercadista.-

X. Dukes vs. Wal-Mart.-20 de junio de 2011(17). El veredicto de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

1. Lector, al finalizar el capítulo anterior te decía que en la actualidad el caso estaba pendiente de una resolución final del Supremo Tribunal norteamericano, o me excusaba alegando que dicha resolución acababa de ocurrir. No te mentí, o no lo hice intencionalmente. Digamos, simplemente, que me demoré en terminar este artículo más de lo que aconseja la prudencia abogadil, siempre atada a plazos perentorios, y que fui dominado por cierta indiferencia ante la velocidad de la Internet. Ambas cosas se pagan caras en este mundo globalizado de tribunales barriales en que se ha convertido el mundo del Derecho. En resumidas cuentas, cuando

estaba a punto de terminar este trabajo, la Corte Suprema de Estados Unidos se expidió sobre la certificación definitiva de la clase y, debo admitirlo, lo hizo en el sentido contrario al que yo esperaba.-

Te aclaro, lector, que el hecho de que cambie un criterio jurisprudencial, luego de haber basado todo el ensayo en una hipótesis que se derrite como un helado de frutilla que se olvida fuera de la heladera, es tan penoso como llegar tarde a una audiencia porque te quedarse encerrado en la casa con una llave inútil que no abre la puerta desde adentro. Sin embargo, cierta noción de culpa, que retrasa la curación definitiva de mi neurosis, pero que estimula mi entusiasmo hacia la ética, me llevaron a hacer lo menos aconsejable en términos utilitarios. Voy a dedicar el final de este fallido, pero también esforzado ensayo, a desarrollar los argumentos presentados por la Corte Suprema americana en el fallo en el que les que deniega la certificación de la clase a sus actores. No obstante, me rehúso a eliminar los capítulos precedentes porque entiendo que los argumentos allí presentados, y que fueran aceptados por todas las instancias de grado, pueden ser de utilidad para el colega que asesora en Argentina, y también porque soy obstinado al punto de ejercitar mi paciencia en la espera de un decisorio posterior que los haga renacer.-

Lector, a continuación te presento el veredicto que dio la Corte Suprema de los Estados Unidos, el día 20 de junio de 2011, una semana antes concluirse la corrección definitiva de esta redacción

Los argumentos de la mayoría conducida por Justice Antonin Scalia (18):

1) El syllabus. Los actores que integran la clase de este proceso colectivo son en la actualidad, o lo fueron en el pasado, mujeres empleadas del supermercado Wal-Mart. Ellas han demandado a WM solicitando diversas indemnizaciones, tales como reintegro de diferencias salariales, y daños punitivos. Su reclamo, alegan, debe beneficiar a una clase integrada por aproximadamente un millón y medio de mujeres en todo el país. La acción fue pedida a causa de una

supuesta discriminación de género en perjuicio de las mujeres que laboran en WM; la discriminación, según sostienen, consistió en que las decisiones sobre ascensos y promociones tomadas por los gerentes de la compañía favorecen a los empleados varones en perjuicio de las operarias de sexo femenino. El Tribunal del noveno distrito sostuvo el reclamo colectivo, afirmando que se cumplían todos los requisitos de la Regla 23 (a) referidos a los elementos fácticos comunes a la clase, como así también cumplían los recaudos relacionados a la tipicidad de la queja. Asimismo, sostuvo el tribunal de apelaciones, que la acción de clase no perjudicaba el derecho de defensa de la firma demandada.-

Sin embargo, el veredicto que dará esta Corte Suprema, no convalidará la certificación de clase dada por los tribunales que antes intervinieron en este caso.(19)

2) El organigrama laboral de Walt-Mart. El juez Scalia, autor del fallo que siguió la mayoría, rápidamente se mete a analizar la política laboral que desarrolla WM, para determinar si esas políticas constituyen actos de discriminación. Es interesante ver cómo la Corte se va alejando de las instancias inferiores.-

Estamos frente a uno de las acciones de clase más grande de la historia judicial. El tribunal del distrito, y la Corte de Apelaciones han aprobado la certificación de una clase que abarca aproximadamente a un millón y medio de personas, entre empleadas actuales, y que lo han sido en el pasado de la firma Wal-Mart. Los actores le imputan al supermercado haber recibido un trato discriminatorio, contrario a nuestro ordenamiento jurídico, concretado a través de sus cuadros gerenciales. Esa discriminación consistió, según alegan, en una suerte de negativa, o retardo al momento de tomar decisiones relacionadas con las promociones y los ascensos del personal femenino de la empresa. Debe considerarse que en el organigrama de la empresa, cada local Wal-Mart deposita en sus gerentes la responsabilidad de manejar todo lo atinente a promociones, ascensos y salarios; esta tarea la desarrollan con amplia

discrecionalidad, aplicando criterios y tiene La política de salarios, promociones y ascensos de la compañía es manejada, generalmente, por los supervisores de cada local, aplicando esta discrecionalidad que, sin embargo, está limitada por una política preestablecida por el directorio de la compañía. Dentro de esas limitaciones, la empresa les permite a sus gerentes aplicar sus propios criterios para determinar los ascensos, y las promociones.-

Sin embargo, ningún empleado puede acceder a esas posiciones sin previamente someterse a un riguroso programa de entrenamientos que dura por lo menos un año, y que requiere para ser sorteado exitosamente que el candidato desempeñe una muy alta performance durante toda la capacitación. Ello, sin perjuicio de ser cierto que los gerentes y supervisores conservan gran discrecionalidad para elegir entre sus empleados a los posibles candidatos para desempeñar tareas de jerarquía. Los cargos de asistente del gerente, sub-gerente o jefe del local, siguen la rutina descrita para poder hacerse efectivos. (20)

En resumen: para la Corte, el organigrama laboral desplegado por WM, sobre todo en lo referido a la toma de decisiones del personal beneficiado con ascenso y promociones, es riguroso, sometido a una estricta capacitación, ciertamente discrecional y subjetivo al momento de elegirse al candidato triunfador, pero no discriminatorio.-

3) Las representantes de la Clase: El fallo analiza detenidamente a cada una de las mujeres que representan a la clase. Se trata de mujeres que actualmente trabajan, o que han trabajado en el pasado para WM. Betty Dulkes comienza su carrera en el supermercado en año 1994, desempeñándose como cajera. Pero en poco tiempo presenta su candidatura para el puesto de asistente gerencial en el área de atención al cliente.

Luego de ser promovida para desempeñarse en ese departamento, comete una serie de infracciones disciplinarias, a raíz

de las cuales es vuelta a sus funciones de cajera. Si bien Duker admite que cometió las infracciones que se le imputan, afirma que las sanciones que le impusieron fueron injustas, dado que los trabajadores varones no son castigados de la misma forma cuando cometen esas faltas disciplinarias. También se queja de que los hombres reciben mejores salarios por idénticas tareas laborales.-

La otra representante de la megaclase, de nombre Christine Kwapnoski ha trabajado durante casi toda su vida adulta para WM. Se ha desempeñado en diversas posiciones, llegando a ser supervisora. Christine se queja porque un gerente de sexo masculino la retaba de mala manera frecuentemente; entre otras cosas le indicaba que su maquillaje y su vestimenta no eran adecuadas, y lo mismo hacía con otras mujeres. Pero nunca trataba de esa forma a sus compañeros varones.-

La tercera mujer que integra la representación de la clase es Edith Arana. Trabajó para WM durante los años 1995/2001. Edith intentó ingresar en el programa de entrenamientos y capacitación pero sus solicitudes fueron rechazadas. Edith afirma que esas negativas se debieron a su condición de mujer. Por ese motivo, inicia una queja interna, de acuerdo al procedimiento que a tal efecto WM dispone para sus empleados. La comisión de asuntos internos le sugiere que ante la sospecha de que el supervisor es injusto en el tratamiento de sus solicitudes, aplique para una posición distinta. Sin embargo, Edith no se presenta para ninguna posición. Finalmente, es despedida con causa en el año 2001.-

3.1. Una vez presentadas las protagonistas, la Corte empieza a desandar el camino de la discriminación alegada. El veredicto indica que las tres mujeres no han afirmado en forma directa que la política de WM sea discriminatoria, sino que se han quejado de los supervisores que estaban a cargo de tomar decisiones. A ellos se les imputa la excesiva discrecionalidad para decidir sobre cuestiones referidas a promociones, salarios y ascensos. Son esos supervisores o gerentes quienes siempre eligen a los varones para cubrir los ascensos

disponibles; sus decisiones son las que han creado una seria desproporción numérica entre las mujeres y los hombres que reciben mejorías en sus puestos. Sin embargo, como para las actrices Wal-Mart conoce y tolera estas prácticas discriminatorias es también responsable de ese ilícito.-

3.2. Frente a esta posición, la Corte sostiene una opinión muy crítica sobre el delicado punto de los elementos, fácticos o jurídicos, que deben ser comunes a toda la clase, como recaudo previo a la procedencia de la certificación de la clase.-

Las representantes alegan que la discriminación no fue un hecho aislado, limitado a ciertas decisiones tomadas por algunos supervisores en algunas sucursales de WM. La pretensión sostiene que se trata de una política discriminatoria de género emprendida por la corporación. Es decir, sustentan que existe una práctica discriminatoria corporativa que viene a ser la causa fáctica común que afecta a todas las trabajadoras de WM en los Estados Unidos. El principal argumento para sostener esta tesis consiste en afirmar que la fuerte cultura corporativa desplegada por Wal-Mart incrementa los prejuicios de género en quienes deben tomar decisiones relacionadas a promociones y ascensos. (21).-

4) .La doctrina de la Corte Suprema: Luego de esas referencias genéricas, a los hechos y a las representantes de la clase, la Corte comienza a desarrollar lo que debe verse como la doctrina que será aplicable en materia de ‘class actions’, al menos para los próximos años. Se trata de un criterio que actúa como un límite a este tipo de procesos colectivos. Para tener una idea de la importancia de este fallo, debe comprenderse que los veredictos dictados por la Suprema Corte de Estados Unidos, trascienden sus fronteras, y son tomados como una tendencia a nivel mundial.-

Veamos lo que dijo el tribunal.-

4.1. Las acciones de clase constituyen una excepción al principio general que establece que los litigios son emprendidos por una persona, en su propio beneficio. Lo único que justifica dejar de lado este Principio General del Derecho, es que el representante de una ‘clase’ de sujetos, sea a su vez miembro de ese grupo, y comparta con el resto de sus integrantes los mismos intereses, tanto como padezca los mismos menoscabos. Como es sabido, la Regla 23 (a) impone 4 requisitos para la procedencia de los procesos colectivos; ellos son: a) numerosidad de la clase; b) elementos fácticos y comunes a todo el grupo; c) tipicidad de los reclamos efectuados; d) representación adecuada de la clase.-

El dilema central que hay que analizar pasa por determinar la existencia de una causa fáctica de afectación común a todos los miembros, tal como lo requiere el inciso b) de la Regla 23 (a). Y la cuestión no es nada sencilla, porque es fácil caer en confusiones, pues prácticamente todas las demandas colectivas, si es que son hábilmente presentadas, podrán aparentar la existencia de ciertos elementos comunes que afectan a todos sus miembros. Pero para demostrar la existencia de una ‘causa fáctica común’ se requiere mucho más que enunciaciones generales. (22)

5). La causa fáctica común: Este elemento es, sin dudas, el punto central y más discutido en materia de procesos colectivos. En uno de sus considerandos la Corte desarrolla una explicación que puede resultar de suma utilidad para analizar casos similares.-

Se debe demostrar que los integrantes de la clase ‘han efectivamente’ sufrido el mismo tipo de daño. No es suficiente establecer que una norma haya sido violada y que esa violación los afectó a todos; existen muchas formas de violaciones legales. Es obvio que la simple invocación de los empleados, que reclaman contra una omisión legal de la empresa no es suficiente para suponer que cada uno de ellos tendría derecho a iniciar, en concreto, un litigio contra la

compañía. La causa fáctica del daño debe ser común a toda la clase, de tal manera que la solución del problema también signifique la solución para todos los integrantes del grupo. Es imprescindible determinar la existencia o veracidad de este elemento fáctico común. Pues si la causa no existe, no es viable esta acción; y si ella es veraz, remediando ese problema común, se termina de un sólo ‘golpe’ el problema de todos los miembros de la clase. Lo que define la necesidad de una acción de clase es la posibilidad que otorga de terminar en un solo pleito con una afectación que involucra a múltiples sujetos. (23)

5.1. Entiendo que este concepto desarrollado por la Corte Suprema americana es central para analizar cualquier acción de clase. Y podría formularse como sigue: para que proceda una acción colectiva se debe determinar si la solución que eventualmente se obtenga en la justicia termina ‘de un solo golpe’ con un problema que involucra a múltiples sujetos. Y, desde luego, para que eso suceda la afectación debe ser común al grupo.-

6) Interpretación restrictiva de la Regla 23. Otra importante cuestión que se definió en este veredicto es la interpretación que los jueces deben darle a un pedido de certificación de clase. En este aspecto, la Corte Suprema estableció una interpretación rigurosa (restrictiva) para convalidar la certificación.-

La regla 23 no es solamente un estándar formal que las partes deben seguir; quien pretenda obtener una ‘certificación de clase’ deberá demostrar positivamente que ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos en esa norma. Esta Corte debe ser muy rigurosa para evaluar si efectivamente se han alcanzado los recaudos señalados en la norma (24)

El riguroso tratamiento de estas cuestiones preliminares es la regla general en todos los litigios; pues antes de seguir adelante con ellos es menester acreditar su viabilidad. La regla 23 justamente alude a esas cuestiones previas que deben resolverse antes de dar comienzo al pleito. En este proceso, la acreditación de una causa de afectación

única va mucho más allá que la invocación de los actores. Ellos pretenden representar a una ‘clase’ que, literalmente, involucra a más de un millón de personas; y buscan una solución judicial única que resuelva el problema de millones de empleadas de la firma. Pero, sin un elemento común que aglutine a todos esos sujetos, es imposible formular una respuesta jurisdiccional individual que les solucione el problema a todos. (25)

7) Cómo determinar la causa fáctica común: Existen dos consideraciones que son bien distintas, y están muy distantes entre sí. (a) Por un lado, puede ocurrir que a un empleado se le niegue un ascenso injustamente, aún por razones de discriminación. Esta situación es, desde luego, antijurídica pero es un hecho individual que no puede generar una queja colectiva; (b) También puede ocurrir que se determine que existe ‘una clase’ de individuos que han sufrido la misma discriminación. Este segundo caso es el que da lugar a un reclamo basado en una causa única de afectación, permitiendo presumir que reclamo individual puede ser considerado un típico reclamo que también le corresponde a la clase en su conjunto. Se dan entonces los requisitos fundamentales exigidos por la Regla 23 (a): elementos fácticos comunes y tipicidad del reclamo. (26)

8) Las pruebas. El informe del Dr. Bielby: Para decidir sobre la existencia de la discriminación que alegan las representantes de la clase, se requiere prueba significativa que acredite que Wal-Mart tiene una política general de discriminación. Y esta situación está absolutamente ausente en esta causa. Por el contrario, hay constancias que indican que la corporación lleva adelante una política igualitaria, opuesta a cualquier acto discriminatorio; incluso, prevé sanciones para aquellos empleados que violen su política de igual de oportunidades para acceder al trabajo. En estos autos, la única evidencia de que existe una política sostenida de discriminación es el testimonio dado por el consultor de parte, Dr. Bielby. En su presentación, el experto en sociología nos informa que Wal-Mart desarrolla y sostiene una fuerte ‘cultura corporativa’ que favorece la creación de modelos estereotipados; estos modelos, son propensos a crear perjuicios de

género. Sin embargo, cuando fue interrogado más detenidamente sobre estas cuestiones el Dr. Bielby dijo que no podía determinar, de manera objetiva, en qué medida la creación de esos estereotipos afectan las decisiones referidas a promociones y ascensos. ¿Acaso perjudica al 5% de los trabajadores de la compañía? ¿O el número de afectados alcanza al 95% de esa planta de empleados? El Profesor no pudo en absoluto dar ninguna precisión frente a estos interrogantes que son cruciales para determinar la existencia de una causa fáctica común, tanto como para determinar la tipicidad de un reclamo de clase. (27)

9) La discrecionalidad de los supervisores: La única evidencia que pudo aportar la actora en perjuicio de Wal-Mart es que les concede a los supervisores de cada sucursal cierta discrecionalidad para decidir sobre cuestiones laborales de los empleados bajo su mando. Pero, precisamente, esa discrecionalidad que tienen los supervisores constituye el opuesto a una política uniforme de la compañía. En sumario: el hecho de que Wal-Mart permita que los supervisores tengan discrecionalidad en sus decisiones, es determinante para concluir que la compañía no sigue una práctica uniforme en la materia.-

9.1. Debe recordarse que probar un patrón de comportamiento, o la existencia de una práctica habitual era indispensable para acreditar la existencia de una causa única de afectación al grupo. Pero, aun admitiendo que esa discrecionalidad puede, en determinados casos, llevar en sí misma una práctica discriminatoria, no puede presumirse que si una compañía permite que se tomen decisiones con un amplio margen de discrecionalidad, siga por ello una política uniforme de discriminación de género. Algunos supervisores privilegiarán determinadas aptitudes de los empleados a su cargo, y otros considerarán distintos atributos. Quizás un supervisor tome decisiones en base a prejuicios de género, pero ello no indica que todos lo hagan, ni mucho menos que la compañía sostenga un patrón de conducta o una política de esa naturaleza.-

9.2. Los actores no han podido identificar un patrón de conducta de Wal-Mart que permita sostener que la compañía toma decisiones discriminatorias. Por otra parte, resulta inverosímil suponer que, en una empresa de la envergadura de WM, todos los supervisores tomen decisiones basadas en el prejuicio de género, aún en contra de la política laboral de la compañía. Los actores han fallado en demostrar estas circunstancias, siendo insuficientes las probanzas periciales, estadísticas y testimoniales aportadas por la parte actora. (28)

10) La Prueba Estadística. El informe del Dr. Richard Drogin y del Dr. Bendick. El tribunal también emprendió contra la prueba estadística aportada por la clase. La Corte tuvo una ponderación muy distinta a la que habían hecho los tribunales de grado acerca del informe del Dr. Drogin. El análisis de este estadista, siguió un método de evaluación regional y comparativa. Básicamente su estudio consistió en un análisis de las distintas regiones, a nivel nacional, en las que opera la cadena WM, luego cotejó el número de mujeres que habían logrado acceder a posiciones gerenciales, comparándola con el número de varones que habían logrado esos puestos. Una vez efectuado el análisis regional, y proyectado a nivel nacional, el experto concluyó que, estadísticamente, se comprobaron significativas disparidades entre el porcentaje de mujeres y varones que obtuvieron ascensos; luego indica que esa desproporción numérica ‘únicamente puede explicarse por la existencia de una discriminación de género’. El otro especialista presentado por la parte actora, es el Dr. Bendick. Este analista llegó a conclusiones similares que su colega; en el caso de Bendick, el estudio comparativo no fue efectuado entre sucursales de Wal-Mart, sino entre sus competidores. El Dr. Bendick también determinó que la cadena demanda tenía un porcentaje inferior al de sus competidores, en el record de mujeres premiadas con ascensos. (29)

10.1. Estos informes, a pesar de las quejas que WM les opuso a su progreso, fueron convalidados por las instancias de grado que intervinieron antes que la Corte. Todos esos tribunales los

consideraron razonables para determinar la existencia de una ‘clase’, porque, más allá de sus conclusiones, el procedimiento científico que siguieron fue aceptable, conforme lo indican los parámetros comúnmente utilizados para esta clase de informes estadísticos.-

10.2. La Corte, sin desautorizar los informes, ni juzgar sobre su valía técnica, los declaró ineficaces para probar los requisitos que la regla 23 (a). El argumento refractario que utilizó la Corte siguió en sintonía con lo que venía sosteniendo al analizar las pruebas anteriores. La eventual discriminación sufrida por una de las representantes de la ‘clase’ es insuficiente para inferir, a partir de esa experiencia, que exista un patrón de discriminación que pueda ser considerado ‘típico’ del proceder de Wal-Mart, o que exista un patrón generalizado de discriminación.-

10.3. La desproporción porcentual de ascensos y promociones, entre ambos géneros de empleados, y que fuera comprobada en base a un estudio hecho a nivel regional, y luego nacional, no es eficiente para establecer que ese mismo porcentual adverso guardara simetría con el régimen de ascensos y promociones de las sucursales analizadas individualmente. Los estudios regionales, aún siendo ciertos, sólo prueban lo acontecido en un pequeño grupo de locales, sin que pueda deducirse de esta conclusión parcial, que toda la compañía sigue un patrón segregacionista de género, en materia de derecho laboral. (30)

A mi entender, este fue uno de los argumentos más ganadores de la defensa de WM, que siempre se opuso a la estadística regional-nacional, solicitando la incorporación de estadísticas que indiquen qué sucede en cada establecimiento.-

10.4. Pero, aún en el caso de que estos informes pudieran determinar un patrón discriminatorio en cada uno de los 3400 locales Wal-Mart establecidos en este país (circunstancia que, como ya fuera dicho, no pudieron lograr), esa condición no sería aún suficiente para certificar la clase, o dar por aprobado el requisito referido a los elementos fácticos o jurídicos comunes a todo el grupo. El

organigrama de toma de decisiones seguido por la compañía, como fuera señalado, reposa sobre cierta discrecionalidad delegada en los supervisores. De esta forma, cada supervisor que decide una promoción podrá decir que en la tienda bajo su control, la disponibilidad de mujeres, o su capacidad laboral, o –incluso - su interés por lograr ascensos difiere a las cifras que arrojan los estudios a nivel regional o nacional. Por tanto, esos muestreos no pueden ser considerados suficientes para certificar una clase. (31)

11) La prueba testimonial. También la Corte desestima la prueba aportada por los 120 testimonios que relatan que habían sido víctimas de discriminación. Esta prueba adolece los mismos defectos que las analizadas anteriormente; pero además, es demasiado débil para permitir que esta Corte determine que todas las decisiones tomadas por los supervisores de WM fueron discriminatorias.-

11.2. Se recibieron 120 relatos que aludían a hechos de discriminación. Si se considera el número de la clase representada (1,5 millones de operarios), la muestra arroja un resultado de un hecho discriminatoria por cada 125.000 trabajadores, referidos a 254 sucursales de las 3.400 que existen en el país. Más de la mitad de esos reportes tuvieron ocasión en solamente 6 Estados; en la mitad de esas provincias, solamente se registraron uno o dos episodios. En 14 Estados no se registró ni un solo caso de discriminación.-

11.3. Aun considerando que todos los testimonios fueran verídicos en su totalidad, esa muestra sería insuficiente para tener por acreditado que la compañía sigue una práctica habitual de discriminación de género; y justamente era eso lo que tenía que demostrarse para lograr la certificación.(32)

Para cerrar toda suerte de la ansiada certificación, la Corte cita la opinión, dada en minoría, por un Juez de apelaciones que intervino oportunamente en este litigio. El juez Kozinsky había dicho: En verdad, la clase formada por los trabajadores de Wal-Mart es enorme; incluye una verdadera multitud, con diferentes niveles de

mando dentro del orden jerárquico de la compañía; todos tienen una antigüedad distinta; además, trabajan en distintas sucursales de las 3.400 que integran la cadena en el país; están sujetos a políticas regionales diferentes, llevadas adelante por diversos supervisores, tanto de sexo masculino como femenino; algunos son brillantes empleados, otros demuestran muy bajos rendimientos laborales. En resumen, esta clase tiene muy poco en común; únicamente comparten el sexo, y este juicio. (33)

Fin de un pleito que duró una década. Queda en el aire una duda que no puedo disipar. Y difícilmente pueda hacerlo. Ella surge de reflexionar acerca de que seguramente no ha de ser fácil, para ningún Tribunal Supremo del mundo, y mucho menos para el de los Estados Unidos, establecer en un veredicto que el principal empleador del sector privado de su país sigue en sus prácticas laborales un patrón de discriminación de género.-

(*) Acciones de Clase -Primera Parte- (elDial.com - DC1673)

Referencias Bibliográficas

(1) Federal Rules of Civil Procedure: Rule 23(a). Class Actions. Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(2) Texto del fallo original: Considerando (17) Que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos. Al respecto, en lo que aquí

interesa resulta ilustrativo traer a colación que en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del Bill of Peace del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las ‘class actions’ cuya definición conceptual quedó plasmada en las Federal Rules of Civil Procedure de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las Federal Rules de 1966. La regla 23 de ese ordenamiento determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuándo: 1) la clase es tan numerosa que la actuación es impracticable; 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase; 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de la demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente.... (CSJN, H 270, XLII, Halabi, Ernesto c/PEN s/ Amparo).

(3) (MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel. Sobre la homogeneidad y la delimitación de la clase en las acciones colectivas de los consumidores. Microjuris.com, publicado el 12 de noviembre de 2009. Cita: MJ-DOC-4430-AR | MJD4430. El subrayado es propio).

(4) Betty Dukes et al vs Wal Mart Inc. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. December 11, 2007.

(5) Texto del fallo original: Plaintiffs’ Third Amended Complaint, brought on behalf of six named plaintiffs and all others similarly situated, asserts claims against Wal-Mart for sex discrimination under Title VII of the 1964 Civil Rights Act. Plaintiffs allege that women employed in Wal-Mart stores: (1) are paid less than men in comparable positions, despite having higher performance ratings and greater seniority, and (2) receive fewer — and wait longer for — promotions to in-store management positions than men. Plaintiffs contend that Wal-Mart’s strong, centralized structure fosters or facilitates gender stereotyping and discrimination, that the policies and practices underlying this discriminatory treatment are consistent

throughout Wal-Mart stores, and that this discrimination is common to all women who work or have worked in Wal-Mart stores

(6) Texto del fallo original: The commonality test is qualitative rather than quantitative — one significant issue common to the class may be sufficient to warrant certification. See e.g., *Savino v. Computer Credit, Inc.*, 173 F.R.D. 346, 352 (E.D.N.Y. 1997), *aff'd*, 164 F.3d 81 (2d Cir. 1998); see also 1 Newberg on Class Actions § 3:10 at 272-74. As the district court properly noted, “plaintiffs may demonstrate commonality by showing that class members have shared legal issues by divergent facts or that they share a common core of facts but base their claims for relief on different legal theories.” *Dukes I*, 222 F.R.D. at 145 (citing *Hanlon*, 150 F.3d at 1019)... Plaintiffs have exceeded the permissive and minimal burden of establishing commonality by providing: (1) significant evidence of company-wide corporate practices and policies, which include (a) excessive subjectivity in personnel decisions, (b) gender stereotyping, and (c) maintenance of a strong corporate culture; (2) statistical evidence of gender disparities caused by discrimination; and (3) anecdotal evidence of gender bias. Together, this evidence raises an inference that Wal-Mart engages in discriminatory practices in compensation and promotion that affect all plaintiffs in a common manner.

(7) Texto del fallo original: Plaintiffs presented four categories of evidence: (1) facts supporting the existence of company-wide policies and practices; (2) expert opinions supporting the existence of company-wide policies and practices; and (3) expert statistical evidence of class-wide gender disparities attributable to discrimination; and (4) anecdotal evidence from class members around the country of discriminatory attitudes held or tolerated by management. See *Dukes I*, 222 F.R.D. at 145. Wal-Mart contends that this evidence is not sufficient to raise an inference of discrimination.

(8) Texto del fallo original: Dr. Bielby testified that by employing a “social framework analysis,” he examined the distinctive features of

Wal-Mart's policies and practices and evaluated them "against what social science shows to be factors that create and sustain bias and those that minimize bias." In Dr. Bielby's opinion, "social science research demonstrates that gender stereotypes are especially likely to influence personnel decisions when they are based on subjective factors, because substantial decision maker discretion tends to allow people to 'seek out and retain stereotyping-confirming information and ignore or minimize information that defies stereotypes.'" Dukes I, 222 F.R.D. at 154. Dr. Bielby concluded: (1) that Wal-Mart's centralized coordination, reinforced by a strong organizational culture, sustains uniformity in personnel policy and practice; (2) that there are significant deficiencies in Wal-Mart's equal employment policies and practices; and (3) that Wal-Mart's personnel policies and practices make pay and promotion decisions vulnerable to gender bias. See id.

(9) *Texto del fallo original: Statistical Evidence:* It is well-established that commonality may be established by raising an inference of class-wide discrimination through the use of statistical analysis. See *Caridad*, 191 F.3d at 292, overruled on other grounds by *In re IPO*, 471 F.3d at 39-42; see also *Stastny v. S. Bell Tel. & Tel. Co.*, 628 F.2d 267, 278 (4th Cir. 1980) (recognizing that statistical data showing comparable disparities experienced by protected employees may raise an inference of a policy or practice of discrimination). Dr. Richard Drogin, Plaintiffs' statistician, analyzed data at a regional level. He ran separate regression analyses for each of the forty-one regions⁵ containing Wal-Mart stores.⁶ He concluded that "there are statistically significant disparities between men and women at Wal-Mart in terms of compensation and promotions, that these disparities are wide-spread across regions, and that they can be explained only by gender discrimination." Dukes I, 222 F.R.D. at 154. Dr. Marc Bendick, Plaintiffs' labor economics expert, conducted a "benchmarking" study comparing Wal-Mart with twenty of its competitors and concluded that Wal-Mart promotes a smaller percentage of women than its competitors.⁷ See id.

(10) Texto del fallo original: Here, Dr. Drogin explained that a store-by-store analysis would not capture: (1) the effect of district, regional, and company-wide control over Wal-Mart’s uniform compensation policies and procedures; (2) the dissemination of Wal-Mart’s uniform compensation policies and procedures resulting from the frequent movement of store managers; or (3) Wal-Mart’s strong corporate culture. Because Dr. Drogin provided a reasonable explanation for conducting his research at the regional level, the district court did not abuse its discretion when it credited Dr. Drogin’s analysis and concluded that his analysis supported Plaintiffs’ contention that Wal-Mart’s corporate structure and policies led to a “pattern or practice” of discrimination.

(11) Texto del fallo original: Because the district court reasonably concluded that Dr. Drogin’s regional analysis was probative and based on well established scientific principles, because Wal-Mart provided little or no proper legal or factual challenge to it,⁹ and because the district court was within its discretion when it found that Dr. Hayworth’s evidence — which was stricken for failing to satisfy the standards of Federal Rules of Evidence 702 and 70310 — did not undermine or contradict Dr. Drogin’s evidence (as Wal-Mart insisted), the district court did not abuse its discretion when it relied on Dr. Drogin’s use and interpretation of statistical data as a valid component of its commonality analysis.

(12) Texto del fallo original: Circumstantial and anecdotal evidence of discrimination is commonly used in Title VII “pattern and practice” cases to bolster statistical proof by bringing “the cold numbers convincingly to life.” *Int’l Bhd. of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 339 (1977); see also *Rudebusch*, 313 F.3d at 517. Wal-Mart contends that the district court erred by concluding that the anecdotal evidence, presented by Plaintiffs in the form of 120 declarations, supported a finding of commonality. 11 Wal-Mart maintains that the declarations depict a handful of “widely divergent” events that cannot be deemed probative or representative of discrimination in pay or management track promotions.

(13) Texto del fallo original: In their declarations, the potential class members testified to being paid less than similarly situated men, being denied or delayed in receiving promotions in a disproportionate manner when compared with similarly situated men, working in an atmosphere with a strong corporate culture of discrimination, and being subjected to various individual sexist acts. The district court credited this evidence.

(14) Texto del fallo original: Plaintiffs produced substantial evidence of Wal-Mart's centralized company culture and policies, see *Dukes I*, 222 F.R.D. at 151-54, thus providing a nexus between the subjective decision-making and the considerable statistical evidence demonstrating a pattern of discriminatory pay and promotions for female employees, see *id.* at 154-65; see also *Reid v. Lockheed Martin Aeronautics Co.*, 205 F.R.D. 655, 670-72 (N.D. Ga. 2001) (recognizing that subjective decision-making may give rise to an inference of discrimination where there is evidence to provide a nexus between the subjective decision-making and discrimination). Therefore, for the reasons stated above, we find that the district court did not abuse its discretion when it held that Wal-Mart's subjective decision-making policy raises an inference of discrimination, and provides support for Plaintiffs' contention that commonality exists among possible class members.

(15) Texto del fallo original: Rule:23 (a)(3) requires that "the claims or defences of the representative parties be typical of the claims or defences of the class." Fed. R. Civ. P. 23(a)(3). We stated in *Hanlon* that "under the rule's permissive standards, representative claims are 'typical' if they are reasonably coextensive with those of absent class members; they need not be substantially identical." 150 F.3d at 1020. Some degree of individuality is to be expected in all cases, but that specificity does not necessarily defeat typicality. See *Staton*, 327 F.3d at 957. Typicality requires that the named plaintiffs be members of the class they represent. See *Falcon*, 457 U.S. at 156. There is no dispute that the class representatives are "typical" of the hourly class members, because almost all of the class representatives hold hourly

positions. Instead, Wal-Mart contends that the class representatives are not typical of all female in store managers because only one of six class representative holds a salaried management position, and she holds a somewhat low-level position. However, because all female employees faced the same alleged discrimination, the lack of a class representative for each management category does not undermine Plaintiffs' certification goal. See *Hartman v. Duffey*, 19 F.3d 1459, 1471 (D.C. Cir. 1994) (recognizing that an employee can challenge discrimination in "different job categories where the primary practices used to discriminate in the different categories are themselves similar. While it may be prudent to have the class divided into sub-classes represented by a named plaintiff from each of the differing job categories, it would not be necessary to the validity of the class certification to do so."); *Paxton v. Union Nat'l Bank*, 688 F.2d 552, 562 (8th Cir. 1982) (holding that "typicality is not defeated because of the varied promotional opportunities at issue, or the differing qualifications of plaintiffs and class members").

(16) *Texto del fallo original*: Rule 23(a)(4) permits certification of a class action only if "the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class." Fed. R. Civ. P. 23(a)(4). This factor requires: (1) that the proposed representative Plaintiffs do not have conflicts of interest with the proposed class, and (2) that Plaintiffs are represented by qualified and competent counsel. See *Hanlon*, 150 F.3d at 1020; see also *Molski*, 318 F.3d at 955. Before the district court, Wal-Mart argued that Plaintiffs cannot satisfy this factor because of a conflict of interest between female in-store managers who are both plaintiff class members and decision-making agents of Wal-Mart. Relying on *Staton*, the district court recognized that courts need not deny certification of an employment class simply because the class includes both supervisory and non-supervisory employees. See *Dukes I*, 222 F.R.D. at 168; see also *Staton*, 327 F.3d at 958-59. We agree. Finally, because Wal-Mart does not challenge the district court's finding that Plaintiffs' class representatives and counsel are adequate, we need not analyze this factor.

(17) WAL-MART STORES, INC. v. DUKES ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT No. 10–277. Argued March 29, 2011—Decided June 20, 2011 Cite as: 564 U. S. (2011)

(18) Antonin Gregory Scalia nació en marzo de 1936. En la actualidad, es el miembro más antiguo de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sus pergaminos académicos no podían ser mejores; el Juez Scalia logra completar sus estudios de abogacía en las muy prestigiosas universidades de Georgetown University, y Harvard Law School. Fue propuesto en su cargo por el Presidente Ronald Reagan en el año 1986. Es considerado el más firme representante del ala ‘conservadora’ de la Corte , que usualmente se opone a los criterios más liberales de algunos de sus colegas. En los últimos 25 años que sirvió en la Suprema Corte de Justicia fue un tenaz defensor de los criterios más conservadores, sobre todo en materia de interpretación legal de los textos constitucionales. Normalmente, el Juez Scalia tiene un criterio restrictivo en materias tales como tratos igualitarios a las minorías que, en Estados Unidos pujan por mejoras sociales. Antonin Scalia fue el magistrado que condujo el voto en la causa Dukes vs. Wal-Mart.

(19) Texto del fallo original: Respondents, current or former employees of petitioner Wal-Mart, sought judgment against the company for injunctive and declaratory relief, punitive damages, and backpay, on behalf of themselves and a nationwide class of some 1.5 million female employees, because of Wal-Mart’s alleged discrimination against women in violation of Title VII of the Civil Rights Act of 1964. They claim that local managers exercise their discretion over pay and promotions disproportionately in favour of men, which has an unlawful disparate impact on female employees; and that Wal-Mart’s refusal to cabin its managers’ authority amounts to disparate treatment. The District Court certified the class, finding that respondents satisfied Federal Rule of Civil Procedure 23(a), and Rule 23(b)(2)’s requirement of showing that “the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the

class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole.” The Ninth Circuit substantially affirmed, concluding, *inter alia*, that respondents met Rule 23(a)(2)’s commonality requirement and that their backpay claims could be certified as part of a (b)(2) class because those claims did not predominate over the declaratory and injunctive relief requests. It also ruled that the class action could be manageably tried without depriving Wal-Mart of its right to present its statutory defences if the District Court selected a random set of claims for valuation and then extrapolated the validity and value of the untested claims from the sample set. Held: 1. The certification of the plaintiff class was not consistent with Rule 23(a). Pp. 8–20.

(20) Texto del fallo original: We are presented with one of the most expansive class actions ever. The District Court and the Court of Appeals approved the certification of a class comprising about one and a half million plaintiffs, current and former female employees of petitioner Wal-Mart who allege that the discretion exercised by their local supervisors over pay and promotion matters violates Title VII by discriminating against women. In addition to injunctive and declaratory relief, the plaintiffs seek an award of backpay. We consider whether the certification of the plaintiff class was consistent with Federal Rules of Civil Procedure 23(a) and (b) (2). Petitioner Wal-Mart is the Nation’s largest private employer. It operates four types of retail stores through-out the country: Discount Stores, Supercenters, Neighbourhood Markets, and Sam’s Clubs. Those stores are divided into seven nationwide divisions, which in turn comprise 41 regions of 80 to 85 stores apiece. Each store has between 40 and 53 separate departments and 80 to 500 staff positions. In all, Wal-Mart operates approximately 3,400 stores and employs more than one million people. Pay and promotion decisions at Wal-Mart are generally committed to local managers’ broad discretion, which is exercised “in a largely subjective manner.”(222 F. R. D. 137, 145 ND Cal. 2004) Local store managers may increase the wages of hourly employees (within limits) with only limited corporate oversight. As for salaried employees, such as store managers and their deputies, higher corporate authorities

have discretion to set their pay within pre-established ranges. Promotions work in a similar fashion. Wal-Mart permits store managers to apply their own subjective criteria when selecting candidates as “support managers,” which is the first step on the path to management. Admission to Wal-Mart’s management training program, however, does require that a candidate meet certain objective criteria, including an above-average performance rating, at least one year’s tenure in the applicant’s current position, and a willingness to relocate. But except for those requirements, regional and district managers have discretion to use their own judgment when selecting candidates for management training. Promotion to higher office—e.g., assistant manager, co-manager, or store manager—is similarly at the discretion of the employee’s superiors after prescribed objective factors are satisfied.

(21) *Texto del fallo original:* The named plaintiffs in this lawsuit, representing the 1.5 million members of the certified class, are three current or former Wal-Mart employees who allege that the company discriminated against them on the basis of their sex by denying them equal pay or promotions, in violation of Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 78 Stat. 253, as amended, 42 U. S. C. §2000e-1 et seq. Betty Dukes began working at a Pittsburgh, California, Wal-Mart in 1994. She started as a cashier, but later sought and received a promotion to customer service manager. After a series of disciplinary violations, however, Dukes was demoted back to cashier and then to greeter. Dukes concedes she violated company policy, but contends that the disciplinary actions were in fact retaliation for invoking internal complaint procedures and that male employees have not been disciplined for similar infractions. Dukes also claims two male greeters in the Pittsburgh store are paid more than she is. Christine Kwapnoski has worked at Sam’s Club stores in Missouri and California for most of her adult life. She has held a number of positions, including a supervisory position. She claims that a male manager yelled at her frequently and screamed at female employees, but not at men. The manager in question “told her to ‘doll up,’ to wear some makeup, and to dress a little better.” App. 1003a. The final

named plaintiff, Edith Arana, worked at a Wal-Mart store in Duarte, California, from 1995 to 2001. In 2000, she approached the store manager on more than one occasion about management training, but was brushed off. Arana concluded she was being denied opportunity for advancement because of her sex. She initiated internal complaint procedures, whereupon she was told to apply directly to the district manager if she thought her store manager was being unfair. Arana, however, decided against that and never applied for management training again. In 2001, she was fired for failure to comply with Wal-Mart's timekeeping policy. These plaintiffs, respondents here, do not allege that Wal-Mart has any express corporate policy against the advancement of women. Rather, they claim that their local managers' discretion over pay and promotions is exercised disproportionately in favour of men, leading to an unlawful disparate impact on female employees, see 42 U. S. C. §2000e-2(k). And, respondents say, because Wal-Mart is aware of this effect, its refusal to cabin its managers' authority amounts to disparate treatment, see §2000e-2(a). Their complaint seeks injunctive and declaratory relief, punitive damages, and backpay. It does not ask for compensatory damages. Importantly for our purposes, respondents claim that the discrimination to which they have been subjected is common to all Wal-Mart's female employees. The basic theory of their case is that a strong and uniform "corporate culture" permits bias against women to infect, perhaps subconsciously, the discretionary decision-making of each one of Wal-Mart's thousands of managers—thereby making every woman at the company the victim of one common discriminatory practice. Respondents therefore wish to litigate the Title VII claims of all female employees at Wal-Mart's stores in a nationwide class action.

(22) Texto del fallo original: The class action is "an exception to the usual rule that litigation is conducted by and on behalf of the individual named parties only." *Califano v. Yamasaki*, 442 U. S. 682, 700–701 (1979). In order to justify a departure from that rule, "a class representative must be part of the class and 'possess the same interest and suffer the same injury' as the class members." *East Tex. Motor Freight System, Inc. v. Rodriguez*, 431 U. S. 395, 403 (1977) (quoting

Schlesinger v. Reservists Comm. to Stop the War, 418 U. S. 208, 216 (1974)). Rule 23(a) ensures that the named plaintiffs are appropriate representatives of the class whose claims they wish to litigate. The Rule's four requirements—numerosity, commonality, typicality, and adequate representation—“effectively ‘limit the class claims to those fairly encompassed by the named plaintiff’s claims.’” General Telephone Co. of Southwest v. Falcon, 457 U. S. 147, 156 (1982) (quoting General Telephone Co. of Northwest v. EEOC, 446 U. S. 318, 330 (1980)). The crux of this case is commonality—the rule requiring a plaintiff to show that “there are questions of law or fact common to the class.” Rule 23(a)(2).⁵ That language is easy to misread, since “any competently crafted class complaint literally raises common ‘questions.’” Nagareda, Class Certification in the Age of Aggregate Proof, 84 N. Y. U. L. Rev. 97, 131–132 (2009). For example: Do all of us plaintiffs indeed work for Wal-Mart? Do our managers have discretion over pay? Is that an unlawful employment practice? What remedies should we get? Reciting these questions is not sufficient to obtain class certification.

(23) Texto del fallo original: Commonality requires the plaintiff to demonstrate that the class members “have suffered the same injury,” Falcon, supra, at 157. This does not mean merely that they have all suffered a violation of the same provision of law. Title VII, for example, can be violated in many ways—by intentional discrimination, or by hiring and promotion criteria that result in disparate impact, and by the use of these practices on the part of many different superiors in a single company. Quite obviously, the mere claim by employees of the same company that they have suffered a Title VII injury, or even a disparate-impact Title VII injury, gives no cause to believe that all their claims can productively be litigated at once. Their claims must depend upon a common contention—for example, the assertion of discriminatory bias on the part of the same supervisor. That common contention, moreover, must be of such a nature that it is capable of class-wide solution—which means that determination of its truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each one of the claims in one

stroke. “What matters to class certification . . . is not the raising of common ‘questions’—even in droves—but, rather the capacity of a class wide proceeding to generate common answers apt to drive the resolution of the litigation. Dissimilarities within the proposed class are what have the potential to impede the generation of common answers.” Nagareda, *supra*, at 132.

(24) Texto del fallo original: Rule 23 does not set forth a mere pleading standard. A party seeking class certification must affirmatively demonstrate his compliance with the Rule—that is, he must be prepared to prove that there are in fact sufficiently numerous parties, common questions of law or fact, etc. We recognized in *Falcon* that “sometimes it may be necessary for the court to probe behind the pleadings before coming to rest on the certification question,” 457 U. S., at 160, and that certification is proper only if “the trial court is satisfied, after a rigorous analysis, that the prerequisites of Rule 23(a) have been satisfied,” *id.*, at 161; see *id.*, at 160 (Actual, not presumed, conformance with Rule 23(a) remains . . . indispensable”). Frequently that “rigorous analysis” will entail some overlap with the merits of the plaintiff’s underlying claim. That cannot be helped. “(T)he class determination generally involves considerations that are enmeshed in the factual and legal issues comprising the plaintiff’s cause of action.” *Falcon*, *supra*, at 160 (quoting *Coopers & Lybrand v. Livesay*, 437 U. S. 463, 469 (1978); some internal quotation marks omitted).

(25) Texto del fallo original: Nor is there anything unusual about that consequence: The necessity of touching aspects of the merits in order to resolve preliminary matters, e.g., jurisdiction and venue, is a familiar feature of litigation. See *Szabo v. Bridgeport Machines, Inc.*, 249 F. 3d 672, 676–677 (CA7 2001) (Easterbrook, J.). In this case, proof of commonality necessarily overlaps with respondents’ merits contention that Wal-Mart engages in a pattern or practice of discrimination. That is so because, in resolving an individual’s Title VII claim, the crux of the inquiry is “the reason for a particular employment decision,” *Cooper v. Federal Reserve Bank of*

Richmond, 467 U. S. 867, 876 (1984). Here respondents wish to sue about literally millions of employment decisions at once. Without some glue holding the alleged reasons for all those decisions together, it will be impossible to say that examination of all the class members' claims for relief will produce a common answer to the crucial question why was I disfavored.

(26) Texto del fallo original: This Court's opinion in *Falcon* describes how the commonality issue must be approached. There an employee who claimed that he was deliberately denied a promotion on account of race obtained certification of a class comprising all employees wrongfully denied promotions and all applicants wrongfully denied jobs. 457 U. S., at 152. We rejected that composite class for lack of commonality and typicality, explaining: "Conceptually, there is a wide gap between (a) an individual's claim that he has been denied a promotion (or higher pay) on discriminatory grounds, and his otherwise unsupported allegation that the company has a policy of discrimination, and (b) the existence of a class of persons who have suffered the same in jury as that individual, such that the individual's claim and the class claim will share common questions of law or fact and that the individual's claim will be typical of the class claims." *Id.*, at 157–158.

(27) Texto del fallo original: The second manner of bridging the gap requires "significant proof" that Wal-Mart "operated under a general policy of discrimination." That is entirely absent here. Wal-Mart's announced policy forbids sex discrimination, see App. 1567a–1596a, and as the District Court recognized the company imposes penalties for denials of equal employment opportunity, 222 F. R. D., at 154. The only evidence of a "general policy of discrimination" respondents produced was the testimony of Dr. William Bielby, their sociological expert. Relying on "social framework" analysis, Bielby testified that Wal-Mart has a "strong corporate culture," that makes it "vulnerable" to "gender bias." *Id.*, at 152. He could not, however, "determine with any specificity how regularly stereotypes play a meaningful role in employment decisions at Wal-Mart. At his

deposition . . . Dr. Bielby conceded that he could not calculate whether 0.5 percent or 95 percent of the employment decisions at Wal-Mart might be determined by stereotyped thinking.” 222 F. R. D. 189, 192 (ND Cal. 2004). The parties dispute whether Bielby’s testimony even met the standards for the admission of expert testimony under Federal Rule of Evidence 702 and our *Daubert* case, see *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509

(28) *Texto del fallo original*: The only corporate policy that the plaintiffs’ evidence convincingly establishes is Wal-Mart’s “policy” of allowing discretion by local supervisors over employment matters. On its face, of course, that is just the opposite of a uniform employment practice that would provide the commonality needed for a class action; it is a policy against having uniform employment practices. It is also a very common and presumptively reasonable way of doing business—one that we have said “should itself raise no inference of discriminatory conduct,” *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U. S. 977, 990 (1988). To be sure, we have recognized that, “in appropriate cases,” giving discretion to lower-level supervisors can be the basis of Title VII liability under a disparate-impact theory—since “an employer’s undisciplined system of subjective decision-making (can have) precisely the same effects as a system pervaded by impermissible intentional discrimination.” *Id.*, at 990–991. But the recognition that this type of Title VII claim “can” exist does not lead to the conclusion that every employee in a company using a system of discretion has such a claim in common. To the contrary, left to their own devices most managers in any corporation—and surely most managers in a corporation that forbids sex discrimination—would select sex-neutral, performance-based criteria for hiring and promotion that produce no actionable disparity at all. Others may choose to reward various attributes that produce disparate impact—such as scores on general aptitude tests or educational achievements, see *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U. S. 424, 431–432 (1971). And still other managers may be guilty of intentional discrimination that produces a sex-based disparity. In such a company, demonstrating the invalidity of one manager’s use of discretion will do nothing to

demonstrate the invalidity of another's. A party seeking to certify a nationwide class will be unable to show that all the employees' Title VII claims will in fact depend on the answers to common questions. Respondents have not identified a common mode of exercising discretion that pervades the entire company—aside from their reliance on Dr. Bielby's social frameworks analysis that we have rejected. In a company of Wal-Mart's size and geographical scope, it is quite unbelievable that all managers would exercise their discretion in a common way without some common direction. Respondents attempt to make that showing by means of statistical and anecdotal evidence, but their evidence falls well short.

(29) Texto del fallo original: The statistical evidence consists primarily of regression analyses performed by Dr. Richard Drogin, a statistician, and Dr. Marc Bendick, a labor economist. Drogin conducted his analysis region-by-region, comparing the number of women promoted into management positions with the percentage of women in the available pool of hourly workers. After considering regional and national data, Drogin concluded that "there are statistically significant disparities between men and women a Wal-Mart . . . (and) these disparities . . . can be explained only by gender discrimination." Bendick compared work-force data from Wal-Mart and competitive retailers and concluded that Wal-Mart "promotes a lower percentage of women than its competitors." Ibid.

(30) Texto del fallo original: Even if they are taken at face value, these studies are insufficient to establish that respondents' theory can be proved on a class wide basis. In *Falcon*, we held that one named plaintiff's experience of discrimination was insufficient to infer that "discriminatory treatment is typical of the employer's employment practices." (457 U. S., at 158.) A similar failure of inference arises here. As Judge Ikuta observed in her dissent, "information about disparities at the regional and national level does not establish the existence of disparities at individual stores, let alone raise the inference that a company-wide policy of discrimination is implemented by discretionary decisions at the store and district level."

603 F. 3d, at 637. A regional pay disparity, for example, may be attributable to only a small set of Wal-Mart stores, and cannot by itself establish the uniform, store-by-store disparity upon which the plaintiffs' theory of commonality depends.

(31) Texto del fallo original: There is another, more fundamental, respect in which respondents' statistical proof fails. Even if it established (as it does not) a pay or promotion pattern that differs from the nationwide figures or the regional figures in all of Wal-Mart's 3,400 stores that would still not demonstrate that commonality of issue exists. Some managers will claim that the availability of women, or qualified women, or interested women, in their stores' area does not mirror the national or regional statistics. And almost all of them will claim to have been applying some sex-neutral, performance-based criteria—whose nature and effects will differ from store to store.

(32) Texto del fallo original: Respondents' anecdotal evidence suffers from the same defects, and in addition is too weak to raise any inference that all the individual, discretionary personnel decisions are discriminatory. In *Teamsters v. United States*, 431 U. S. 324 (1977), in addition to substantial statistical evidence of company-wide discrimination, the Government (as plaintiff) produced about 40 specific accounts of racial discrimination from particular individuals. See *id.*, at 338. That number was significant because the company involved had only 6,472 employees, of whom 571 were minorities, *id.*, at 337, and the class itself consisted of around 334 persons, *United States v. T.I.M.E.-D. C., Inc.*, 517 F. 2d 299, 308 (CA5 1975), overruled on other grounds, *Teamsters*, *supra*. The 40 anecdotes thus represented roughly one account for every eight members of the class. Moreover, the Court of Appeals noted that the anecdotes came from individuals "spread throughout" the company who "for the most part" worked at the company's operational centers that employed the largest numbers of the class members. 517 F. 2d, at 315, and n. 30. Here, by contrast, respondents filed some 120 affidavits reporting experiences of discrimination—about 1 for every 12,500 class

members—relating to only some 235 out of Wal-Mart’s 3,400 stores. 603 F. 3d, at 634 (Ikuta, J., dissenting). More than half of these reports are concentrated in only six States (Alabama, California, Florida, Missouri, Texas, and Wisconsin); half of all States have only one or two anecdotes; and 14 States have no anecdotes about Wal-Mart’s operations at all. *Id.*, at 634–635, and n. 10. Even if every single one of these accounts is true, that would not demonstrate that the entire company “operates under a general policy of discrimination,” *Falcon*, *supra*, at 159, n. 15, which is what respondents must show to certify a company wide class.⁹

(33) Texto del fallo original: In sum, we agree with Chief Judge Kozinski that the members of the class: “held a multitude of different jobs, at different levels of Wal-Mart’s hierarchy, for variable lengths of time, in 3,400 stores, sprinkled across 50 states, with a kaleidoscope of supervisors (male and female), subject to a variety of regional policies that all differed. Some thrived while others did poorly. They have little in common but their sex and this lawsuit.” 603 F. 3d, at 652 (dissenting opinion).

Las acciones de clase en el derecho comparado. Un caso reciente que hizo temblar las góndolas de un gigante: 'Dukes vs. Walmart'

por Fernando Shina

Disponible en: <https://ar.microjuris.com/>

Cita online: MJD54812

[Consultado el: 14/07/2021]

Sumario:

I. Aspectos legislativos. II. El caso 'Dukes vs. Walmart': las instancias de grado. III. El fallo definitivo de la Corte Suprema de los Estados Unidos (20 de junio de 2011).

I. Aspectos legislativos.

1. En los Estados Unidos, país líder en materia de acciones de clase, previo al inicio del pleito colectivo se requiere una certificación judicial que admita su procedencia. La Regla 23a establece la existencia de cuatro requisitos, sin los cuales ninguna "class action" procede; ellos son: a) que la clase sea tan numerosa que reunir a todos sus miembros resulte imposible; b) que el reclamo sea homogéneo para el grupo ("commonality"); c) la acción debe representar un típico reclamo de los que individualmente harían los miembros de la clase ("typicality"); d) que los representantes de la clase sean idóneos, y no tengan intereses contrapuestos (1).

2. Los presupuestos establecidos en la Rule 23a constituyen el abecé de los procesos colectivos. Nuestra propia Corte Suprema sigue a rajatabla esas pautas del derecho americano. Tanto es así que en el

caso "Halabi" le dedica prácticamente la totalidad del consid. 17 a explicar (de hecho traducir) la Regla 23a (2).

3. Los elementos principales de una acción colectiva están contenidos en los tres primeros incisos de la norma extranjera. Veamos. A partir de la existencia de un grupo numeroso, se organiza todo el colectivo. Así, la numerosidad de la clase potencia el sentido de comunidad, y la posibilidad de que una misma causa, fáctica o jurídica, afecte a todo el grupo. Luego, la existencia de un grupo afectado por una causa única incrementa la noción de tipicidad de los reclamos, pues mayoritariamente los padecimientos de cada uno de los miembros del colectivo serán similares, o típicos, dado que proceden de una causa común de afectación.

En cuanto al grupo o clase propiamente dicha, su existencia se constituye de dos maneras; a saber: a) la vinculación que la clase tiene puede ser fáctica, es decir, determinada por los hechos; b) el grupo se puede formar a partir de la existencia de una norma jurídica (norma legal en sentido amplio) o de un contrato. Entre los autores nacionales, Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO se ha ocupado de este tema con mucho acierto y profundidad. Cito al autor:

«(La demanda colectiva intenta proteger a un grupo). En el caso de derechos individuales homogéneos, por lo general, los miembros del grupo (están unidos entre sí o respecto del demandado por una cuestión de hecho o de derecho), es decir, por un acontecimiento, una sucesión de acontecimientos fácticos o (por una relación jurídica). Cuando se trata de acciones colectivas de consumidores por derechos individuales homogéneos, existe una relación jurídica -de consumo- entre cada uno de los miembros de la clase y el demandado. La relación de cada uno de los miembros del grupo con el demandado es similar, de las mismas características, ello permite que el reclamo sea planteado de forma colectiva. (La causa u origen es común, se ven afectados por la misma situación o relación jurídica respecto del demandado)» (énfasis añadido) (3).

Esta reflexión, que comparto, incluye a todos los recaudos que la Regla 23a le impone a la procedencia de la acciones de clase: numerosidad, tipicidad y causa única de afectación.

II. El caso 'dukes vs. Walmart'. Las instancias de grado.

1. El caso 'Dukes vs. Walmart' (4) es un claro ejemplo de lo que significa luchar por una certificación de una clase. En 'Dukes' se debatió la discriminación laboral que sufren las trabajadoras de la megatienda. Ellas alegan que son discriminadas tanto a la hora de repartir ascensos como capacitaciones laborales y salarios. Básicamente dicen que sus promociones demoran más que las de los varones; asimismo, invocan que la cadena de supermercados promueve una idea corporativa y estereotipada de los roles masculino y femenino, concediendo ventajas a los varones (5). Por su parte Walmart niega que Betty Dukes y sus compañeras sean víctimas de discriminación y explica los sucesos indicando que Betty es una trabajadora indisciplinada. En ese decisorio se analizaron con mucha profundidad todos los requisitos establecidos en la Regla 23a. Quiero desde ya advertir al lector que el caso ya fue resuelto de manera definitiva por la Corte Suprema de los Estados Unidos en un fallo reciente (20 de junio de 2011). La resolución del Tribunal Supremo fue opuesta al criterio sostenido en esta instancia de apelación. Al finalizar este trabajo, también se analizará el veredicto de la Corte. No obstante, a efectos de seguir una cronología del caso, voy a presentar los argumentos y defensas de las partes en las instancias anteriores al aludido fallo definitivo de la Corte. Fue una batalla larguísima en la cual las partes hicieron jugar todos los principios aplicables a los procesos colectivos.

2. Como antes señalara, para que proceda una acción de clase es necesario que se acrediten elementos fácticos y jurídicos que sean comunes (homogéneos) a todas las personas que integran la clase; en este caso, se debía acreditar que la discriminación corporativa consistía en una práctica sistemática, que actuaba como la real causa única de afectación en perjuicio de todas las trabajadoras de WM. Al

referirse a este elemento, que en inglés se denomina "commonality", el tribunal señala que para tratar esta cuestión es preciso realizar un análisis cualitativo antes que uno cuantitativo, explicando que alcanza con demostrar la existencia de un solo elemento común de discriminación contra toda una clase para que la acción sea procedente en los términos de la Regla 23 inc. 2. Pero su ausencia hace desaparecer la esencia del proceso colectivo (6).

3. En este punto, el veredicto que comento indica que los actores han probado que la compañía lleva adelante un política comercial en la que destacan: a) una excesiva subjetividad en la toma de decisiones referidas al trato del personal; b) un fuerte estereotipo de género; c) una cultura corporativa excesivamente fuerte; d) evidencias de disparidad en el trato al personal, referidas a su condición de género. Para el tribunal, todas estas cuestiones constituyen una práctica discriminatoria que afecta a las mujeres al momento de ser promovidas a nuevos puestos de ascenso.

4. Asimismo, se sostiene que los actores aportaron pruebas referidas a la integración de la clase. Las evidencias son de diversa índole, y pueden clasificarse como: a) periciales; b) estadísticas y c) testimoniales. Por un lado, acreditaron que esas políticas laborales eran comunes a todas las sucursales que WM opera en el país. Sin embargo, y este punto será luego retomado por la Corte Suprema, esas prácticas fueron evaluadas a nivel regional, sin efectuarse un muestreo de cada sucursal. Esta circunstancia, como más adelante se verá, resultó determinante para dar vuelta este decisorio (se aclara al lector que las sucursales que hay en EE. UU. de WM son unas 3400).

A esta prueba estadística, los actores le agregaron la opinión de expertos que la corroboraron (hay un informe pericial llevado adelante por el doctor en sociología William Bielby, que merece ser leído con atención). Finalmente, hay relatos de muchos empleados (120) que indican que estas prácticas discriminatorias son conocidas y toleradas por el personal jerárquico de la compañía que normalmente

toma las decisiones relacionadas con las promociones, las capacitaciones y los ascensos (7).

5. El informe del Dr. William Bielby. El informe presentado por el Dr. Bielby trata de explicar cómo la clase de mujeres trabajadoras padeció discriminaciones de género por parte de WM. Según el Informe Bielby, la clave de la discriminación, en este y en todos los casos, es la creación de un modelo o estereotipo de personalidad que es declarada (dogmáticamente) con mayores aptitudes para cumplir determinadas tareas o para representar mejor a determinados valores. El sociólogo explica que estudió las prácticas comerciales desarrolladas por Walmart teniendo en cuenta los parámetros en base a los cuales la sociología considera que una práctica es discriminatoria o que, al menos, incrementa los prejuicios de género. También analiza cuáles son las conductas que tienden a minimizar esos prejuicios. En ese sentido, Bielby explica que la creación artificial de modelos de personalidad favorece el desarrollo de prejuicios que afectan la toma de decisiones. El Dr. Bielby concluye que WM desarrolla una fuerte cultura corporativa, basada en la creación de esos estereotipos. El científico remata explicando que el apego corporativo a una personalidad uniformada termina ocasionando conductas discriminatorias o prejuiciosas que afectan al género femenino al momento de tomar decisiones en materia de salarios y ascensos (8).

La Corte, como se verá luego, minuciosamente desarticula todo este informe que resultaba determinante para el éxito del planteo de la «clase».

6. La prueba estadística. El informe del Dr. Drogin. La prueba estadística también fue relevante para determinar que existe una afectación común a toda la clase, basada en la discriminación de género. El informe del consultor de parte, Dr. Richard Drogin, precisamente centra sus conclusiones en estudios estadísticos que aportó a la causa. El Dr. Drogin realizó un análisis estadístico a nivel regional, investigando la data de las cuarenta y una regiones en las que

existen establecimientos WM. Luego del estudio, el científico concluye: las disparidades de género entre los trabajadores varones y mujeres de la compañía son significativas en términos salariales y de promociones o ascensos. Esas diferencias aparecen muy extendidas en las distintas regiones en las que opera la corporación; y esa cuestión únicamente puede explicarse como una consecuencia de la discriminación en perjuicio del género femenino. Si se compara a Walmart, afirma Drogin, con sus competidores se advierte claramente que promueve un porcentaje menor de mujeres que ellos (9).

Sin embargo, WM cuestiona el informe estadístico invocando que el muestreo regional es confuso, siendo necesario que la muestra se haga sobre cada sucursal en particular. A su turno, el consultor Drogin explica que este último procedimiento investigativo daría un resultado aún más incierto. Porque es frecuente que los empleados sean cambiados de una sucursal a otra; así, el muestreo por locales resultaría menos representativo que una encuesta regional, que luego podría proyectarse al nivel nacional (10). Muchas veces, los resultados de los exámenes realizados en cada sucursal no arriban a resultados simétricos si se los compara con los mismos exámenes realizados a nivel regional. Esto se explica fácilmente porque puede ocurrir que una sucursal obtenga un «sobresaliente» no por su comportamiento sino porque el empleado es cambiado de sucursal antes de ocurrido el hecho discriminatorio. La muestra regional aborta esta estrategia. De hecho, la misma muestra realizada por el consultor de WM (sucursal por sucursal) arrojó un resultado bien distinto al presentado en el informe Drogin. Sin embargo, el tribunal actuante confió en la estadística (macro o regional) presentada por el Dr. Drogin, y desestimó el muestreo aportado por WM (micro o individual). En síntesis, este tribunal de apelaciones sostiene que a pesar de las diferencias entre uno y otro informe, no es arbitrario ni constituye un exceso de discrecionalidad del tribunal otorgar validez a la muestra presentada por la parte actora debido a su sólida base científica (11).

Veremos luego que la Corte Suprema pondera a ambos dictámenes de manera diferente, lo que resultó determinante para la suerte de este pleito.

7. Algunos relatos de otros afectados. Bajo el nombre de "anécdota evidence", se admitió como prueba para la certificación de la clase el relato de otras personas que manifestaron haber sido discriminadas por WM. Cabe aclarar que es tipo de prueba, que es una especie de testimonial anticipada, en Estados Unidos se utiliza como contrapunto de una medición estadística; sirve para corroborar en los hechos las conclusiones porcentuales aportadas por los muestreos estadísticos («cases to bolster statistical proof by bringing "the cold numbers convincingly to life"») Le dan vida a los fríos números de las estadísticas). En otras palabras: es la contraprueba de fuego que sostiene la evidencia aportada por un muestreo estadístico (12). En este asunto se tomaron 120 relatos, y todos fueron consistentes en el sentido de corroborar las conclusiones de los sondeos estadísticos. Todos afirman que reciben salarios menores que los varones que se desempeñan en las mismas posiciones, al mismo tiempo que se les niegan ascensos y promociones en una proporción superior a la que sufren los muchachos de la compañía. Los relatos afirman que en WM sienten el enrarecido clima de una fuerte cultura corporativa que incluye actos de discriminación y tolera preferencias sexistas. El tribunal de alzada, a pesar de las quejas de WM, aceptó la validez de esta prueba (13). Para esta corte de apelaciones, los actores habían alcanzado el estándar probatorio requerido por la ley. Pues aceptaron la existencia de una relación de causalidad adecuada entre las decisiones sobre ascensos y promociones al personal femenino. En otras palabras, se resolvió, nada más y nada menos que existe un elemento fáctico común que afecta a todos los miembros de la clase, cumpliéndose de esta forma el segundo, y esencial, requisito reglamentado en la Regla 23a («there are questions of law or fact common to the class») (14). Pero, como se verá luego, la Corte Suprema fue contundente al momento de evaluar estos relatos. Sostuvo que en verdad no prueban nada, dado que son irrelevantes si

se los coteja con la cantidad total de trabajadores que cumplen funciones en Walmart.

8. Como señalara más arriba, la tipicidad es otro de los requisitos básicos para que procedan las acciones colectivas. En el caso "Dukes" este tema se trató extensamente. El tribunal de apelaciones dijo que la existe la tipicidad requerida en la ley cuando el reclamo instaurado pueda ser razonablemente considerado como característico de los reclamos que conciernen a todos los miembros de la clase representada. Sin embargo, en este punto no debe confundirse tipicidad con identidad; cada interés individual es diferente uno del otro, pero ello no obsta a la configuración de una tipicidad o similitud que permita reunirlos a todos en una misma acción. Por ejemplo, el reclamo es típico de los que individualmente harían las trabajadoras de WM, sean estas contratadas por hora o pertenecientes la planta permanente de la empresa. La tipicidad no se altera por esa circunstancia. Lo que define a la tipicidad del reclamo es que todas las operarias de la WM padecen un trato discriminatorio. Por más que cada trabajador tenga una posición distinta en la empresa, la discriminación es el común denominador que une a la clase, al tiempo que «tipifica» la queja. Esa división, entre trabajadores contratados para trabajar por horas o trabajadores de planta, en todo caso puede influir en la extensión del daño padecido por unos y otros, pero no afecta la tipicidad del reclamo, que sí es representativo de toda la clase (15).

9. Finalmente, el veredicto también trató la cuestión de la representatividad apropiada que la Regla 23a exige en su inc. 4. En autos, WM objetaba que esa representación fuera válida por varios argumentos. El más destacado de ellos es que algunos de los miembros representantes eran, al mismo tiempo, parte de la clase, y gerentes o trabajadores con cargos relevantes en la toma de decisiones de la compañía. La contradicción que planteaba WM es que algunos de los miembros de la clase son -simultáneamente- víctimas y victimarios de las supuestas discriminaciones que dieron ocasión a

este pleito. Sin embargo, el tribunal tampoco compró esta defensa de la corporación.

Recordemos que la Regla 23a establece que la certificación de clase solo será concedida si los intereses de todos sus miembros son justa y apropiadamente protegidos por sus representantes. Entre otras cosas, esto significa que no debe haber ningún conflicto de intereses entre los representantes de la clase y los miembros representados. Sin embargo, el tribunal no comparte el argumento de los intereses contradictorios propuesto por WM. Para esta corte, el hecho de haber en la clase trabajadores rasos y gerentes con algún nivel de importancia en la toma de decisiones no es suficiente para determinar que entre ellos hay un conflicto de intereses; pues es posible que más allá de la posición laboral que cada trabajadora desempeñe en la compañía, unas y otras pudieron ser víctimas de la discriminación que será investigada en este asunto (16).

Como ya fuera advertido el lector, se trata este de un fallo emitido por un tribunal de apelaciones que en 2007 confirmó la certificación de la «clase». Sin embargo, el decisorio fue apelado por WM. En abril del año 2010 hubo un nuevo fallo confirmatorio de la certificación de clase. En la actualidad, el asunto ya fue resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, a favor de la cadena de supermercados.

10. La batalla judicial de los Walmart. Las idas y vueltas que el expediente tuvo por los distintos tribunales locales y federales solo se explica por tratarse la acción de clase más numerosa de la historia judicial norteamericana (la clase está integrada por más de 1,5 millones mujeres) y también por tratarse de WM, que es la cadena de supermercados minoristas más importante del mundo. Algunos números sorprenden. Mejor dicho, asombran. Los supermercados Walmart fueron fundados en 1969, o al menos a partir de ese año se los conoce con ese nombre, que es hoy es emblemático en la industria del changuito y las góndolas por el ya legendario Sam Walton, de quien se dice que invirtió en el promisorio almacén hasta sus últimos

ahorros. En la actualidad WM cuenta con alrededor de 9000 sucursales en todo el mundo, y alrededor de 3400 en EE. UU. con locales abiertos en los cincuenta estados. Entre los datos que despiertan curiosidad hay uno que también causa asombro a quienes conocen el país del Norte, y su desmesurada extensión que va de este a oeste, dejando cientos de ciudades, de todos los tamaños, al costado de autopistas anchas, por donde circulan autos y más autos: no hay ninguna ciudad, dentro del territorio de Estados Unidos, que no tenga un WM en un radio superior a los 150 km. Su cabecera central está en los Estados Unidos pero, con nombre propio u otras denominaciones, opera en quince países, entre los que destacan el Reino Unido, Brasil, Argentina, Canadá y Japón. En sus comienzos, el viejo Walton les daba trabajo a unas 1500 personas, hoy a más de dos millones. Por increíble que parezca, Walmart recibe la visita de más de 130 millones de personas por semana. En el primer año de su apertura facturó en ventas, aproximadamente, USD 45 millones. Pero en el período fiscal que concluyó en enero de 2011, su facturación superó los USD 420 billones, con ganancias aproximadas de USD 16 billones, marcando un récord de utilidades de aproximadamente el 25%. Esos números, sin duda optimistas, disminuyeron en parte las caras largas de los accionistas tras las desastrosas experiencias comerciales que sufrieron en Corea del Sur y Alemania, donde la cadena nunca llegó a ser protagonista del mercado. En Alemania el poderoso Walmart debió a cerrar todos los locales para venderlos a un grupo local. Pero lo cierto es que en pocas décadas, el almacén de don Sam se ha convertido en el comercio minorista más grande del planeta Tierra, y se ubica entre las veinte compañías más poderosas del mundo. Es uno de los principales empleadores (del sector privado) de EE. UU. y México. Muchas personalidades del mundo de la política desfilaron en su directorio, y entre los años 1985 y 1992 la mismísima Hillary Clinton desempeñó funciones allí antes de conocer las secretas alcobas de la Casa Blanca, de la mano de su esposo Bill Clinton. Pero el inocultable orgullo de los Walton no está exento de críticas y recelo de buena parte de la sociedad. Un reciente estudio realizado por el profesor Keneth Stone (Universidad de Iowa) muestra la contracara de tanto derroche de optimismo. Se estima que cada vez que se

inaugura un establecimiento de Walmart en una pequeña ciudad, en los diez años posteriores un 50% de los minoristas que en operan en esa comunidad desaparecen, imposibilitados de competir con este verdadero «mamut» de la industria supermercadista.

III. El fallo definitivo de la corte suprema de los estados unidos (20 de junio de 2011) (17)

Lector, durante todo el capítulo anterior le decía que en la actualidad el caso estaba pendiente de una resolución final del Supremo Tribunal Estadounidense, que finalmente ya aconteció. No le mentí o no lo hice intencionalmente. Digamos, simplemente, que me demoré en terminar este artículo más de lo que aconseja la prudencia abogadil, siempre atada a plazos perentorios, y que fui dominado por una cierta indiferencia ante la velocidad de Internet. Ambas cosas se pagan caras en este mundo globalizado de tribunales barriales en que se ha convertido el mundo del derecho. En resumidas cuentas, cuando estaba a punto de terminar este trabajo, la Corte Suprema de Estados Unidos se expidió sobre la certificación definitiva de la clase y, debo admitirlo, lo hizo en el sentido contrario al que yo esperaba. Le aclaro lector que el cambio de un criterio jurisprudencial, luego de haber basado todo el ensayo en una hipótesis que se derrite como un helado de frutilla que se olvida fuera de la heladera, es tan penoso como llegar tarde a una audiencia porque te quedaste encerrado en tu propia casa con la llave que no abre la puerta desde adentro. Sin embargo, voy a dedicar el final de este trabajo a desarrollar los argumentos presentados por la Corte Suprema (los argumentos de la mayoría conducida por Justice Scalia).

1. El syllabus. Los actores que integran la clase de este proceso colectivo son en la actualidad, o lo fueron en el pasado, mujeres empleadas del supermercado Walmart. Ellas han demandado a Walmart solicitando diversas indemnizaciones, tales como reintegro de diferencias salariales, y daños punitivos. Su reclamo, alegan, debe beneficiar a una clase integrada por aproximadamente un millón y medio de mujeres en todo el país. La acción fue impetrada en contra

de una supuesta discriminación de género en perjuicio de las mujeres que laboran en WM; la discriminación, según sostienen, consistió en que las decisiones sobre ascensos y promociones tomadas por los gerentes de la compañía favorecen a los empleados varones. El Tribunal del Noveno Distrito sostuvo el reclamo, afirmando que se cumplían todos los requisitos exigidos en la Regla 23a referidos a los elementos fácticos comunes a la clase, como así también que se cumplían los recaudos referidos a la tipicidad de la queja. Asimismo, sostuvo el tribunal que la acción de clase no perjudicaba el derecho de defensa de WM. Sin embargo, el veredicto que dará esta Corte Suprema no convalidará la certificación de clase dada por los tribunales que antes intervinieron en este caso (18).

2. El organigrama laboral de Walmart. El juez Scalia, autor del fallo que siguió la mayoría, rápidamente se mete a analizar la política laboral que desarrolla WM, para poder determinar si esas políticas constituyen o no actos de discriminación. Es interesante ver cómo la Corte se va alejando de los criterios jurídicos utilizados en las instancias inferiores.

Estamos frente a una de las acciones de clase más grande de la historia judicial. El tribunal del distrito y la Corte de Apelaciones han aprobado la certificación de una clase que abarca aproximadamente a un millón y medio de personas, entre empleadas actuales y que lo han sido en el pasado de la firma Walmart. Los actores le imputan al supermercado haber recibido un trato discriminatorio, contrario a nuestro ordenamiento jurídico, concretado a través de sus cuadros gerenciales. Esa discriminación consistió, según alegan, en una suerte de negativa o retardo al momento de tomar decisiones relacionadas con las promociones y los ascensos del personal femenino. Debe considerarse que en el organigrama de la empresa, Walmart deposita en sus gerentes la responsabilidad de manejar todo lo atinente a promociones, ascensos y salarios. Estas políticas, que generalmente son manejadas por los supervisores de cada local, se aplican permitiendo que esos cuadros gerenciales las lleven adelante con un gran margen de

discrecionalidad. Ello, sin perjuicio de que su accionar está supeditado a una política preestablecida por el directorio de la compañía. Sin embargo, ningún cuadro gerencial puede acceder a esas posiciones sin previamente someterse a un riguroso programa de entrenamientos que dura por lo menos un año, y que requiere para ser sorteado exitosamente que el candidato desempeñe una muy alta performance durante toda la capacitación. Los gerentes conservan gran discrecionalidad para elegir entre sus empleados a los posibles candidatos para desempeñar tareas de mayor responsabilidad. Los cargos de asistente del gerente, subgerente o jefe del local siguen la rutina descrita sin la cual ningún empleado puede acceder a los cargos mencionados (19). En sumario: para el Superior, el organigrama laboral desplegado por WM, sobre todo en lo referido a la toma de decisiones del personal, es riguroso, discrecional y subjetivo, pero no discriminatorio.

3. Las representantes de la clase. El fallo analiza detenidamente a cada una de las mujeres que representan a la clase. Se trata de mujeres que actualmente trabajan o que han trabajado en el pasado para WM.

Betty Dulkes comienza su carrera en el supermercado en 1994, desempeñándose como cajera. Pero en poco tiempo intenta su candidatura para el puesto de asistente gerencial en el área de atención al cliente. Luego de ser promovida para desempeñarse en ese departamento, comete una serie de infracciones disciplinarias, a raíz de las cuales es vuelta a sus funciones de cajera. Si bien Dukkes admite que cometió las infracciones que se le imputan, afirma que las sanciones fueron injustas y arbitrarias, dado que los trabajadores varones no son castigados de la misma forma ante las mismas faltas. También se queja de que los hombres reciben mejores salarios por idénticas tareas laborales.

La otra representante de la «megaclase», de nombre Christine Kwapnoski, ha trabajado durante casi toda su vida adulta para WM. Se ha desempeñado en diversas posiciones, llegando a ser supervisora.

Christine se queja porque un gerente de sexo masculino la retaba de mala manera frecuentemente; entre otras cosas le indicaba que su maquillaje y su vestimenta no eran adecuadas, y lo mismo hacía con otras mujeres. Pero nunca trataba de esa forma a sus compañeros varones.

La tercera mujer que integra la representación de la clase es Edith Arana. Trabajó para WM durante los años 1995-2001. Edith intentó ingresar en el programa de entrenamientos y capacitación pero sus solicitudes fueron rechazadas. Edith afirma que esas negativas se debieron a su condición de mujer. Por ese motivo, inicia una queja interna siguiendo el procedimiento que a tal efecto WM dispone para todos sus empleados. La comisión de asuntos internos le sugiere que ante la sospecha de que el supervisor es injusto en el tratamiento de sus solicitudes aplique para una posición distinta. Sin embargo, Edith no se presenta para ninguna posición. Finalmente es despedida con causa en el año 2001.

Una vez presentadas a las protagonistas, la Corte empieza a desandar el camino de la discriminación alegada. El veredicto indica que las tres mujeres no han afirmado directamente que la política de WM sea discriminatoria, sino que se han quejado de los supervisores que estaban a cargo de tomar decisiones. A ellos se les imputa la excesiva discrecionalidad para decidir sobre cuestiones referidas a promociones, salarios y ascensos. Son ellos quienes siempre deciden que los varones deben ascender, creando una seria desproporción numérica entre las mujeres y los hombres que reciben mejorías en sus puestos. Sin embargo, como para las actrices Walmart conocía y toleraba estas prácticas, también resulta responsable de lo que ellas consideran una suerte de práctica discriminatoria corporativa.

Frente a esta posición, la Corte sostiene una opinión muy crítica sobre el delicado punto de los elementos, fácticos o jurídicos, que deben ser comunes a toda la clase. Las representantes alegan que la discriminación no fue un hecho aislado, limitado a ciertas decisiones tomadas por algunos supervisores en algunas sucursales de

WM. Por el contrario, sostienen que se trata de una política discriminatoria de género emprendida por la corporación. Es decir, alegan que existe una práctica discriminatoria corporativa que viene a ser la causa fáctica común que afecta a todas las trabajadoras de WM en los Estados Unidos. El principal argumento para defender esta tesis consiste en afirmar que la fuerte cultura corporativa desplegada por Walmart incrementa los prejuicios de género en quienes deben tomar decisiones relacionadas a promociones y ascensos (20).

4. La doctrina de la Corte Suprema. Luego de esas referencias genéricas, a los hechos y a las representantes de la clase, la Corte comienza a desarrollar lo que debe verse como la doctrina que será aplicable en materia de "class actions", al menos para los próximos años. Se trata de un criterio que actúa como un límite a este tipo de procesos colectivos. Para tener una idea de la importancia de este fallo, debe comprenderse que los decisivos de la Suprema Corte de Estados Unidos al poco tiempo se convierten en una tendencia a nivel mundial que es seguida por la mayoría de los tribunales superiores de otros países; Argentina, por caso. Veamos con atención lo que dijo el tribunal.

A. Las acciones de clase constituyen una excepción al principio general que establece que los litigios son emprendidos por una persona, en su propio beneficio. Lo único que justifica dejar de lado este principio general del derecho, es que el representante de una clase sea a su vez miembro de ese grupo y comparta con el resto de sus integrantes los mismos intereses, tanto como padezca los mismos menoscabos. Como es sabido, la Regla 23a impone cuatro requisitos para la procedencia de los procesos colectivos; ellos son: a) numerosidad de la clase; b) elementos fácticos de afectación comunes a todo el grupo; c) tipicidad de los reclamos efectuados; d) representación adecuada de la clase.

El dilema central que hay que analizar en esta acción pasa por determinar la existencia de una causa fáctica de afectación común a todos los miembros, tal como lo requiere el inc. b de la Regla 23a. Es

fácil caer en confusiones frente a este concepto legal, pues prácticamente todas las demandas colectivas, que sean hábilmente presentadas, podrán invocar la existencia de ciertos elementos comunes que afectan a todos sus miembros. Pero para demostrar la existencia de una causa fáctica común se requiere mucho más que enunciaciones generales (21).

5. La causa fáctica común. Determinar esta cuestión es, sin dudas, el punto más discutido en materia de procesos colectivos. En uno de sus considerandos la Corte desarrolla una explicación que puede resultar de suma utilidad para analizar casos similares.

Se debe demostrar que los integrantes de la clase «han efectivamente» sufrido el mismo tipo de daño. No es suficiente establecer que una norma haya sido violada, y que esa violación los afectó a todos; existen muchas formas de violaciones legales. Es obvio que la simple invocación de los empleados que reclaman contra una omisión legal de la empresa no es suficiente para suponer que cada uno de ellos tendría derecho a iniciar, en concreto, un litigio contra la compañía. La causa fáctica del daño debe ser común a toda la clase, de tal manera que la solución del problema también determine la solución para todos los integrantes del grupo. Es imprescindible determinar la existencia o veracidad de este elemento fáctico común. Pues si la causa única de afectación no existe, no es viable esta acción; y si ella es veraz el problema se termina de un solo «golpe», haciendo que cesen sus efectos en perjuicio de todos los integrantes del grupo. Lo que define la necesidad de una acción de clase es la posibilidad de terminar en un solo pleito una afectación que involucra a múltiples sujetos (22).

Entiendo que este concepto desarrollado por la Corte Suprema estadounidense es central para analizar cualquier acción de clase: para analizar su procedencia, la solución que eventualmente se obtenga en la Justicia termine «de un solo golpe» con un problema que involucra a múltiples sujetos. Y para que eso suceda, la afectación debe ser común al grupo.

A. Interpretación restrictiva de la Regla 23. Otra importante cuestión que se definió en el fallo definitivo es la interpretación que los jueces deben darle a un pedido de certificación de clase. En este aspecto, la Corte Suprema estableció una interpretación rigurosa (restrictiva) para convalidar la certificación.

La Regla 23, dice el fallo, no es solamente un estándar formal que las partes deben seguir; quien pretenda obtener una «certificación de clase» deberá demostrar positivamente que ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos en esa norma. Esta Corte debe ser muy rigurosa para evaluar si efectivamente se han alcanzado los recaudos señalados por la Regla 23 (23). El estricto tratamiento de estas cuestiones preliminares es la regla general y constante en todos los litigios; pues antes de seguir adelante con ellos, es menester acreditar su viabilidad. La Regla 23 justamente alude a esas cuestiones. En este proceso, la acreditación de una causa de afectación única va mucho más allá que la invocación de los actores, referida a que Walmart actúa bajo un patrón determinado de discriminación.

Balos actores pretenden representar a una clase que, literalmente, involucra a más de un millón de personas; busca una solución judicial única que resuelva el problema de millones de empleadas de la firma. Pero, sin un elemento común que aglutine a todos esos sujetos, es imposible formular una respuesta jurisdiccional individual que les solucione el problema a todos (24).

6. Cómo determinar la causa fáctica común. Existen dos consideraciones que son bien distintas, y están muy distantes entre sí.

a) Por un lado, puede ocurrir que a un empleado se le niegue un ascenso injustamente, aun por razones de discriminación. Esta situación es, desde luego, reprochable. Pero es un hecho individual que no puede generar una queja colectiva. b) También puede ocurrir que se determine que existe «una clase» de individuos que han sufrido la misma discriminación. Este segundo caso es el que da lugar a un reclamo basado en una causa única de afectación, permitiendo que el reclamo individual pueda ser considerado un típico reclamo que

concierno a todo el grupo. Se dan entonces los requisitos fundamentales exigidos por la Regla 23a: elementos fácticos comunes y tipicidad del reclamo (25).

7. Las pruebas. El informe del Dr. Bielby. Para decidir sobre la existencia de la discriminación se requiere prueba significativa que acredite que Walmart tiene una política general de discriminación. Y esta situación está absolutamente ausente en esta causa. Por el contrario, hay constancias que indican que la corporación lleva adelante una política igualitaria, opuesta a cualquier acto discriminatorio; incluso, prevé sanciones para aquellos empleados que violen sus objetivos de igualdad de oportunidades para acceder al trabajo.

A. En esta causa, la única evidencia de que existe una política sostenida de discriminación es el testimonio dado por el consultor de parte, Dr. Bielby. En su presentación, el experto en sociología nos informa que Walmart desarrolla y sostiene una fuerte «cultura corporativa» que favorece la creación de modelos estereotipados; estos modelos, a su vez, son propensos a crear prejuicios de género. Sin embargo, cuando el estudioso fue interrogado más detenidamente no pudo determinar en qué medida la creación de esos estereotipos afectan las decisiones referidas a promociones y ascensos. ¿Acaso perjudica al 5% de los trabajadores de la compañía? ¿O el número de afectados alcanza al 95% de esa planta de empleados? El profesor no pudo dar ninguna precisión frente a estos interrogantes que son cruciales para determinar la existencia de una causa fáctica común, tanto como para determinar la tipicidad de un reclamo de clase (26).

8. La discrecionalidad de los supervisores. La única evidencia que sí pudo aportar la actora es que Walmart les concede a los supervisores discrecionalidad para decidir sobre cuestiones laborales de los empleados bajo su mando. Pero, precisamente, esa discrecionalidad que tienen los supervisores constituye el opuesto de una política uniforme de la compañía. En sumario: el hecho de que Walmart permita que los supervisores tengan discrecionalidad en la

toma de decisiones es determinante para concluir que la compañía no sigue una práctica uniforme en la materia. No existe entonces, concluye la Corte, un patrón de conducta discriminatoria, sino, en el peor de los casos, hechos aislados de discriminación.

A. En ese orden de ideas, debe recordarse que probar la existencia de una práctica habitual era indispensable para acreditar la presencia de una causa única de afectación al grupo, sin la cual toda la acción colectiva se desmorona. El hecho de que una compañía permita, y aun estimule, que sus cuadros gerenciales actúen con un amplio margen de discrecionalidad no autoriza a pensar que, por sí sola, esa característica sea suficiente para afirmar que la corporación sostenga una política uniforme de discriminación de género. Algunos supervisores privilegiarán determinadas aptitudes de los empleados, y otros considerarán distintos atributos. Quizás un supervisor tome decisiones en base a prejuicios de género, pero ello no indica que todos lo hagan ni mucho menos que la compañía sostenga un patrón de comportamiento de esa índole.

B. Por otra parte, resulta inverosímil suponer que, en una empresa de la envergadura de WM, todos los supervisores tomen decisiones basadas en el prejuicio de género, aun en contra de la política laboral de la compañía. Los actores han fallado en demostrar estas circunstancias, siendo escasas las probanzas periciales, estadísticas y testimoniales que aportaron (27).

9. La prueba estadística. Los informes del Dr. Drogin y del Dr. Bendick. El tribunal también desestimó la prueba estadística. Frente a ella tuvo una ponderación muy distinta a la que habían hecho los tribunales de grado, sobre todo fue muy crítica respecto de la validez del informe del Dr. Drogin. Porque, el análisis de este estadista siguió un método de evaluación regional y comparativa. Básicamente su estudio consistió en un análisis de las distintas regiones, que luego proyectó al nivel nacional. Luego cotejó el número de mujeres que habían logrado acceder a posiciones gerenciales, comparándola con el número de varones que habían

logrado esos puestos. Así, el experto concluyó que, estadísticamente, se comprobaron significativas disparidades entre el porcentaje de mujeres y varones que obtuvieron ascensos; asimismo, indica que esa desproporción numérica «únicamente» puede explicarse por la existencia de un patrón de discriminación de género. El otro especialista presentado por la actora, el Dr. Bendick, llegó a similares conclusiones que su colega; pero, en el caso de Bendick, el estudio comparativo no fue efectuado entre las sucursales de Walmart sino entre sus competidores. El Dr. Bendick también afirma que WM ostenta un porcentaje inferior al de sus competidores en el récord de mujeres premiadas con ascensos (28).

A. Estos informes, a pesar de las oposiciones de WM, fueron sostenidos por los tribunales de apelaciones que intervinieron antes que la Corte. Todos esos tribunales los consideraron aceptables para determinar la existencia de una clase, porque más allá de sus conclusiones, el procedimiento científico que siguieron fue aceptable. La Corte, sin desautorizar los informes ni juzgando su valía técnica, los declaró ineficaces para probar los requisitos que la Regla 23a les impone a quienes pretender certificar una clase. El argumento refractario que utilizó la Corte siguió en sintonía con lo que venía sosteniendo al analizar las pruebas anteriores. La eventual discriminación sufrida por una de las representantes de la clase es insuficiente para inferir, a partir de esa experiencia individual, que exista un patrón de discriminación que pueda ser considerado «típico» del proceder de Walmart, o que exista un patrón generalizado de discriminación. La desproporción porcentual de ascensos y promociones, entre ambos géneros de empleados, y que fuera comprobada en base a un estudio hecho a nivel regional, y luego nacional, no es eficiente para establecer que ese mismo porcentual adverso guardara simetría con el régimen de ascensos y promociones de las sucursales analizadas individualmente. Los estudios regionales, aún siendo ciertos, solo prueban lo acontecido en un pequeño grupo de locales, sin que pueda deducirse de esta conclusión parcial que toda la compañía sigue un patrón segregacionista de género (29).

A mi entender, este fue uno de los argumentos más ganadores de WM, que siempre se opuso a la estadística regional-nacional, solicitando la incorporación de muestreos que indiquen qué sucede en cada establecimiento.

B. Pero, la Corte entiende que hay todavía una cuestión más importante para reprocharle a los informes estadísticos. Aún en el caso de que estos pudieran determinar un patrón discriminatorio en materia de promociones y ascensos en cada uno de los 3400 locales Walmart (circunstancia que, como ya fuera dicho, no pudieron lograr), esa condición no sería tampoco suficiente para certificar la clase o para dar por aprobado el requisito referido a los elementos fácticos o jurídicos comunes a todo el grupo. El organigrama de toma de decisiones seguido por la compañía, como fuera señalado, reposa sobre cierta discrecionalidad delegada en los supervisores. De esta forma, cada supervisor que decide una promoción podrá decir que en la tienda bajo su control, la disponibilidad de mujeres, o su capacidad laboral o, incluso, su interés por lograr ascensos difiere a las cifras que arrojan los estudios a nivel regional o nacional. Por tanto, esos muestreos no pueden ser considerados suficientes para certificar una clase (30).

10. La prueba testimonial. También la Corte desestima la prueba aportada por testimonios que relatan haber sido víctimas de discriminación por Walmart. Esta prueba adolece los mismos defectos que las analizadas anteriormente; pero además, es demasiado débil para permitir que esta Corte determine que todas las decisiones tomadas por los supervisores de WM fueron discriminatorias.

A. Se recibieron 120 relatos que aludían a hechos de discriminación; si se considera el número de la clase representada (1,5 millones de operarios), la muestra arroja un resultado de un hecho discriminatorio por cada 125.000 trabajadores, referidos a 254 sucursales de las 3400 que existen en el país. Más de la mitad de esos reportes tuvieron ocasión en solamente seis estados; y en la mitad de esas provincias, solamente se registraron uno o dos episodios. En

catorce estados no se registró ni un solo caso de discriminación. Aun considerando que todos los testimonios fueran verídicos, esa muestra sería ineficiente para demostrar que toda la compañía sigue una práctica habitual de discriminación de género; y justamente era eso lo que debía ser demostrado (31).

B. Para cerrar toda chance a la ansiada certificación, la Corte cita la opinión dada en minoría por un juez de apelaciones que intervino oportunamente en este litigio. El juez Kozinsky había dicho:

«En verdad la clase formada por los trabajadores de Walmart es enorme; incluye una verdadera multitud, con diferentes niveles de mando dentro del orden jerárquico de la compañía; todos tienen una antigüedad distinta; además, trabajan en distintas sucursales de las 3400 que integran la cadena en el país; están sujetos a políticas regionales diferentes, llevadas adelante por diversos supervisores, tanto de sexo masculino como femenino; algunos son brillantes empleados, otros demuestran muy bajos rendimientos laborales. En resumen, esta clase tiene muy poco en común; únicamente comparten el sexo, y este juicio» (32).

C. Así termina un pleito que duró una década. Queda en el aire, sin embargo, una duda que no puedo disipar. Y difícilmente pueda hacerlo. Ella surge de reflexionar acerca de que seguramente no ha de ser fácil, para ningún tribunal supremo del mundo, y mucho menos para el de los Estados Unidos, establecer en un veredicto que el principal empleador del sector privado de su país sigue, en sus prácticas laborales, un patrón de discriminación de género.

Referencias Bibliográficas

(1) Federal Rules of Civil Procedure: Rule 23a. Class Actions. Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: 1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, 2) there are

questions of law or fact common to the class, 3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and 4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(2) Texto del fallo: 17) Que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos. Al respecto, en lo que aquí interesa resulta ilustrativo traer a colación que en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del Bill of Peace del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las "class actions" cuya definición conceptual quedó plasmada en las Federal Rules of Civil Procedure de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las Federal Rules de 1966. La Regla 23 de ese ordenamiento determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuándo: 1) la clase es tan numerosa que la actuación es impracticable; 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase; 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de la demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente...

(3) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel. Sobre la homogeneidad y la delimitación de la clase en las acciones colectivas de los consumidores, *Microjuris*, 12 de noviembre de 2009, MJD4430.

(4) "Betty Dukes et al. vs. Walmart Inc.", United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 11/12/2007.

(5) Texto del fallo original: Plaintiffs' Third Amended Complaint, brought on behalf of six named plaintiffs and all others similarly situated, asserts claims against Walmart for sex discrimination under

Title VII of the 1964 Civil Rights Act. Plaintiffs allege that women employed in Walmart stores: 1) are paid less than men in comparable positions, despite having higher performance ratings and greater seniority, and 2) receive fewer -and wait longer for- promotions to in-store management positions than men. Plaintiffs contend that Walmart's strong, centralized structure fosters or facilitates gender stereotyping and discrimination, that the policies and practices underlying this discriminatory treatment are consistent throughout Walmart stores, and that this discrimination is common to all women who work or have worked in Walmart stores.

(6) Texto del fallo original: The commonality test is qualitative rather than quantitative -one significant issue common to the class may be sufficient to warrant certification. See e.g., *Savino v. Computer Credit, Inc.*, 173 F.R.D. 346, 352 (E.D.N.Y. 1997), *aff'd*, 164 F.3d 81 (2d Cir. 1998); see also 1 Newberg on Class Actions § 3:10 at 272-74. As the district court properly noted, "plaintiffs may demonstrate commonality by showing that class members have shared legal issues by divergent facts or that they share a common core of facts but base their claims for relief on different legal theories." *Dukes I*, 222 F.R.D. at 145 (citing *Hanlon*, 150 F.3d at 1019) (...) Plaintiffs have exceeded the permissive and minimal burden of establishing commonality by providing: 1) significant evidence of company-wide corporate practices and policies, which include a) excessive subjectivity in personnel decisions, b) gender stereotyping, and c) maintenance of a strong corporate culture; 2) statistical evidence of gender disparities caused by discrimination; and 3) anecdotal evidence of gender bias. Together, this evidence raises an inference that Walmart engages in discriminatory practices in compensation and promotion that affect all plaintiffs in a common manner.

(7) Texto del fallo original: Plaintiffs presented four categories of evidence: 1) facts supporting the existence of company-wide policies and practices; 2) expert opinions supporting the existence of company-wide policies and practices; and 3) expert statistical evidence of class-wide gender disparities attributable to discrimination; and 4)

anecdotal evidence from class members around the country of discriminatory attitudes held or tolerated by management. See *Dukes I*, 222 F.R.D. at 145. Walmart contends that this evidence is not sufficient to raise an inference of discrimination.

(8) Texto del fallo original: Dr. Bielby testified that by employing a "social framework analysis", he examined the distinctive features of Walmart's policies and practices and evaluated them "against what social science shows to be factors that create and sustain bias and those that minimize bias". In Dr. Bielby's opinion, "social science research demonstrates that gender stereotypes are especially likely to influence personnel decisions when they are based on subjective factors, because substantial decision maker discretion tends to allow people to 'seek out and retain stereotyping-confirming information and ignore or minimize information that defies stereotypes'". *Dukes I*, 222 F.R.D. at 154. Dr. Bielby concluded: 1) that Walmart's centralized coordination, reinforced by a strong organizational culture, sustains uniformity in personnel policy and practice; 2) that there are significant deficiencies in Walmart's equal employment policies and practices; and 3) that Walmart's personnel policies and practices make pay and promotion decisions vulnerable to gender bias. See *id.*

(9) Texto del fallo original: Statistical Evidence: It is well-established that commonality may be established by raising an inference of class-wide discrimination through the use of statistical analysis. See *Caridad*, 191 F.3d at 292, overruled on other grounds by *In re IPO*, 471 F.3d at 39-42; see also *Stastny v. S. Bell Tel. & Tel. Co.*, 628 F.2d 267, 278 (4th Cir. 1980) (recognizing that statistical data showing comparable disparities experienced by protected employees may raise an inference of a policy or practice of discrimination). Dr. Richard Drogin, Plaintiffs' statistician, analyzed data at a regional level. He ran separate regression analyses for each of the forty-one regions containing Walmart stores. He concluded that "there are statistically significant disparities between men and women at Walmart in terms of compensation and promotions, that these disparities are wide-spread across regions, and that they can be explained only by gender

discrimination" Dukes I, 222 F.R.D. at 154. Dr. Marc Bendick, Plaintiffs' labor economics expert, conducted a "benchmarking" study comparing Walmart with twenty of its competitors and concluded that Walmart promotes a smaller percentage of women than its competitors. See *id.*

(10) Texto del fallo original: Here, Dr. Drogin explained that a store-by-store analysis would not capture: 1) the effect of district, regional, and company-wide control over Walmart's uniform compensation policies and procedures; 2) the dissemination of Walmart's uniform compensation policies and procedures resulting from the frequent movement of store managers; or 3) Walmart's strong corporate culture. Because Dr. Drogin provided a reasonable explanation for conducting his research at the regional level, the district court did not abuse its discretion when it credited Dr. Drogin's analysis and concluded that his analysis supported Plaintiffs' contention that Walmart's corporate structure and policies led to a "pattern or practice" of discrimination.

(11) Texto del fallo original: Because the district court reasonably concluded that Dr. Drogin's regional analysis was probative and based on well established scientific principles, because Walmart provided little or no proper legal or factual challenge to it, and because the district court was within its discretion when it found that Dr. Hayworth's evidence -which was stricken for failing to satisfy the standards of Federal Rules of Evidence 702 and 70310- did not undermine or contradict Dr. Drogin's evidence (as Walmart insisted), the district court did not abuse its discretion when it relied on Dr. Drogin's use and interpretation of statistical data as a valid component of its commonality analysis.

(12) Texto del fallo original: Circumstantial and anecdotal evidence of discrimination is commonly used in Title VII "pattern and practice" cases to bolster statistical proof by bringing "the cold numbers convincingly to life." *Int'l Bhd. of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 339 (1977); see also *Rudebusch*, 313 F.3d at 517. Walmart

contends that the district court erred by concluding that the anecdotal evidence, presented by Plaintiffs in the form of 120 declarations, supported a finding of commonality. 11 Walmart maintains that the declarations depict a handful of "widely divergent" events that cannot be deemed probative or representative of discrimination in pay or management track promotions.

(13) Texto del fallo original: In their declarations, the potential class members testified to being paid less than similarly situated men, being denied or delayed in receiving promotions in a disproportionate manner when compared with similarly situated men, working in an atmosphere with a strong corporate culture of discrimination, and being subjected to various individual sexist acts. The district court credited this evidence.

(14) Texto del fallo original: Plaintiffs produced substantial evidence of Walmart's centralized company culture and policies, see *Dukes I*, 222 F.R.D. at 151-54, thus providing a nexus between the subjective decision-making and the considerable statistical evidence demonstrating a pattern of discriminatory pay and promotions for female employees, see *id.* at 154-65; see also *Reid v. Lockheed Martin Aeronautics Co.*, 205 F.R.D. 655, 670-72 (N.D. Ga. 2001) (recognizing that subjective decision-making may give rise to an inference of discrimination where there is evidence to provide a nexus between the subjective decision-making and discrimination). Therefore, for the reasons stated above, we find that the district court did not abuse its discretion when it held that Walmart's subjective decision-making policy raises an inference of discrimination, and provides support for Plaintiffs' contention that commonality exists among possible class members.

(15) Texto del fallo original: Rule 23a3 requires that "the claims or defences of the representative parties be typical of the claims or defences of the class." Fed. R. Civ. P. 23(a)(3). We stated in *Hanlon* that "under the rule's permissive standards, representative claims are 'typical' if they are reasonably coextensive with those of absent class

members; they need not be substantially identical" 150 F.3d at 1020. Some degree of individuality is to be expected in all cases, but that specificity does not necessarily defeat typicality. See *Staton*, 327 F.3d at 957. Typicality requires that the named plaintiffs be members of the class they represent. See *Falcon*, 457 U.S. at 156. There is no dispute that the class representatives are "typical" of the hourly class members, because almost all of the class representatives hold hourly positions. Instead, Walmart contends that the class representatives are not typical of all female in store managers because only one of six class representative holds a salaried management position, and she holds a somewhat low-level position. However, because all female employees faced the same alleged discrimination, the lack of a class representative for each management category does not undermine Plaintiffs' certification goal. See *Hartman v. Duffey*, 19 F.3d 1459, 1471 (D.C. Cir. 1994) (recognizing that an employee can challenge discrimination in "different job categories where the primary practices used to discriminate in the different categories are themselves similar. While it may be prudent to have the class divided into sub-classes represented by a named plaintiff from each of the differing job categories, it would not be necessary to the validity of the class certification to do so."); *Paxton v. Union Nat'l Bank*, 688 F.2d 552, 562 (8th Cir. 1982) (holding that "typicality is not defeated because of the varied promotional opportunities at issue, or the differing qualifications of plaintiffs and class members").

(16) Texto del fallo original: Rule 23a4 permits certification of a class action only if "the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class." Fed. R. Civ. P. 23(a)(4). This factor requires: 1) that the proposed representative Plaintiffs do not have conflicts of interest with the proposed class, and 2) that Plaintiffs are represented by qualified and competent counsel. See *Hanlon*, 150 F.3d at 1020; see also *Molski*, 318 F.3d at 955. Before the district court, Walmart argued that Plaintiffs cannot satisfy this factor because of a conflict of interest between female in-store managers who are both plaintiff class members and decision-making agents of Walmart. Relying on *Staton*, the district court recognized that courts need not

deny certification of an employment class simply because the class includes both supervisory and non-supervisory employees. See *Dukes I*, 222 F.R.D. at 168; see also *Staton*, 327 F.3d at 958-59. We agree. Finally, because Walmart does not challenge the district court's finding that Plaintiffs' class representatives and counsel are adequate, we need not analyze this factor.

(17) "*Walmart Stores, Inc. v. Dukes et al.*", certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit N° 10-277, Argued 29/3/2011. Decided 20/6/2011.

(18) Texto del fallo original: Respondents, current or former employees of petitioner Walmart, sought judgment against the company for injunctive and declaratory relief, punitive damages, and backpay, on behalf of themselves and a nationwide class of some 1.5 million female employees, because of Walmart's alleged discrimination against women in violation of Title VII of the Civil Rights Act of 1964. They claim that local managers exercise their discretion over pay and promotions disproportionately in favour of men, which has an unlawful disparate impact on female employees; and that Walmart's refusal to cabin its managers' authority amounts to disparate treatment. The District Court certified the class, finding that respondents satisfied Federal Rule of Civil Procedure 23(a), and Rule 23(b)(2)'s requirement of showing that "the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole". The Ninth Circuit substantially affirmed, concluding, *inter alia*, that respondents met Rule 23(a)(2)'s commonality requirement and that their backpay claims could be certified as part of a (b)(2) class because those claims did not predominate over the declaratory and injunctive relief requests. It also ruled that the class action could be manageably tried without depriving Walmart of its right to present its statutory defences if the District Court selected a random set of claims for valuation and then extrapolated the validity and value of the untested claims from the

sample set. Held: 1. The certification of the plaintiff class was not consistent with Rule 23(a). Pp. 8-20.

(19) Texto del fallo original: We are presented with one of the most expansive class actions ever. The District Court and the Court of Appeals approved the certification of a class comprising about one and a half million plaintiffs, current and former female employees of petitioner Walmart who allege that the discretion exercised by their local supervisors over pay and promotion matters violates Title VII by discriminating against women. In addition to injunctive and declaratory relief, the plaintiffs seek an award of backpay. We consider whether the certification of the plaintiff class was consistent with Federal Rules of Civil Procedure 23(a) and (b) (2). Petitioner Walmart is the Nation's largest private employer. It operates four types of retail stores through-out the country: Discount Stores, Supercenters, Neighbourhood Markets, and Sam's Clubs. Those stores are divided into seven nationwide divisions, which in turn comprise 41 regions of 80 to 85 stores apiece. Each store has between 40 and 53 separate departments and 80 to 500 staff positions. In all, Walmart operates approximately 3,400 stores and employs more than one million people. Pay and promotion decisions at Walmart are generally committed to local managers' broad discretion, which is exercised "in a largely subjective manner." (222 F. R. D. 137, 145 ND Cal. 2004) Local store managers may increase the wages of hourly employees (within limits) with only limited corporate oversight. As for salaried employees, such as store managers and their deputies, higher corporate authorities have discretion to set their pay with-in pre-established ranges. Promotions work in a similar fashion. Walmart permits store managers to apply their own subjective criteria when selecting candidates as "support managers," which is the first step on the path to management. Admission to Walmart's management training program, however, does require that a candidate meet certain objective criteria, including an above-average performance rating, at least one year's tenure in the applicant's current position, and a willingness to relocate. But except for those requirements, regional and district managers have discretion to use their own judgment when

selecting candidates for management training. Promotion to higher office -e.g., assistant manager, co-manager, or store manager -is similarly at the discretion of the employee's superiors after prescribed objective factors are satisfied.

(20) Texto del fallo original: The named plaintiffs in this lawsuit, representing the 1.5 million members of the certified class, are three current or former Walmart employees who allege that the company discriminated against them on the basis of their sex by denying them equal pay or promotions, in violation of Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 78 Stat. 253, as amended, 42 U. S. C. §2000e-1 et seq.1 Betty Dukes began working at a Pittsburgh, California, Walmart in 1994. She started as a cashier, but later sought and received a promotion to customer service manager. After a series of disciplinary violations, however, Dukes was demoted back to cashier and then to greeter. Dukes concedes she violated company policy, but contends that the disciplinary actions were in fact retaliation for invoking internal complaint procedures and that male employees have not been disciplined for similar infractions. Dukes also claims two male greeters in the Pittsburgh store are paid more than she is. Christine Kwapnoski has worked at Sam's Club stores in Missouri and California for most of her adult life. She has held a number of positions, including a supervisory position. She claims that a male manager yelled at her frequently and screamed at female employees, but not at men. The manager in question "told her to 'doll up', to wear some makeup, and to dress a little better." App. 1003a. The final named plaintiff, Edith Arana, worked at a Walmart store in Duarte, California, from 1995 to 2001. In 2000, she approached the store manager on more than one occasion about management training, but was brushed off. Arana concluded she was being denied opportunity for advancement because of her sex. She initiated internal complaint procedures, whereupon she was told to apply directly to the district manager if she thought her store manager was being unfair. Arana, however, decided against that and never applied for management training again. In 2001, she was fired for failure to comply with Walmart's timekeeping policy. These plaintiffs, respondents here, do

not allege that Walmart has any express corporate policy against the advancement of women. Rather, they claim that their local managers' discretion over pay and promotions is exercised disproportionately in favour of men, leading to an unlawful disparate impact on female employees, see 42 U. S. C. §2000e-2(k). And, respondents say, because Walmart is aware of this effect, its refusal to cabin its managers' authority amounts to disparate treatment, see §2000e-2(a). Their complaint seeks injunctive and declaratory relief, punitive damages, and backpay. It does not ask for compensatory damages. Importantly for our purposes, respondents claim that the discrimination to which they have been subjected is common to all Walmart's female employees. The basic theory of their case is that a strong and uniform "corporate culture" permits bias against women to infect, perhaps subconsciously, the discretionary decision-making of each one of Walmart's thousands of managers-thereby making every woman at the company the victim of one common discriminatory practice. Respondents therefore wish to litigate the Title VII claims of all female employees at Walmart's stores in a nationwide class action.

(21) Texto del fallo original: The class action is "an exception to the usual rule that litigation is conducted by and on behalf of the individual named parties only." *Califano v. Yamasaki*, 442 U. S. 682, 700-701 (1979). In order to justify a departure from that rule, "a class representative must be part of the class and 'possess the same interest and suffer the same injury' as the class members." *East Tex. Motor Freight System, Inc. v. Rodriguez*, 431 U. S. 395, 403 (1977) (quoting *Schlesinger v. Reservists Comm. to Stop the War*, 418 U. S. 208, 216 (1974)). Rule 23(a) ensures that the named plaintiffs are appropriate representatives of the class whose claims they wish to litigate. The Rule's four requirements-numerosity, commonality, typicality, and adequate representation -"effectively "limit the class claims to those fairly encompassed by the named plaintiff's claims." *General Telephone Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147, 156 (1982) (quoting *General Telephone Co. of Northwest v. EEOC*, 446 U. S. 318, 330 (1980)). The crux of this case is commonality-the rule requiring a plaintiff to show that "there are questions of law or fact

common to the class." Rule 23(a)(2).⁵ That language is easy to misread, since "any competently crafted class complaint literally raises common 'questions.'" Nagareda, *Class Certification in the Age of Aggregate Proof*, 84 N. Y. U. L. Rev. 97, 131-132 (2009). For example: Do all of us plaintiffs indeed work for Walmart? Do our managers have discretion over pay? Is that an unlawful employment practice? What remedies should we get? Reciting these questions is not sufficient to obtain class certification.

(22) Texto del fallo original: Commonality requires the plaintiff to demonstrate that the class members "have suffered the same injury," Falcon, *supra*, at 157. This does not mean merely that they have all suffered a violation of the same provision of law. Title VII, for example, can be violated in many ways-by intentional discrimination, or by hiring and promotion criteria that result in disparate impact, and by the use of these practices on the part of many different superiors in a single company. Quite obviously, the mere claim by employees of the same company that they have suffered a Title VII injury, or even a disparate-impact Title VII injury, gives no cause to believe that all their claims can productively be litigated at once. Their claims must depend upon a common contention-for ex-ample, the assertion of discriminatory bias on the part of the same supervisor. That common contention, moreover, must be of such a nature that it is capable of class wide solution-which means that determination of its truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each one of the claims in one stroke. "What matters to class certification (...) is not the raising of common 'questions'-even in droves-but, rather the capacity of a class wide proceeding to generate common answers apt to drive the resolution of the litigation. Dissimilarities within the proposed class are what have the potential to impede the generation of common answers." Nagareda, *supra*, at 132.

(23) Texto del fallo original: Rule 23 does not set forth a mere pleading standard. A party seeking class certification must affirmatively demonstrate his compliance with the Rule-that is, he must be prepared to prove that there are in fact sufficiently numerous

parties, common questions of law or fact, etc. We recognized in *Falcon* that "sometimes it may be necessary for the court to probe behind the pleadings before coming to rest on the certification question," 457 U. S., at 160, and that certification is proper only if "the trial court is satisfied, after a rigorous analysis, that the prerequisites of Rule 23(a) have been satisfied," *id.*, at 161; see *id.*, at 160 (Actual, not presumed, conformance with Rule 23(a) remains (...) indispensable"). Frequently that "rigorous analysis" will entail some overlap with the merits of the plaintiff's underlying claim. That cannot be helped. "(T)he class determination generally involves considerations that are enmeshed in the factual and legal issues comprising the plaintiff's cause of action." *Falcon*, *supra*, at 160 (quoting *Coopers & Lybrand v. Livesay*, 437 U. S. 463, 469 (1978); some internal quotation marks omitted).

(24) Texto del fallo original: Nor is there anything unusual about that consequence: The necessity of touching aspects of the merits in order to resolve preliminary matters, e.g., jurisdiction and venue, is a familiar feature of litigation. See *Szabo v. Bridgeport Machines, Inc.*, 249 F. 3d 672, 676-677 (CA7 2001) (Easterbrook, J.). In this case, proof of commonality necessarily overlaps with respondents' merits contention that Walmart engages in a pattern or practice of discrimination. That is so because, in resolving an individual's Title VII claim, the crux of the inquiry is "the reason for a particular employment decision," *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond*, 467 U. S. 867, 876 (1984). Here respondents wish to sue about literally millions of employment decisions at once. Without some glue holding the alleged reasons for all those decisions together, it will be impossible to say that examination of all the class members' claims for relief will produce a common answer to the crucial question why was I disfavored.

(25) Texto del fallo original: This Court's opinion in *Falcon* describes how the commonality issue must be approached. There an employee who claimed that he was deliberately denied a promotion on account of race obtained certification of a class comprising all employees

wrongfully denied promotions and all applicants wrongfully denied jobs. 457 U. S., at 152. We rejected that composite class for lack of commonality and typicality, explaining: "Conceptually, there is a wide gap between (a) an individual's claim that he has been denied a promotion (or higher pay) on discriminatory grounds, and his otherwise unsupported allegation that the company has a policy of discrimination, and (b) the existence of a class of persons who have suffered the same in jury as that individual, such that the individual's claim and the class claim will share common questions of law or fact and that the individual's claim will be typical of the class claims." *Id.*, at 157-158.

(26) Texto del fallo original: The second manner of bridging the gap requires "significant proof" that Walmart "operated under a general policy of discrimination." That is entirely absent here. Walmart's announced policy forbids sex discrimination, see App. 1567a-1596a, and as the District Court recognized the company imposes penalties for denials of equal employment opportunity, 222 F. R. D., at 154. The only evidence of a "general policy of discrimination" respondents produced was the testimony of Dr. William Bielby, their sociological expert. Relying on "social framework" analysis, Bielby testified that Walmart has a "strong corporate culture," that makes it "vulnerable" to "gender bias." *Id.*, at 152. He could not, however, "determine with any specificity how regularly stereotypes play a meaningful role in employment decisions at Walmart. At his deposition (...) Dr. Bielby conceded that he could not calculate whether 0.5 percent or 95 percent of the employment decisions at Walmart might be determined by stereotyped thinking." 222 F. R. D. 189, 192 (ND Cal. 2004). The parties dispute whether Bielby's testimony even met the standards for the admission of expert testimony under Federal Rule of Evidence 702 and our *Daubert* case, see *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509.

(27) Texto del fallo original: The only corporate policy that the plaintiffs' evidence convincingly establishes is Walmart's "policy" of allowing discretion by local supervisors over employment matters. On

its face, of course, that is just the opposite of a uniform employment practice that would provide the commonality needed for a class action; it is a policy against having uniform employment practices. It is also a very common and presumptively reasonable way of doing business—one that we have said "should itself raise no inference of discriminatory conduct," *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U. S. 977, 990 (1988). To be sure, we have recognized that, "in appropriate cases," giving discretion to lower-level supervisors can be the basis of Title VII liability under a disparate-impact theory—since "an employer's undisciplined system of subjective decision-making (can have) precisely the same effects as a system pervaded by impermissible intentional discrimination." *Id.*, at 990-991. But the recognition that this type of Title VII claim "can" exist does not lead to the conclusion that every employee in a company using a system of discretion has such a claim in common. To the contrary, left to their own devices most managers in any corporation—and surely most managers in a corporation that forbids sex discrimination—would select sex-neutral, performance-based criteria for hiring and promotion that produce no actionable disparity at all. Others may choose to reward various attributes that produce disparate impact—such as scores on general aptitude tests or educational achievements, see *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U. S. 424, 431-432 (1971). And still other managers may be guilty of intentional discrimination that produces a sex-based disparity. In such a company, demonstrating the invalidity of one manager's use of discretion will do nothing to demonstrate the invalidity of another's. A party seeking to certify a nationwide class will be unable to show that all the employees' Title VII claims will in fact depend on the answers to common questions. Respondents have not identified a common mode of exercising discretion that pervades the entire company—aside from their reliance on Dr. Bielby's social frameworks analysis that we have rejected. In a company of Walmart's size and geographical scope, it is quite unbelievable that all managers would exercise their discretion in a common way without some common direction. Respondents attempt to make that showing by means of statistical and anecdotal evidence, but their evidence falls well short.

(28) Texto del fallo original: The statistical evidence consists primarily of regression analyses performed by Dr. Richard Drogin, a statistician, and Dr. Marc Bendick, a labor economist. Drogin conducted his analysis region-by-region, comparing the number of women promoted into management positions with the percentage of women in the available pool of hourly workers. After considering regional and national data, Drogin concluded that "there are statistically significant disparities between men and women a Walmart (... and) these disparities (...) can be explained only by gender discrimination." Bendick compared work-force data from Walmart and competitive retailers and concluded that Walmart "promotes a lower percentage of women than its competitors." Ibid.

(29) Texto del fallo original: Even if they are taken at face value, these studies are insufficient to establish that respondents' theory can be proved on a class wide basis. In *Falcon*, we held that one named plaintiff's experience of discrimination was insufficient to infer that "discriminatory treatment is typical of the employer's employment practices." (457 U. S., at 158.) A similar failure of inference arises here. As Judge Ikuta observed in her dissent, "information about disparities at the regional and national level does not establish the existence of disparities at individual stores, let alone raise the inference that a company-wide policy of discrimination is implemented by discretionary decisions at the store and district level." 603 F. 3d, at 637. A regional pay disparity, for example, may be attributable to only a small set of Walmart stores, and cannot by itself establish the uniform, store-by-store disparity upon which the plaintiffs' theory of commonality depends.

(30) Texto del fallo original: There is another, more fundamental, respect in which respondents' statistical proof fails. Even if it established (as it does not) a pay or promotion pattern that differs from the nationwide figures or the regional figures in all of Walmart's 3,400 stores that would still not demonstrate that commonality of issue exists. Some managers will claim that the availability of women, or qualified women, or interested women, in their stores' area does

not mirror the national or regional statistics. And almost all of them will claim to have been applying some sex-neutral, performance-based criteria-whose nature and effects will differ from store to store.

(31) Texto del fallo original: Respondents' anecdotal evidence suffers from the same defects, and in addition is too weak to raise any inference that all the individual, discretionary personnel decisions are discriminatory. In *Teamsters v. United States*, 431 U. S. 324 (1977), in addition to substantial statistical evidence of company-wide discrimination, the Government (as plaintiff) produced about 40 specific accounts of racial discrimination from particular individuals. See *id.*, at 338. The t number was significant because the company involved had only 6,472 employees, of whom 571 were minorities, *id.*, at 337, and the class itself consisted of around 334 persons, *United States v. T.I.M.E.-D. C., Inc.*, 517 F. 2d 299, 308 (CA5 1975), overruled on other grounds, *Teamsters*, *supra*. The 40 anecdotes thus represented roughly one account for every eight members of the class. Moreover, the Court of Appeals noted that the anecdotes came from individuals "spread throughout" the company who "for the most part" worked at the company's operational centers that employed the largest numbers of the class members. 517 F. 2d, at 315, and n. 30. Here, by contrast, respondents filed some 120 affidavits reporting experiences of discrimination-about 1 for every 12,500 class members-relating to only some 235 out of Walmart's 3,400 stores. 603 F. 3d, at 634 (Ikuta, J., dissenting). More than half of these reports are concentrated in only six States (Alabama, California, Florida, Missouri, Texas, and Wisconsin); half of all States have only one or two anecdotes; and 14 States have no anecdotes about Walmart's operations at all. *Id.*, at 634-635, and n. 10. Even if every single one of these accounts is true, that would not demonstrate that the entire company "operates under a general policy of discrimination," *Falcon*, *supra*, at 159, n. 15, which is what respondents must show to certify a company wide class.

(32) Texto del fallo original: In sum, we agree with Chief Judge Kozinski that the members of the class: "held a multitude of different

jobs, at different levels of Walmart's hierarchy, for variable lengths of time, in 3,400 stores, sprinkled across 50 states, with a kaleidoscope of supervisors (male and female), subject to a variety of regional policies that all differed. Some thrived while others did poorly. They have little in common but their sex and this lawsuit." 603 F. 3d, at 652 (dissenting opinion).

El deber de información en las relaciones de consumo. Primer parte

(1)

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC16F5

[Consultado el: 15/07/2021]

I. Preludio. Escribir un artículo sobre el deber de informar en las relaciones de consumo es un acto heroico; y no estoy hablando de epopeyas, sino de la proeza que hay en cada renuncia. Porque lector, estarás de acuerdo conmigo; quien, a casi veinte años de vigencia de la ley 24.240, se ponga a escribir sobre este tema, está obligado a abandonar su condición de autor, y asumir la noble tarea del distribuidor de las ideas que otros escritores, menos rezagados, han aportado bastante tiempo antes. No me excuso por el anacronismo, que elogia a la nostalgia, pero es cierto que ninguno de los buenos ensayistas nacionales omitió referirse al artículo 4° de la LDC. Ello remarca tres cuestiones que tampoco voy a eludir. La primera, es la importancia de la norma. La segunda, la oportuna intervención de la doctrinaria nacional, que hace años viene escribiendo sobre este tema. La tercera, lo admito con la falsa modestia que copia -a pérdida- al muy inmodesto Henry James (2), es mi habitual morosidad para pensar los temas importantes en el debido tiempo y la mejor forma. Bien. Superado a los tirones el vergonzoso complejo de escribir sobre lo que ya está escrito, voy a presentar las muchas ideas, y mejores reflexiones de otros autores que antes que yo abordaron el tema de la información en las relaciones de consumo.-

Lector, gracias por oírme en esta queja, tímida, pero también amarga que imita a los lucrativos remordimientos de Alioscha Karamasov. Ahora sí emprendo la sana penitencia de citar a mis

colegas en doctrina. Luego, voy a tratar de aportar algunas ideas, y un poco de Derecho comparado.-

II. La Doctrina Nacional. La recorrida de autores prestigiosos que voy a presentar en este capítulo da cuenta de lo señalado en la introducción. Empiezo por Jorge MOSSET ITURRASPE, quien con su habitual inteligencia, evita dar una definición, y apunta a la finalidad que tiene la información en el Derecho del consumidor. Y ese objetivo, no es otro que equilibrar las asimetrías de origen que existen en el binomio compuesto por quienes producen y proveen los bienes y servicios, y quienes los usan y consumen. Existen entre ellos desigualdades, inevitables, que pueden ensancharse o angostarse según sea el caudal de información que suministre quien la tiene, a quien nunca podrá tenerla. La información, que no es otra cosa que conocimiento, es el máspreciado de todos los insumos que requiere la comercialización masiva de bienes y servicios. Por eso, el Maestro MOSSET ITURRASPE bien dice “La información al transmitir conocimientos, apunta a colocar al informado en una situación parecida o semejante a la del informante, respecto del bien o servicio. Como el contrato de consumo enfrenta a un profesional con un inexperto, por vía de la información se busca ‘acercar’ a las partes en sus conocimientos, con la finalidad de lograr un cierto equilibrio en la relación” (3) No hay en este mundo ventaja más grande que la que tiene el que conoce, frente al que no conoce. Por eso es tan difícil que el poseedor de conocimiento buenamente lo comparta. Hay en la sabiduría un poder insuperable.-

La información no se brinda de manera espontánea. Por el contrario, es tan escasa la voluntad de informar, que el deber de suministrarla es una obligación impuesta a alguien y exigible por otro. Ricardo LORENZZETTI, dice con razón: “Es costumbre que el empresario oculte cierta información al consumidor, porque si la revelara podría no celebrarse el contrato” (4) En sumario: se informa porque es obligatorio hacerlo; y el incumplimiento de ese deber acarrea una sanción.-

Otro aspecto importante es que la información es un fenómeno cuyos efectos, al menos los jurídicos, se materializan en su ausencia, y aparecen en el mundo físico como fenómenos del desconocimiento. En otras palabras, es un concepto que adquiere relieve legal cuando toma la forma negativa de la ‘no información’ o la ‘desinformación.’ Además, la información tiene una proyección subjetiva y otra objetiva; sus efectos se expanden hacia las cosas y también hacia los sujetos. Así, la falta de información afecta al sujeto porque siempre es causa de confusión y error. Pero la desinformación, también se proyecta sobre las cosas o servicios que se ofrecen, al ocultar calidades defectuosas o circunstancias desfavorables del bien o servicio que se mercadea. En definitiva la frontera que propuse es falsa, porque siempre el afectado por el desconocimiento es un sujeto, pero al menos sirve para mostrar que existen diferencias entre no saber cómo usar una cosa, y no saber algo referido a la calidad intrínseca de la cosa. Es distinto no saber manejar que ignorar que la pintura del coche que se compro está adulterada, o no es de la calidad propuesta por el vendedor o el fabricante.-

LORENZETTI explica que “Desde una definición descriptiva, podríamos decir que el deber de informar alude a una conducta impuesta a alguien, a fin de que aclare a otra persona relacionada o que puede relacionarse con él aspectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro si dichos datos no se suministran” (5). El jurista con notable lucidez describe en esos pocos renglones una cuestión de suma importancia teórica; se trata del trazo familiar que emparenta, desde su génesis, al Derecho del consumidor con el Derecho civil; y al acto jurídico con el acto de consumo (que también es jurídico); y al artículo 4º LDC con el artículo 897 Cód. Civ. El discernimiento; pues de la misma manera que sin ese elemento no hay acto voluntario, sin información, o con falsa o insuficiente información, tampoco hay acto de consumo válido. El acto jurídico voluntario se vicia por la misma nulidad que afecta al acto de consumo: la falta de discernimiento. “De tal modo, debe darse suficiente cantidad de información como para

que el sujeto tenga capacidad de discernimiento libremente intencionado hacia la finalidad perseguida en el contrato...En el tramo prenegocial, la ausencia de información o su deficiencia pueden generar una aceptación viciada de error cuya consecuencia es la anulabilidad del acto (arts. 926, 927,928, 1056, Cód. Civil.”, señala acertadamente LORENZETTI. (6)

En mi labor profesional, dentro de la Dirección General de Defensa y Protección del Usuario y Consumidor de la Provincia de Chubut, en cada expediente en que nos toca analizar el artículo 4° de la LDC, destacamos la familiaridad entre el Derecho privado y el Derecho del consumidor, que es semipúblico: Anoto dos considerandos que nunca faltan en las Disposiciones: “Es indispensable que el usuario conozca esa información esencial, previa a la contratación del servicio, o su modificación; tolerar lo contrario es consentir que un servicio le sea impuesto por el proveedor, sin intervención de su voluntad en los términos del artículo 897 del Código Civil, conforme será desarrollado en el considerando que sigue (16); Que, Javier WAJNTRAUB, en su aporte a la obra que dirige el constitucionalista Daniel SABSAY, agrega algunas ideas interesantes en el sentido que vengo desarrollando en el considerando que antecede. Es que el acto jurídico, considerado como hecho humano voluntario y lícito, debe tener tres elementos sin los cuales esa voluntad constitutiva del contrato (especie del acto jurídico) queda viciada; ellos son, conforme lo establece el artículo 897 del Código Civil, el ‘discernimiento’, la ‘intención’ y la ‘libertad’. El conocimiento que, básicamente procede de la información recibida, afecta de manera directa a estos tres conceptos, porque en ausencia de un conocimiento razonable, es imposible discernir correctamente, o dirigir la intención hacia un objetivo, y –finalmente- elegir libremente entre diversas opciones la que resulte más apropiada. Resumen: sin conocimiento, que es correlato del deber de información, no hay acto jurídico voluntario y lícito. Dice WAJNTRAUB: “Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, siendo el contrato un acto jurídico, debe ser voluntario y para que esté presente dicha voluntariedad debe existir discernimiento, intención y libertad” (Daniel SABSAY,

dirección. Constitución de la Nación Argentina, T° 2. Ed. Hammurabi, año 2010, página 321). Es decir, el derecho a recibir información es de raíz constitucional, pero también está presente en toda la Teoría del Acto Jurídico. Partiendo de la norma madre, atraviesa toda la construcción dogmática de la teoría civilista. Cito un fallo que explica cómo se conjugan ambos elementos: "...el derecho de información que el artículo 4° de la Constitución Nacional reconoce al consumidor encuentra su correlato en el deber impuesto por la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 a los proveedores de bienes y servicios. La finalidad perseguida por el artículo 4° de la ley 24.240 consiste en buscar la voluntad real, consciente e informada del usuario respecto de las ventajas y desventajas de los servicios que contratan y encuentra su razón de ser en la necesidad de suministrar a aquél conocimientos de los cuales legítimamente carece, con la finalidad de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio que pretende contratar. El deber de información...configura un instrumento de tutela del consentimiento..." (CNFed. Contencioso Administrativo, sala II, 4/11/1997. Extracto del fallo tomado de SABSAY,...página 312). A mayor abundamiento, señalo que en el mismo sentido me he expido en oportunidad de resolver el trámite administrativo N° 1252 S.T.R. R. Y. L M c/ A S de T A SA. y T de A S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor. No veo, en el asunto que ahora trato, ningún motivo para modificar el criterio sentado en ese expediente. (17)" (7).-

Juan M. FARINA se refiere al deber de información en el mismo sentido: "La información prevista en el artículo 4° es obligatoria para el proveedor en todos los supuestos referidos a una relación de consumo, pues su objetivo es que el consumidor o usuario sepa en verdad qué va a adquirir, para qué sirve, cómo debe usarse o ingerirse, etc., pues de este modo podrá tomar una decisión razonable."(8) Nuevamente, la información, que se integra al conocimiento, hace razonable un acto jurídico que sin ese atributo sería irracional, viciado, nulo. Si se verifica que el proveedor no alcanzó el estándar de información que debe dar, conforme lo

establece el artículo 4° LDC, puede ser sancionado con multas que van desde el simple apercibimiento hasta la pena de \$ 5,000,000, conforme lo establece el artículo 47° LDC. La información exigida legalmente a los proveedores debe ser cierta, detallada, clara, veraz, y también gratuita. “La violación de cualquiera de estos requisitos permitirá plantear la nulidad del contrato y aplicar las sanciones previstas por esta ley, e incluso puede configurar el delito penal de estafa, sin perjuicio de las consecuencias que los artículos 520 y 521 del Cód. Civil prevén para el caso de dolo o incumplimiento malicioso.”, agrega FARINA. (9)

Waldo SOBRINO, notable jurista, y entrañable amigo, está dedicado por completo al estudio de los seguros. Una buena parte de su obra derrocha esfuerzos en la ímproba tarea de mostrarnos cómo el contrato del seguro es, básicamente, el más inseguro de los contratos. Y no es para menos, porque es bien sabido que se trata de un contrato complejo, y a medida que aumenta la dificultad de un tema, se requiere para abordarlo con éxito, más información y más conocimiento. Y por tanto, se hace más evidente aquél fenómeno de la física que explica las fuerzas de una acción y las resistencias que a ella se le oponen. En el Derecho del seguro, ese fenómeno físico puede expresarse bajo la siguiente fórmula: a mayor necesidad de conocimiento por parte del asegurado, mayor ocultamiento de la información por parte de la aseguradora. “Ello es así, dado que es muy fácil ‘esconder’ las cláusulas y condiciones que limitan los derechos de los consumidores de seguros, dentro del maremagnum de las tediosas, extensas, confusas y muchas veces incomprensibles Pólizas de seguros (que –justamente – son una invitación para que no se lean...).”(10) En los contratos de seguros, la información es una perla de inestimable valor que pocas veces (o ninguna) está al alcance del usuario. Y cuando el usuario la alcanza, siempre tarde, un siniestro que no se cubre duplica el infortunio de padecerlo, y al mismo tiempo, perder su cobertura. Dolor y quebranto completan el escenario de informaciones ocultas, y letras chicas que no se informan.-

Dice SOBRINO: “Dentro de los contratos que se comercializan en masa, entendemos que no debe haber muchos tan poco comprensibles para los consumidores, como el contrato de seguros; por ello deviene fundamental el cumplimiento del ‘deber de información’, para que el consumidor pueda otorgar un consentimiento informado.”(11). En los contratos de seguros, muchas veces (las más), lo incomprensible es un componente del negocio, como si la ignorancia fuera la materia prima de un producto valiosísimo. “En nuestro criterio, la finalidad lógica que tiene todo consumidor de seguros (es decir, sus expectativas razonables), son que si se produce un siniestro, la Aseguradora va a honrar el pago del mismo. Por tanto, consideramos como características esenciales que deben informarse al asegurado, todas aquellas cuestiones, datos, conductas, informaciones, limitaciones, exclusiones, etc., que podrían llegar a perjudicar en el cobro del siniestro.”(12). El libro cita, a modo de ejemplo, alrededor de 50 cláusulas que usualmente existen en los contratos y que normalmente son desconocidas por el usuario de esos servicios. Y no es un tema menor, porque como antes señalábamos la falta de información, está asociada al discernimiento, que a su vez limita la verdadera intencionalidad que tiene el sujeto respecto del contrato. Como bien señala Waldo: el asegurado quiere que la aseguradora lo asegure; ésa es su intención, pero al estar su discernimiento deprimido, esa intención (tan relevante para formar el contrato porque forma la basa del acto jurídico voluntario), no se materializa, o lo que viene a ser lo mismo, los efectos del contrato resultan completamente diferentes a los que el usuario esperaba (y eso violenta su intención contractual) En otras palabras: no es tan infrecuente que el asegurado no reciba el seguro de la aseguradora. Y si creen que todo esto es un juego de palabras, los invito a leer un contrato de seguros.-

Otro autor que se ha ocupado del deber de información en las relaciones de consumo es Dante RUSCONI. Su aporte me interesó porque acierta en describir cómo la información (el conocimiento) tiene un costo y, por lo tanto, gran incidencia en la rentabilidad final de un negocio. En breve: el conocimiento cuesta plata, y la

desinformación asegura rédito. “La información, ya lo dijimos, es el factor que mayor influencia posee en el desequilibrio existente entre proveedores y consumidores. Quien posee el conocimiento sobre el bien en torno al cual las partes de la relación de consumo se vinculan o cuenta con los medios que le permitan acceder a ese conocimiento claramente está en posición ventajosa. Esa supremacía podrá ser utilizada en contra del consumidor de distintas maneras: abaratando los costos de producción mediante el empleo de materias primas de calidad deficiente, disminuyendo las cargas obligacionales mediante contrataciones inequitativas, evitando brindar detalles de los procesos de producción o materias primas, trasladando los riesgos al consumidor, a terceros o a la comunidad toda.”. (13). El subrayado es propio y procura destacar aún más las formas de rentabilidad asociadas a la información ausente. Hagamos un poco de retórica. Lector, ¿estás seguro de que las bujías que recién le pusiste a tu auto alemán, son de ese mismo origen?; ¿el juguito de naranja, que se mezcla con el olor del primer café mañanero y promete un optimismo casi místico, tiene tanto cítrico como insinúa el intenso color del líquido?; ¿Si el supermercado no se hace responsable por el robo del CD de mi auto, para qué lleno el changuito con mercaderías que luego meto en el baúl de ese mismo auto que ellos se niegan a cuidar?; si la prestadora médica me aumenta el precio de la cuota a los 60 años, ¿para qué le adelanté de joven el precio de los servicios que iba a necesitar de viejo? (En otro trabajo me ocupé de este tema particular).(14) Comprar un teléfono celular es una sencilla operación que normalmente demora unos 20 minutos; sin embargo, la lectura completa del contrato de adhesión, que te vincula con la empresa prestadora del servicio de telefonía móvil, te lleva (Lo sé por experiencia propia, forzada por mi labor profesional y no por la obsesión, o quizás por ambas) unas cuatro horas, al cabo de las cuales puedes decir, sin pena ni reproche: no entendí nada. Aproximadamente 20 millones de argentinos firman, cada vez que compran un envidiable teléfono de miniatura, cláusulas – liliputienses - que dicen cosas como “Asimismo, declaro conocer que la cobertura puede variar según el equipo utilizado, terreno y condiciones atmosféricas y que la misma puede verse afectada por el

desplazamiento, reubicación o desmantelamiento de elementos de infraestructura de la red de telecomunicaciones por razones de índole técnica o por decisión de la autoridad competente . Igualmente, y por la propia naturaleza del servicio, tomo conocimiento y acepto que XX no garantiza la prestación del SCM (Servicio de comunicaciones) de manera ininterrumpida, ni será responsable respecto de ningún cliente, usuario o tercero, por errores técnicos, omisiones e interrupciones técnicas, demores y errores en la transmisión, defectos o fallas del equipo terminal, defectos, errores o fallas en las redes o equipo de terceros operadores que intervengan en la comunicación o cualquier causa técnica incluida la falta de transmisión.” Te ayudo a traducir brutalmente esta cláusula, que podría quedar enunciada así: Una vez que compraste el teléfono, si anda mal, lo siento mucho.-

En síntesis, la desinformación se traduce en rentabilidad, como bien decía RUSCONI, cuando se utilizan materias primas deficientes, cuando el proveedor se desobliga, y cuando traslada los riesgos hacia los consumidores. El quid de todo negocio es ese, trasladar a la otra parte, los riesgos asociados que necesariamente tiene cada emprendimiento; el quid del Derecho del consumidor es – precisamente - prohibir esas mudanzas. Y, nuevamente, la física de la acción y la reacción es desafiada.-

Fulvio SANTARELLI, se refiere a otro punto importante relacionado con deber de informar: el aspecto temporal de esta obligación. Es decir, desde cuando existe la obligación de informar, y hasta cuando perdura ese compromiso en cabeza del deudor. “El deber de información pesa sobre el proveedor de bienes y servicios desde que oferta sus productos al mercado, y en cada oportunidad de contacto con sus potenciales compradores está la exigencia de información; la cual adquiere diversas funciones; en efecto, en la etapa precontractual el objetivo es que el consumidor preste un consentimiento esclarecido, es decir que su elección sea el fruto de un discernimiento de diversos elementos. Superada la etapa de elección, se requiere información para la ejecución del contrato; si bien esta

distinción dista de ser nítida es útil para explicar los diferentes contenidos que deben presidir al deber de información” (15)

Naturalmente, durante el período precontractual, la demanda de información es más intensa, dado que el propio consumidor, la requiere en el mismo punto de venta antes de comprar el producto o suscribir el servicio. No obstante, finalizada esa etapa, la necesidad de mantener informado al acerca de las modalidades, se mantiene. En definitiva, hay obligación de informar antes de formalizar el contrato de consumo, y también durante la ejecución del mismo. Pero también comparto con SANTARELLI, que es incierto precisar cuándo termina la información contractual, y en qué momento comienza la que se debe una vez perfeccionado el contrato. Propongo un ejemplo. Supongamos que un usuario suscribe un servicio de televisión por cable, y durante la ejecución de ese contrato el operador decide, unilateralmente, cambios en su grilla de su programación; así, deja de transmitir el noticiero del canal Crónica TV, y lo reemplaza por el informativo que ofrece el canal TN. Entiendo que ese cambio, no informado, sería violatorio del artículo 4° de la LDC, además de una infracción al artículo 19° de la citada ley. En mi opinión, se estaría frente a una modificación que afecta las características esenciales del servicio (ver artículo 4° LDC). No es difícil conjeturar que el usuario de televisión por cable pondera especialmente qué canales emite cada una de las empresas que comercializan este servicio. Y lo mismo podría decirse respecto de un consumidor fanático de los deportes, que pasa horas mirando todo tipo de acrobacias en la network televisiva de la ESPN, y de repente el operador cambia esos programas, y pone en su lugar una emisión que, durante las 24 horas del día, transmite ofertas culturales. La línea editorial de cada uno de esos shows es tan diversa que es razonable pensar que el público, de uno y otro, no quiere ser forzado a cambiar su favoritismo, sea ideológico o de formato, o de contenido, o de entretenimiento. Es improbable que quien se deleite con las fintas del ‘Pulga Messi’, o con la guapeza del ‘Acero Cali’, bajándole los humos al ‘Ninja’, o con la raqueta inolvidable de Jimbo Connors, o con Carlitos Tévez dando reportajes en inglés, o con Delpo, ‘La Torre de Tandil, recuperado de

su lesión en la muñeca, prefiera ver a Michael Foucault despotricando contra el partido comunista francés de los sesenta, o a Cortázar, imbatible galán, enseñando cómo la literatura favorece las conquistas amorosas más impensables, o al pobre Borges atormentado por las preguntas de un periodista, o a un pobre periodista, atormentado por las irreverencias de Salvador Dalí; o cuando la naturaleza nos asombra con la existencia de cierta clase de hormiga obrera que vive en algunas regiones de África, y de la cual se infieren cualidades solidarias dignas de repetición en la creación humana. En fin, la libertad de expresión, cualquiera sea el enfoque que el lector quiera asignarle, atraviesa también a las relaciones de consumo. De ahí la importancia que tiene la moderación, y sentido republicano, de aquéllos líderes domésticos que tengan la enorme responsabilidad de manejar el control remoto de la tele. Y ni que hablar, cuando es el proveedor del servicio de cable quien elige la programación... unilateralmente. Veamos lo que dijo la jurisprudencia en un caso real, no tan distante de la parodia propuesta. En la causa Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Tandil,(16) un tribunal de alzada de Mar del Plata resolvió: “Advierto que la publicidad efectuada por la empresa accionante, destinada a ofrecer a un número indeterminado de potenciales clientes sus servicios de televisión por cable, da a entender que, contratando tal prestación con Cablevisión S.A., el usuario podría ver el campeonato mundial de fútbol 2006 celebrado en Alemania a través de la señal del canal “TyC Sports”, con las ventajas que ello debería representar, principalmente, en lo que hace a calidad de la señal recibida. Tal es la interpretación que, frente a las expresiones “mundial” y “míralo por Cablevisión”, podría razonablemente atribuirse al público receptor medio del mentado aviso publicitario, desde que el común de las personas, en el contexto temporal del referido torneo internacional, cuando usa la palabra “mundial” lo hace en referencia al campeonato en sí, el cual se integra con una sucesión de partidos que culmina con la selección de un campeón y, de igual manera, cuando en lenguaje coloquial se habla de “mirar el mundial”, el común de las personas entiende que se está haciendo referencia a ver una o más de esas disputas deportivas.” El fallo pondera la importancia que en las relaciones de consumo tiene la información, y su estrecha relación con

la Buena Fe, postulada como principio general del Derecho a partir del artículo 1198 del Código Civil: “Es en la relación de consumo donde la regla de buena fe subjetiva (creencia) –art. 1198 “in fine” del Código Civil- permitirá trazar el modo como debe ser una publicidad a la hora de lanzar un producto o servicio al mercado, por cuanto la información se erige en un elemento esencial entre las prestaciones indispensables para la concreción de un contrato. La comunicación del proveedor al consumidor debe ser apropiada a la idiosincrasia, cultura, sentimientos del sujeto a quien va dirigida; su lenguaje debe ser todo lo claro y preciso que requiera su nivel de aprehensión y que le permita tomar la decisión libre de aceptar el producto o servicio o de rechazarlo.” El veredicto también examina la cuestión de la información, y su estrecha relación con el discernimiento, como elemento esencial para que se integre un acto jurídico válido: “No me pasa inadvertido que en el imaginario colectivo la tecnología e infraestructura que caracterizan a las empresas dedicadas a la emisión de televisión por cable –principalmente en materia de transmisión de eventos deportivos- representan una ventaja ponderable por los consumidores a la hora de comparar con la transmisión de los tradicionales canales de aire, determinante –por cierto- a la hora de decidir la contratación de la provisión de aquel servicio. En tal sentido, la información brindada por la actora en su pauta publicitaria carece de los datos necesarios para hacer saber al potencial usuario que la transmisión de los partidos que conformaban el evento de referencia, en caso de contratar los servicios onerosos de la empresa, en gran parte, no diferiría de aquella que, de otro modo, el mismo consumidor bien podría recibir gratuitamente a través de los canales de aire –con las eventuales deficiencias que ello pudiera importar.”

Flavio LOWENROSEN, al tratar en su obra el tema del *Ius Variandi* contractual en las relaciones de consumo, aporta claridad y muchos ejemplos de cómo la jurisprudencia sancionó esas modificaciones unilaterales. El autor explica: “Permitir al proveedor que modifique las condiciones del contrato, lo posiciona en una manifiesta situación de superioridad...La inestabilidad jurídica, cuando el proveedor está autorizado a modificar unilateralmente el

contrato en curso, pasa a ser regla y el derecho del usuario, a ser objeto de trato estable, se debilita. Toda decisión que faculta al proveedor a alterar las condiciones de un contrato en curso afecta: (a) La seguridad jurídica; (b) La intangibilidad de los derechos de los usuarios; (c) La voluntad genuina del usuario; (d) La libertad de opción del usuario.”(17) El autor conjuga muy acertadamente el concepto de acto voluntario y su insoluble vinculación con el ejercicio moderado del ‘ius variandi contractual’ en las relaciones de consumo: “Por ejemplo, suele ocurrir que las empresas prestadoras de servicio de Televisión por Cable captan clientes usuarios ofreciendo diversos canales que son atractivos, y luego, súbitamente, dejan de transmitir esas señales. Este ius variandi afecta el derecho del usuario, es un contrato con una voluntad viciada, pues de haber sabido que al poco tiempo se iba a suspender la transmisión de esos canales, es muy probable que no hubiese decidido contratar ese servicio”.(18)

Pero cierro este punto, referido a las modificaciones del servicio y su vinculación con la información debida a los usuarios con otra reflexión de SANTARELLI. Tiene razón el autor al señalar que es el propio proveedor quien mejor conoce qué cosas son esenciales para su clientela, y cómo debe informarlas. Por eso, es razonable que cargue con las consecuencias de aquello que no informó, sabiendo que es información era esencial para su clientela. “Ahora bien, para cumplir adecuadamente con el deber de informar es menester atender al estado de información que el proveedor presume que su mercado tiene. De modo de no caer en obviedades informativas que nada agregan, ni en omisiones perjudiciales. Y esta exigencia del conocimiento del mercado no es exagerada, habida cuenta que es en virtud de tal circunstancia que al profesional se le reconoce su superioridad: quien actúa en el marco de una actividad industrial o comercial conoce de antemano el caudal de información medio de su cliente; y en esta circunstancia radica el éxito de su gestión, constituyendo un riesgo propio de su actividad el cabal conocimiento de su mercado.”(19)Exacto. Y me permito integrar la reflexión de Fulvio, con el ejemplo que había propuesto. Si un operador de televisión por cable sabe que su contrato para distribuir la señal de

ESPN está por expirar, y conoce a la perfección la preferencia de su clientela, le caben dos posibilidades. Una, extremar los esfuerzos para lograr que ese acuerdo sea renovado, otra, informarle a su público que en poco tiempo se acaban los partidos de fútbol europeo. En ambos casos, el riesgo es empresario. En la primera hipótesis, asume el que radica en no lograr renovar el acuerdo (y omitir informar a su clientela sobre la pronta expiración de las transmisiones de la señal deportiva). En la otra, porque habiendo informado esa circunstancia su clientela, debe soportar que una parte de ella migró hacia otra compañía, poniendo en peligro su continuidad en el negocio. En eso consiste el riesgo empresario: optimizar la prestación que ofrece, o padecer las consecuencias de un éxodo de sus clientes. Nadie dijo que manejar empresas sea sencillo, pero las violaciones a la ley no pueden ser el atajo para atemperar los riesgos inherentes al desarrollo empresario.-

Desde la economía estas cuestiones tienen explicación. Horacio SPECTOR reflexiona: “En la teoría económica se supone que las personas toman decisiones maximizando la diferencia entre beneficios y costos determinados por sus preferencias (subjetivas) y las circunstancias en las que actúan. Cuando una persona tiene información perfecta sobre los resultados que tendrán dos opciones, elegirá entre ellas considerando sólo la utilidad de esos resultados ponderada desde su punto de vista. Sin embargo, en la práctica es raro que las personas dispongan de ese tipo de información; frecuentemente deben tomar decisiones sobre la base de información imperfecta, que a lo sumo indica la probabilidad de que se produzca un cierto resultado.”(20) He ahí el nudo de la cuestión: el proveedor debe lograr una información perfecta de cuáles son sus riesgos, y tomar una decisión acorde a ellos, en función de los beneficios que espera recibir; pero esa contingencia de error (que surge de la información imperfecta), entre la tasación de los costos y los beneficios de un resultado hipotético, que es propia del mundo de los negocios, no puede ser trasladada al usuario. En otras palabras: o contrata la señal deportiva para distribuirla entre sus clientes, o asume la fuga de una parte de sus parroquianos. Y toma esta decisión en base a un análisis de costos (que paga) y beneficios (que colecta).

Pero lo que no puede hacer es bajar sus riesgos, mudándolos a piacere; eso mismo significaría alterar su oferta televisiva y, al mismo tiempo, rechazar los reclamos de sus clientes. Esto engendraría una forma de capitalismo distorsionado en la que el empresario nunca pierde, sea porque conserva sus transmisiones, o porque rechaza los reclamos, evitando pagar multas e indemnizaciones. Anula el riesgo. Lo deroga. La ley de Defensa de los Consumidores corrige prácticas capitalistas desviadas. Y hacer un acertado análisis económico del derecho es cada vez más necesario.-

Finalmente, el límite al deber de información está dado por los denominados hechos notorios; es decir, aquellos cuyo conocimiento se presume, interpretando un saber medio. Ese saber es inexcusable, y está exento de protección. Javier WAJNTRAUB se refiere a las cosas que no necesitan ser informadas, por cuanto su sola presencia en el mundo se explica en sí misma. “En relación a dicha cuestión es interesante el caso de aquellos productos que tienen identidad que es acreditadamente reconocida por el público, lo que podría hacer innecesaria una mayor clarificación al respecto, aunque no nos estamos refiriendo a las características esenciales de los mismos, ya que dichos datos son una clara exigencia legal.”(21) Como ejemplo, el autor propone un envase de aceite comestible, claramente distinguible de otros aceites que no lo son. Sin embargo, esa distinción notoria no exime el deber de que cada uno de los aceites comestibles tengan la información necesaria referida a su composición (oliva, maíz; girasol, mezcla, etc.). Nadie confunde una lata de aceite industrial, con el envase del aceite que se usa para preparar ensaladas. Pero sí puede confundirse, y por tanto, es necesario informar acerca de si ese aceite es de girasol o de oliva. En el capítulo que sigue voy a presentar algunos fallos que limitan el derecho absoluto a la información.-

Referencias Bibliográficas:

- (1) Este artículo consta de 3 partes
- (2) Henry James. (1816 – 1916) Escritor genial. Nació en New York. Entre sus obras destacan “Otra vuelta de Tuerca; El retrato de una Dama; Los Bostonianos; Dasy Miller, Los papeles de Aspen; El discípulo. Y más de cien relatos cortos. Sus libros se consiguen fácilmente.
- (3) Jorge MOSSET ITURRASPE – Javier WAJNTRAUB. Ley de Defensa del Consumidor. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010, página 20.
- (4) Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 207.
- (5) Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 205.
- (6) Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 206 y 207.
- (7) Causa N° 1410/2009 S.T.R. I. G. E c/ ADVANCE SPEEDY DE TELEFÓNICA ARGENTINA S.A... s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor. Disposición N° 109/2010, del 3 de diciembre de 2010. Fdo. Dra. Silvina DAVIESBORDENAVE y Dr. Fernando E. SHINA.
- (8) Juan M FARINA. Consumidores. 4ª edición. Ed. Astrea, año 2008, página 161.
- (9) Juan M FARINA. Consumidores. 4ª edición. Ed. Astrea, año 2008, página 161.
- (10) Waldo SOBRINO. Consumidores de Seguros. Ed. La Ley, año 2009, página 270.

(11) Waldo SOBRINO. Consumidores de Seguros. Ed. La Ley, año 2009, página 243.

(12) Waldo SOBRINO. Consumidores de Seguros. Ed. La Ley, año 2009, página 243.

(13) Dante RUSCONI. Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2010, página 71.

(14) “(1) La rentabilidad de la empresa, medida en un período de tiempo X, describe una curva que va de mayor a menor: la organización tiene más rédito económico al inicio de la relación contractual. Pero, sin embargo, esta ventaja inicial se va equilibrando a medida que pasa el tiempo; finalmente, hacia el fin de la relación contractual, se describe una drástica reducción de la utilidad empresaria, por la mayor demanda de servicios que el afiliado requiere en su edad madura. (2) Esta utilidad marginal inversa (de mayor a menor), obedece a que el afiliado, al inicio de la relación, ahorra más para el organizador que lo que consume como usuario de prestaciones médicas. (3) Si bien la curva de utilidad es una tasa de riesgo (¿alea?) empresario, es susceptible de ser calculada realizando sencillas cuentas actuariales. Es decir, lector, que: al momento de suscribir el contrato con el adherente, el organizador ya conoce el pronóstico de su rentabilidad futura, y la asegura fijando el precio que entiende provechoso para obligarse a cumplir su prestación. (4) El precio que establece al inicio de la relación contractual, y que predispone sin negociación con el adherente, contempla todos los efectos y consecuencias de la utilidad marginal inversa. (5) Por su parte, el afiliado sabe que va a usar más medicina cuando envejezca. (6) Por regla, también económica, en la vejez el individuo tiene menor capacidad productiva; es decir, colecta menos dinero por el fruto de su actividad, y normalmente debe gastar - parte o todo - lo que pudo acumular en sus años más productivos. Por eso, bien decía el siempre lúcido Lorencita “...que ambas curvas se cruzan en un momento conflictivo, en el que la demanda del paciente aumenta y la empresa

tiende a frenarla o reformular el vínculo.” Es este el dramático quid de la cuestión: el conflicto entre una demanda de la piedad humana, y la impiadosa respuesta de la economía, también humana. El derecho debe resolver la tensión de ambas pasiones.” (Fernando E. Shina. El aumento de precios por edad avanzada. Un enfoque económico de la cuestión. Fuente, (elDial.com - DC14D5). Diciembre de 2010).

(15) Fulvio SANTARELLI en PICASSO – VÁZQUEZFERREYRA. Ley de Defensa del Consumidor T° 1. Ed. La Ley, año 2009, página 66.

(16) Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Tandil Cam. Apelac. Contencioso Administrativo Mar Del Plata, del 30/09/2010. Fuente: (elDial.com - AA64D6)

(17) Flavio LOWENROSEN. Derecho del Consumidor T°1. Ediciones Jurídicas, año 2008, página 293 y 294.

(18) Flavio LOWENROSEN. Derecho del Consumidor T°1. Ediciones Jurídicas, año 2008, página 293 y 294.

(19) Fulvio SANTARELLI en PICASSO – VÁZQUEZ FERREYRA. Ley de Defensa del Consumidor T° 1. Ed. La Ley, año 2009, página 69.

(20) Horacio SPECTOR. Elementos de Análisis Económico del Derecho. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2004, página 17.

(21) Javier WAJNTRAUB, en MOSETT ITURRASPE – WAJNTRAUB Ley de Defensa del Consumidor. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010, página 73.

El deber de información en las relaciones de consumo. Segunda parte

(1)

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC173

[Consultado el: 15/07/2021]

III. Jurisprudencia Nacional. Toca ahora hacer una recorrida por los tribunales para ver cómo la justicia nacional aplica los criterios para establecer la obligación de informar.-

(A) Banco Patagonia S.A. c/ GCBA (Marzo de 2011) (2) Este primer caso que anoto toca un aspecto interesante relativo al deber de informar que, sin embargo, no he tratado en los capítulos que preceden. Se trata de la prueba, o mejor dicho, de las cargas probatorias y su aplicación en las relaciones de consumo. El artículo 53° LDC expresamente pone en cabeza de los proveedores, una obligación de colaborar con el esclarecimiento de los hechos debatidos en la causa. En los hechos, esta colaboración forzada por la ley, se traduce en una carga probatoria pesada para los proveedores, pues si no la cumplen sencillamente pierden el juicio o reciben la penalidad de la multa que fije la administración, según sea la sede del debate. Sin embargo, ese deber de colaboración, que aumenta la actividad probatoria exigida a una de las partes (los proveedores) no se traduce en una dispensa total de las cargas propias que se le corresponden al actor del pleito, o denunciante de la causa administrativa. Además, el hecho de que las cargas probatorias en la LDC estén moderadamente invertidas no significa que el proveedor no pueda alcanzar la exigencia, y así eximirse de responsabilidad. Por el contrario, las más de las veces es la única parte que puede alcanzar el nivel probatorio necesario para esclarecer los hechos denunciados.

En definitiva, presento el caso porque es interesante ver cómo funcionan todos los novedosos principios incorporados por la ley 24.240, sin lesionar ninguna garantía constitucional. Veamos qué dijo el Tribunal de Apelaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-

“Corresponde revocar la resolución dictada por la Administración en cuanto impuso a la actora una sanción pecuniaria, por infracción al art. 4º de la ley n° 24240 -que consagra el deber de informar al usuario-, toda vez que de la prueba aportada a la causa por la recurrente, en particular de la cinta de grabación de donde surge la conversación mantenida con el denunciante, se desprende de modo inequívoco que la entidad bancaria informó sobre distintos aspectos del producto. En tal sentido, el banco informó el monto de la tasa fija anual, el capital, los intereses, el seguro por saldo deudor y, por último, el valor de cada una de las cuotas. En sentido concordante, el mismo usuario reconoció en el escrito de denuncia que la entidad bancaria brindó la información por él requerida. Sin embargo, la Administración imputó la infracción al deber de información sin haber ponderado la prueba ofrecida por la parte actora. Ahora bien, de la prueba aportada a la causa por la recurrente, en particular de la cinta de grabación de donde surge la conversación mantenida con el denunciante, se desprende de modo inequívoco que la entidad bancaria informó sobre distintos aspectos del producto. En tal sentido, el banco informó el monto de la tasa fija anual, el capital, los intereses, el seguro por saldo deudor y, por último, el valor de cada una de las cuotas. En este estado es preciso destacar que, en sentido concordante, el mismo usuario reconoció en el escrito de denuncia que la entidad bancaria brindó la información por él requerida. En consecuencia, la resolución dictada por la Autoridad de Aplicación se encuentra viciada en la causa por cuanto la Administración ha prescindido de una prueba decisiva para su dictado. En igual sentido, la falta de ponderación de la prueba ofrecida viola el debido proceso adjetivo...”

(B) Y. L. M. c/ Advance Speedy de Telefónica Argentina S.A.

(3) Este asunto lo traigo porque es el reverso del anterior. Es una

Disposición administrativa que dictamos desde la Dirección General de defensa del consumidor de la Provincia del Chubut. Durante el trámite del proceso, advertimos que el asunto se estaba quedando en un mero enfrentamiento de dichos de la denunciante versus los dichos de la compañía telefónica. Se decidió entonces intimar al proveedor para que acredite, mediante las grabaciones telefónicas, si las manifestaciones de la denunciante eran o no verdaderas. Hicimos uso de las facultades instructorias e intimamos a la compañía telefónica para que aportara esa prueba que nosotros estimábamos decisiva. Finalmente, la compañía no cumplió la intimación, y la sancionamos por la infracción al artículo 4º, y otros, de la LDC. La resolución fue apelada, pero resultó confirmada por la Excelentísima Cámara de Apelaciones de Trelew. El tribunal de alzada ponderó particularmente el temperamento que la Dirección General le había dado a la cuestión probatoria. En su voto, el Dr. VELÁZQUEZ dice: “La presunta infractora en su escrito de descargo no ofreció prueba alguna...La Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios, intentado esclarecer la verdad material de los hechos y en uso de sus facultades instructorias, le requirió a la empresa la presentación de la grabaciones obrantes en su poder de las comunicaciones telefónicas que con la denunciante mantuviera (fs. 55), mas tampoco en tal oportunidad la prestadora arrojó pieza alguna tendiente a acreditar su dichos, dándosele por decaído el derecho a hacerlo a fs. 56” (4) Transcribo la Disposición que dictamos en aquella oportunidad, en la parte referida a la cuestión probatoria: “Es decir, la defensa presenta los hechos de manera diferente a cómo los expusiera la queja. No obstante, esta contraposición de argumentos, y manifestaciones, propia de toda controversia, era muy sencilla de remediar. Veamos. Surge del expediente que la presunta información fallida, así como la presunta oferta incumplida, fueron hechas telefónicamente por una operadora de la denunciada. La quejosa adjuntó al expediente el número del reclamo telefónico en el que se reflejaba esa información (que en Dolavon existía el servicio de Internet prestado por ‘Speedy’). Dicho reclamo, cuya identificación era decisiva para resolver todos los dilemas propuestos en esta Disposición, lleva el número 333006067. Y fue identificado por la

actora a fojas 01. Avancemos con el desarrollo. Que, habiendo advertido la importancia de esa prueba, a fojas 55 se intima a la denunciada para que, en un plazo de diez días prorrogables por otros diez días más, acompañe al expediente la grabación, o transcripción fehaciente de ese llamado telefónico y de los otros también debidamente identificados por la usuaria. La intimación no fue contestada...Pero, adelanto, la denunciada deberá cargar con las consecuencias adversas de no haber producido esa prueba tan útil (decisiva) para esclarecer la verdad material de los hechos. Es que no puedo concluir otra cosa frente a la prueba que debía y podía haber producido Speedy; sin embargo, no la produjo en su airado descargo de fojas 47/49, ni cuando fue intimada a producirla a fojas 55...Error de la defensa. En verdad, la reflexión argumental está plagada de errores; y son todos graves. (1) Confunde ocasionar molestias con obligaciones probatorias; en simultáneo, también confunde el sujeto activo de esas obligaciones procesales. (2) En su descargo, no presenta las pruebas de las que pretende valerse para salir triunfante de esta controversia. Directamente no ofrece ni produce pruebas; (3) Valora desacertadamente los principios rectores de los procesos controvertidos, y muy particularmente los del procedimiento establecido en la ley 24.240 que tiene principios propios; tal el caso del sentado en el artículo 53° que fue transcripto en la disposición de imputación obrante a fojas 36, último considerando. (4) Sostiene argumentos insustanciales sin otro apoyo que la palabra desatinada. ...Es la denunciada la que no se tomó la molestia de producir la prueba útil para defender sus intereses. Debe asumir entonces las consecuencias de su desinterés procesal. Porque esos reclamos deben, necesariamente, estar en poder de Advance Speedy de Telefónica Argentina S.A

(C) Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica c/ DNCI (Noviembre de 2010) (5): Son tres las cuestiones que me interesan remarcar de este fallo. (i) El tribunal examina la cuestión de las cláusulas abusivas, y el deber de información y que ambas infracciones se integran. Casi por regla, las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión contienen un vicio que afecta el discernimiento

(información) del adherente. (ii) También el fallo remarca –y esto es de vital importancia– el carácter de derecho constitucional de las relaciones de consumo, de este modo tiene un carácter preferente en caso de colisión de normas o intereses. (iii) Por otro lado destaca que las infracciones a la Ley 24.240 son del tipo formal, es decir se perfeccionan por su mera comisión, sin necesidad de que la parte, o el órgano administrativo, tenga que acreditar la ocurrencia de daño alguno derivado de ellas. Veamos la parte pertinente de este decisorio. “Corresponde confirmar la disposición de la Dirección Nacional de Comercio Interior (DNCI) mediante la cual sancionó a la empresa de medicina prepagada recurrente con una multa por infracción a los arts. 4 y 37 de la ley 24240 de Defensa del Consumidor (LDC) y por contener en el instrumento denominado reglamento cláusulas o parte de ellas que debieron haber sido removidas, tuvo por no convenidas las cláusulas reseñadas y le impuso la obligación de publicar la parte dispositiva de la disposición de acuerdo a lo establecido en el art. 47 de la ley 24240, toda vez que, ante la comprobación por parte de la autoridad de aplicación de la conducta contraria a las normas que regulan este tipo de contratos, y de consuno con las facultades otorgadas a la DNCI -en especial por el art. 38 de la LDC-, debe tenerse por acreditada la configuración de las infracciones...El artículo 4º de la ley 24.240 establece que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión...La presencia de cláusulas abusivas debe ser sancionada, pues se trata de una transgresión a las normas que integran el sistema protectorio del consumidor y del usuario y, en el plano infraccional, exhiben la afectación del bien jurídico tutelado, con prescindencia del concreto perjuicio que pueda llegar a sufrir quien la suscribió o llegue a hacerlo... En primer lugar corresponde poner de relieve que la ley 24.240 ejecuta el mandato dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, que otorga como derechos de los consumidores en la relación de consumo el derecho a la salud, que

desde el punto de vista normativo, se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (Conf. artículo 75, inciso 22 de la CN)”

(D) HSBC Bank Argentina S.A. c/ GCBA (Nov. 2010) (6). Este veredicto describe un típico caso de información formal dada por un banco. Llamo información formal a la que los proveedores dan al sólo efecto de cumplir recaudos legales, sin la verdadera intención de que produzca efectos logrando que el usuario entienda las condiciones esenciales del producto financiero que está consumiendo. Las entidades financieras en general, ya sea porque los productos y servicios que ofrecen son ciertamente complejos, sea porque la desinformación y aún la ignorancia del usuario juega un papel de notable importancia en la comercialización de los productos crediticios, están a la cabeza de los proveedores sancionados por infracciones al artículo 4º, LDC. También describe como muchas veces el artículo 4º y el 19º se integran como anverso y reverso de una misma medalla. No informar adecuadamente un resumen de tarjeta de crédito ocasiona una violación al artículo 4º LDC, pero también es una deficiente prestación del servicio, conforme lo establece el artículo 19º de la LDC.-

“Corresponde confirmar la resolución dictada por la Administración, en cuanto impuso una sanción pecuniaria a la entidad bancaria, por infracción al art. 4º de la ley 24240, toda vez que la información del resumen de tarjeta de crédito además de escueta, resulta imprecisa y en ningún caso permite a los denunciantes conocer los costos que deberá abonar en forma específica y por qué motivo o alcance. Lo contrario significaría admitir que cualquier dato, por escueto que sea, es información adecuada y oportuna. En rigor, no puede afirmarse que fuera posible para los denunciantes determinar o conocer, con la debida anticipación, cuál sería el importe total a abonar de acuerdo a los distintos cargos, su alcance y costo individualizado, ni mucho menos saber sobre qué pautas calcularlo, tampoco conocer sobre la conveniencia o no de continuar con el servicio o rescindir el contrato. Puede concluirse, en consecuencia,

que los caracteres exigidos en el art. 4° veracidad, detalle, eficacia, suficiencia, oportunidad y transparencia, no se observan en el presente...Cabe confirmar la resolución dictada por la Administración, en cuanto impuso una sanción pecuniaria a la entidad bancaria, por infracción al art. 19° de la ley 24240, toda vez que no pudo acreditarse en estas actuaciones que los cargos cuestionados (gastos de otorgamiento y cobertura de vida, costos de financiamiento y cargos por gestión de cobranza) hayan sido convenidos entre los usuarios y la empresa denunciada, pues del Anexo Contrato de Tarjetas de Crédito que la firma acompañó no surge la firma de los denunciantes ni ninguna constancia de recepción por parte de aquellos, de modo que no puede de ningún modo acreditar que su contenido haya sido recibido y consensuado por los usuarios. El comportamiento posterior de los usuarios, de continuar operando con su tarjeta de crédito o de no impugnar sus resúmenes de cuenta, no subsana de ninguna manera ni modifica el hecho de que no fueron respetados los términos, las condiciones y modalidades del servicio ofrecido y convenido, habiendo sido modificados de forma unilateral por la firma comercia”

(E) Banco Hipotecario SA c/GCBA (Dic. 2004) (7) En este fallo, y de manera más concreta que en el anterior, se examina la integración del artículo 4° y 19 de la LDC.-

El art. 19 de la ley24240 establece que "quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos. ...Si el Banco no informa adecuadamente a su cliente respecto de estas cuestiones centrales, además de violar el deber de información contenido en el art. 4, está realizando una mala prestación de su servicio -pues transgrede las modalidades de su normal desenvolvimiento-, por lo que su conducta también resulta reprochable en los términos del art .19 de la ley24240.-

(F) Causa CEMIC: Información completa pero ineficaz (Marzo de 2006) (8). En esta sentencia se muestra algo de lo ya visto en el caso (D). Se trata de otro ejemplo de información completa, pero ineficaz. No es suficiente con informar para que un proveedor se desobligue; la razón de ser del artículo 4º LDC, es lograr que los usuarios y consumidores sean efectivamente informados. Por este caso habla de una información que puede ser al mismo tiempo, completa, pero ineficaz.-

Conforme surge del art. 4 de la ley 24.240, la información que se suministre a los consumidores debe ser "veraz, detallada, eficaz y suficiente". La nota cursada por la entidad en cuanto establece que a partir del siguiente mes se producirá un aumento en la cuota, sin especificar el porcentaje del mismo ni forma alguna de poder determinarlo (pues sólo establece que el fundamento es la variación en los costos del servicio por los efectos de la devaluación y las imposiciones en materia remunerativa) no puede ser considerada como una información detallada y suficiente, pues puede advertirse con facilidad que ello no permite al consumidor contar con los elementos necesarios para llevar a cabo una elección libre (en este caso, decidir si continúa o no con la contratación.). Aquel monto recién fue informado en ocasión de presentar la facturación del mes correspondiente, momento que no puede considerarse oportuno, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza del servicio de que se trata y los intereses que se encuentran en juego; siendo entonces en este caso información completa pero no eficaz

(G) Causa TransAmerican Airlines S.A. La información, el menú, y la carga de probar (Junio de 2010)(9). Otro caso donde se aplican los mismos criterios: 1) no alcanza que se informe en general a todos los usuarios (en este caso pasajeros de un transporte aéreo); 2) para eximirse de responsabilidad se requiere que haya acreditación fehaciente de que el quejoso fue efectivamente informado en los términos del artículo 4º LDC; 3) La carga probatoria recae sobre el proveedor porque es quien más capacidad tiene para suministrarla y esclarecer los hechos demandados o denunciados.-

“Cabe aplicar a la línea aérea una multa por infracción a la ley 24240 al considerar que no se informó al pasajero el valor del menú ofrecido a bordo, toda vez que la prueba arrimada por la sumariada demuestra que suministró información a las agencias que comercializan sus servicios aéreos, pero no consta en autos prueba alguna que demuestre que se ha informado al denunciante de la venta de alimentos durante el viaje... Asimismo, la Administración expresó que “la prueba aportada por la denunciada tiende a demostrar que suministró la información pero sólo a las agencias que comercializan sus servicios aéreos pero no que la misma haya sido destinada al pasajero Sr. Z...” (cfr. fs. 66)... Asimismo, de las declaraciones testimoniales surge que se ha emitido información generalizada pero no que la misma haya sido dirigida a los pasajeros en particular... Lo cierto es que a la luz de las pruebas arrimadas en autos, la empresa no logra acreditar que haya informado al denunciante sobre la modalidad del menú aéreo. En este orden de ideas, cabe señalar que, cada parte debe probar los hechos que alega como sustento de su pretensión, ya sean éstos constitutivos, impeditivos o extintivos -art. 301 del CCyT-, este criterio general se ve morigerado, a su vez, por la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas según la cual, cuando una de las partes está en mejores condiciones fácticas para producir cierta prueba vinculada a los hechos controvertidos de la causa, ésta debe soportar el onus probandi... Así cuando, por la índole de la controversia o de las constancias documentales de la causa, surge evidente que uno de los litigantes se encuentra en una posición dominante o privilegiada en relación con el material probatorio -ya sea porque se encuentra en posesión del instrumento probatorio o por el rol que desempeña en el hecho litigioso-, su deber procesal de colaboración se acentúa, al punto de atribuírsele una carga probatoria más rigurosa que a su contraparte.-

(H) Causa Fyn S.A. c/ GCBA. Información escrita o verbal, pero efectivamente informada (nov. 2009) (10). En esta sentencia se vuelve a ver que el punto importante, no es si la información fue dada formalmente por escrito; pues alcanza con que se haya dado en forma

verbal, siempre que pueda probarse que la información efectivamente fue suministrada.-

“Corresponde imponer una sanción pecuniaria a la actora por infracción al art. 4º de la ley 24240 al verificarse que los organizadores del recital retiraron las bebidas y los alimentos de las personas que ingresaban al evento, toda vez que no asiste razón a la recurrente cuando pretende eximirse de responsabilidad aduciendo que la Ley de Defensa del Consumidor no exige que la información sea suministrada necesariamente en forma escrita; ninguna prueba ha producido tendiente a acreditar que se haya brindado en forma verbal información cierta, clara y detallada, conforme lo exige la norma. Según el acta de inspección, el público era palpado y revisado al ingresar, y en esa ocasión le eran retenidos los alimentos y bebidas. Nada en la expresión de agravios sugiere que los asistentes hayan sido informados sobre esa restricción antes de que ésta les fuere aplicada...Cabe imponer una sanción pecuniaria a la actora por infracción al art. 4º de la ley 24240 al verificarse que los organizadores del recital retiraron las bebidas y los alimentos de las personas que ingresaban al evento, toda vez que la recurrente sostiene que la restricción impuesta por ella al público de ingresar al estadio con bebidas y alimentos se sustenta en razones de higiene, salubridad y seguridad; y en el interés legítimo de los vendedores gastronómicos, a quienes identifica como los principales beneficiarios de la medida. Sin embargo considero que esta línea argumental es inconducente, toda vez que la sanción impugnada no se funda en la ilegitimidad de la prohibición de ingresar al espectáculo con alimentos y bebidas, sino en la transgresión del deber de información respecto de esa circunstancia...”

IV. Conclusiones de la jurisprudencia imperante en la actualidad. De los fallos vistos, que integran una voz mayoritaria de la tendencia nacional se pueden sacar algunas conclusiones:

(1) El derecho a recibir información cierta, clara y detallada, es de rango constitucional por imperio del artículo 42º C.N.;

(2) La exigencia de información procura equilibrar las desventajas originarias entre los proveedores de bienes y servicios y quienes los usan y consumen;

(3) La desinformación vicia el acto de consumo, toda vez que afecta la voluntad del usuario o consumidor, frente al acto jurídico;

(4) Lo importante no es que la información sea completa, sino eficiente; es decir que logre su finalidad de hacer que el consumidor comprenda cabalmente las vicisitudes del acto jurídico que emprende. Se ha dicho que puede existir una información que sea completa, pero ineficaz, con lo cual no se supera la exigencia del artículo 4º, LDC;

(5) La violación al deber de información es una infracción formal al estatuto consumerista; se perfecciona por su sola comisión independientemente de que haya causado daño;

(6) La información puede darse por escrito u oralmente; lo importante es que sea eficiente para que el usuario o consumidor pueda constituir adecuadamente su discernimiento frente al acto jurídico que emprende;

(7) La información debe suministrarse en forma general a todos los potenciales usuarios o consumidores del bien o servicio, sin embargo, esta generalidad no alcanza para eximir de responsabilidad al proveedor, si éste no logra acreditar que el reclamante fue individualmente de las características esenciales del bien o del servicio ofrecido;

(8) En muchos casos, el artículo 4º y el 19º de la LDC, forman un bloque integrado de obligaciones. De tal modo que no es infrecuente que el incumplimiento del deber de informar, también implique una prestación defectuosa del servicio;

(9) Por aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, la carga de probar que la información fue efectivamente suministrada al reclamante, pesa sobre el proveedor;

(10) Las modificaciones unilaterales de las condiciones esenciales (Precio, cambios de prestación, etc.) en las que un servicio se ofrece traen aparejada una infracción al artículo 4º, sin perjuicio de la eventual concurrencia con la infracción prevista al artículo 19º de la LDC.-

Referencias Bibliográficas

(1) Puntos III y IV del Sumario.

El deber de información en las relaciones de consumo -Primer Parte- (elDial.com - DC16F5)

(2) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1-mar-2011.

Fuente: Microjuris Argentina. Cita: MJJ63914.

(3) Expediente N° 1252/2009 S.T.R. R.Y.L.M. c/ Advance Speedy de Telefónica Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor. Fdo Dra. Silvina DAVIESBORDENAVE y Dr. Fernando E. SHINA.

(4) RYLM c/ Advance Speedy de Telefónica. Expte. N° 253/2010. Cámara de Apelaciones de Trelew. Del voto del Dr. VELÁZQUEZ.

(elDial.com - AA63A3)

(5) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal - Sala II, del 18-nov-2010. Fuente: Microjuris Argentina. Cita: MJ-JU-M-60568-AR | MJJ60568 | MJJ60568

(elDial.com - AA66AE)

(6) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Sala II, 13 de

Agosto de 2010. Fuente. Microjuris Argentina. Cita: MJ-JU-M-58186-AR | MJJ58186 | MJJ58186)

(7) Expte. RDC 441 – Cámara de Apelaciones. Contencioso Administrativo. y Tributario. Sala I, del 13 de diciembre de 2004. Fuente: (elDial.com - AA27EF)

(8) CAUSA N° 1.222/2005 - DISP 920/04 EXPTE 501 - 15567/04 - CNACAF - Sala V - 01/03/2006Fuente: (elDial.com - AA3686)

(9) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Sala II, del 10 de junio de 2010. Fuente: Microjuris Argentina. Cita: MJ-JU-M-56420-AR | MJJ56420 | MJJ56420. (elDial.com - BG14D3)

(10) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Sala I, del 12 de noviembre de 2009. Fuente: Microjuris Argentina. Cita: MJ-JU-M-56671-AR | MJJ56671 | MJJ56671.

El deber de información en las relaciones de consumo. Tercera parte

(1)

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC1778

[Consultado el: 15/07/2021]

V. El deber de información en el Derecho Comparado.

La Información y la salud. Todos los países tienen leyes específicas que regulan la información que los distintos fármacos deberán tener a la vista de los consumidores. Estas leyes, son similares en casi todos los países del mundo, y tienen por finalidad prevenir (informar) al público acerca de los peligros derivados del mal uso, o el abuso de los remedios. Por eso existe la clásica división entre remedios de venta libre, o bajo receto, y aún bajo receta archivada, de acuerdo a la mayor o menor peligrosidad de las drogas que se utilizan para producirlos. Asimismo, tanto el envase como los prospectos que van dentro de las cajas de remedios deben advertir sobre los efectos colaterales que los remedios pueden producir. Toda esta información debe ser suficiente y clara para evitar poner en peligro la salud del público. Estas reglamentaciones, en líneas generales, son cumplidas por los laboratorios que producen drogas médicas. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando un laboratorio cumple con las leyes específicas que la Autoridad de Aplicación le impone y, no obstante, el remedio produce un daño? En ese caso, ¿es responsable el Estado o el propio laboratorio? ¿El laboratorio está obligado a comunicar a la autoridad de aplicación el descubrimiento de un nuevo un nuevo efecto adverso que antes se desconocía? ¿Quién será responsable si al momento de lanzarse el producto al mercado el desarrollo tecnológico de la industria no permitía conocer un peligro que luego se descubre, o si conociendo ese peligro, se ignoraba cómo prevenirlo? (En otro

trabajo me ocupé de este punto específico, donde se proponen tres soluciones posibles). (2)

El caso *Levine vs. Weyth* además de estos interrogantes, planteo un dilema aún más complicado, al incorporarse al debate una posible colisión de regulaciones federales con leyes estatales. ¿Cómo se resuelve la tensión normativa del sistema jurídico cuando una Ley Federal le impone a los laboratorios medicinales menos exigencias, en materia de envases y etiquetamientos, que una Ley Provincial? ¿El juez provincial, puede dejar de lado la aplicación de la Ley Federal y votar de acuerdo a lo prescripto por la norma local?

Como seguidamente veremos, los argumentos eximentes de los laboratorios pueden sostenerse en principios lógicos y jurídicos. En términos lógicos, si la Autoridad de Aplicación Federal obliga a un etiquetado determinado, y toda modificación debe serle informada, mal podría cumplir un laboratorio ambas exigencias si la ley Provincial difiere de la Federal. Se constituye de esta forma una paradoja del orden lógico (que fue la que dominó gran parte del veredicto que ahora les presento) que indica que es imposible cumplir una ley sin violar otra. En verdad, en el Derecho las paradojas son siempre aparentes, y más coloridas que rigurosamente ciertas; son como las metáforas de la lógica. De hecho, la Corte resolvió sin titubeos, aunque con opiniones divididas, este planteo paradójico. Por otro lado, en un Estado Republicano, las leyes Federales dictadas por el Congreso Nacional tienen primacía sobre las leyes locales. En *Levine vs. Wyeth*, el debate incluyó estas cuestiones de alto contenido constitucional. Pero como antes decía, las tensiones normativas siempre se pueden resolver, evitando que un sistema cerrado de leyes estalle. El lector podrá ver cómo la Corte resolvió la puja de leyes, haciendo que ambas sean complementarias sin que una arruine a la otra. En resumen, el Tribunal estableció que pueden coexistir ambas normas, en la medida que una actué como un piso o límite inferior que no pueda perforarse (La Ley Federal), permitiendo que el techo pueda ser 'elevado', sin que se modifique el estándar inferior. Por caso, la ley provincial no podría liberar a los laboratorios de

responsabilidades que la ley Federal les haya impuesto, pero sí puede agregarle exigencias que aquella omitió.-

El fallo fue partido, y muy peleado. De los nueve Ministros, STEVENS, (autor del voto de la mayoría), KENNEDY, SOUTER, GINSBURG, BREYER (con un voto propio) y Thomas CLEARANCE (con voto propio) llevaron el argumento de condena para el laboratorio. Los jueces ALITO, (autor del voto de disenso), ROBERTS, y SCALIA, sostuvieron que había que mantener indemne al laboratorio. Nuevamente las internas entre progresistas y conservadores del Superior americano le pusieron pimienta al debate. La puja, que también es ideológica, interviene cada vez que un caso con aristas sociales llega a la Corte. Queda para la anécdota contar que al poco tiempo de Levine vs Wyeth, el Juez SOUTER se jubiló, y su lugar fue ocupado por la Jueza Sonia María SOTOMAYOR, primera Ministra descendiente de hispanos, y tercera mujer que ocupar un trono en la Corte Suprema Nacional; resulta completamente impredecible imaginar cómo hubiera sido el resultado final de este pleito si SOTOMAYOR hubiera integrado el tribunal en esos días.-

Veamos el caso, y todos los argumentos presentados. Primero, una reseña de los hechos.-

Diana Levine, es profesora de música, reside en la ciudad de Marshfield, Estado Vermont. En abril del año 2001 Diana ingresó en un centro médico con un cuadro de migraña agudo. Allí recibió una medicación para atenuar el dolor de cabeza, y luego se le aplica una inyección intravenosa de otra droga utilizada combatir el estado nauseoso provocado por la primera medicación. Este último remedio se llama Phenergan y es fabricada por el laboratorio Wyeth.; la inyección, que aparentemente le fue aplicada en una dosis bastante alta, le provoca una gangrena que no puede detenerse. Finalmente, los médicos deciden que no queda más alternativa que la amputación del brazo derecho de la paciente. Para que el lector comprenda la banalidad de esta tragedia: Diana Levine ingresa al hospital con un

dolor de cabeza y sale sin un brazo. Desde ese día su vida es distinta, es peor. Ya no compone música, ya no puede tocar el piano, ya no puede hacer nada de lo que hacía cuando tenía el brazo que ahora le falta. ¿Fue un error del enfermero que la inyectó? ¿Fue una negligencia del laboratorio médico que fabrica el Phenergan? ¿Fue culpa de la Agencia Federal que controla el etiquetado de los remedios? A su turno, cada parte dará su respuesta interesada a cada una de estas preguntas.-

El caso *Levine v Wyeth* afecta a millones de personas que consumen remedios buscando un alivio, pero también afecta a la industria farmacológica, y a los miles de millones de dólares que hay en juego en ese enorme negocio. Esta además decir que el caso *Wyeth* fue seguido muy de cerca por las corporaciones líderes de la industria. Para ese poderoso grupo empresario era vital que continúe siendo el Estado quien se haga cargo de las eventuales indemnizaciones que haya que pagar si ocurre una desgracia. Los laboratorios ya habían ganados otros planteos semejantes, logrando quedar a salvo de los juicios que los consumidores intentaron en su contra. En Estados Unidos, con la excusa de favorecer que los laboratorios continúen sus investigaciones, y con sus inversiones millonarias, existe una controvertida ley que exime a los laboratorios de toda responsabilidad derivada de los daños padecidos por los usuarios. Si el remedio, el envase y el etiquetado de la droga son aprobados por la Agencia Federal (FDA), el laboratorio queda protegido de eventuales acciones legales. Esta ley, que en su país se la conoce como *preemption*, es muy difícil de traducir al idioma español, pero es algo parecido a un amparo o una cuestión de privilegio que se le concede a los laboratorios, siempre que hayan cumplido con las regulaciones administrativas. Sin embargo, tanto los usuarios como las asociaciones pro-consumidores nunca terminaron de digerir la norma, y siempre que pueden la desafían con un nuevo planteo legal. En otras palabras: cada vez que un veredicto, haciendo aplicación de la *preemption*, protege a los empresarios, las asociaciones pro defensa de los consumidores ponen el grito en el cielo, y un recurso extraordinario en el escritorio de la Corte Suprema. Desde hacía rato esos grupos,

que también son muy fuertes y activos, estaban esperando la oportunidad para declarar nula esa norma, que ven como un certificado de impunidad para los laboratorios. Finalmente en marzo de 2009 lo lograron.-

Levine v Wyeth (3) Cuando el producto defectuoso es un remedio.-

“Si el envase del medicamento que tomé aquel día hubiera contenido una leyenda que dijera: Bajo ninguna circunstancia este medicamento debe ser inyectado por vía intravenosa, no hubiera perdido mi brazo derecho”

Diana Levine (4) Syllabus:

(1) LA cuestión de amparo y las leyes federales. La información contenida en las etiquetas del remedio. El laboratorio Wyeth es el fabricante de una droga que interrumpe los cuadros nauseosos. El nombre de este medicamento es Phenergan. La Sra. Diana Levine, recibió una dosis inyectable por vía intravenosa de esa droga, a consecuencia de lo cual se le produjo una gangrena y un brazo debió serle amputado. La demanda contra el laboratorio porque la actora sostiene que el laboratorio no informó adecuadamente los riesgos asociados a este medicamento, al ser suministrado por vía intravenosa. En su oportunidad, el Juzgado de instancia, dictaminó que el daño no hubiera ocurrido si el laboratorio hubiera cumplido con esta exigencia de adecuada información. La indemnización cubrió el daño emergente sufrido por la actora, también consideró que, a raíz del daño padecido, la actora ya no podrá trabajar como profesor profesional de música. Asimismo, el juzgado de grado, rechazó los argumentos defensivos que se opusieron por el laboratorio, los cuales se fundaron en que el etiquetado e información contenida en el remedio era la que estrictamente le fuera requerida por la autoridad de aplicación (Federal Food & Drug Administration, en adelante FDA). Este fallo fue confirmado por el Superior Tribunal de Justicia del Estado de Vermont. La Corte Suprema mantuvo la opinión de

ambos fallos de grado. Se establece: las leyes federales no causan un amparo a favor del laboratorio frente a reclamos como el de autos, porque el etiquetado de la droga Phenergan es inadecuado, en lo referido a los peligros derivados de su aplicación intravenosa. (5)

(2) La responsabilidad primaria del laboratorio frente a la responsabilidad de la FDA: El argumento de colisión de normas propuesto por la defensa del laboratorio no puede prosperar. Aun admitiendo que los fabricantes de remedios únicamente pueden efectuar cambios en el etiquetado, luego de que esas modificaciones sean aprobadas por la FDA, los cambios que se refieran a un aumento de la información, o aquellos que sean más rigurosos en sus advertencias al público con la finalidad de hacer que el uso de la droga sea más seguro para sus consumidores, son autorizados sin aprobación previa por la FDA. El laboratorio podría haber hecho eso mismo: hacer mayores advertencias acerca de los peligros de utilizar el Phenergan por vía intravenosa, y no hay ninguna evidencia que permita suponer que la autoridad de contralor se hubiera opuesto a esta medida. El argumento de que cualquier cambio en el etiquetado sería prohibido o violatorio de leyes parte de un error conceptual que la defensa tiene respecto de la rol que la Agencia de contralor desempeña; es el propio laboratorio, y no la FDA, el principal responsable de etiquetar las drogas con toda la información requerida para lograr que sea segura para los consumidores. La propia Ley que regula las atribuciones de la FDA establece que la responsabilidad por los contenidos de la información que llevan los remedios, es del productor, y no de la Agencia Federal. (6)

(3) También debe descartarse el argumento del laboratorio Weyth en tanto que procura inducir a pensar que cumplir las reglamentaciones de un Estado provincial, que son distintas a las reglamentaciones federales, ocasionaría una colisión lesiva para las funciones del Congreso Nacional. Históricamente la FDA no ha creado amparos que inhiban la aplicación de las leyes estatales en materia de remedios; por el contrario, siempre ha sostenido que esas leyes son plenamente vigentes. El laboratorio presume, sin ninguna

razón que justifique esta conjetura, que la FDA ha establecido una reglamentación sobre el etiquetado de este medicamento que no admite variaciones aunque provengan de otras leyes estatales. A pesar de que la FDA tiene atribuciones para otorgar amparos en contra de leyes estatales, en este caso tales potestades no fueron ejercidas en la forma que lo entiende el laboratorio demandado. El criterio de la FDA ha sido, históricamente, el de considerar a las leyes estatales sobre medicamentos, no opuestas sino complementarias de sus regulaciones. No hay evidencia que permita razonar que en este caso, ese temperamento se haya modificado, según lo pretende el laboratorio. (7)

El terminante voto de la mayoría, conducido por el Juez STEVENS

(i) Un poco de información eficiente acerca de lo que el Phenergan. Phenergan es el nombre del remedio con el cual el laboratorio comercializa un antihistamínico utilizado para controlar estados de náusea. El Phenergan inyectable puede ser suministrado de tres formas diferentes. Una primera forma es por vía muscular; otra manera de suministrarlo es por la vía intravenosa. A su vez, la aplicación por las venas, puede realizarse, o bien a través de una inyección directa sobre el paciente, o también se puede aplicar mediante suero, previo entubado del paciente, para permitir que la droga ingrese al organismo por vía venosa, pero lentamente por el goteo del suero. Es una droga corrosiva que causa gangrena irreversible si entra de manera directa en el sistema arterial del paciente. Es por eso que la aplicación directa del Phenergan por vía intravenosa, ocasiona un importante riesgo de consecuencias catastróficas para el paciente que así recibe la droga. Ya el jurado actuante en el Estado de Vermont determinó que el laboratorio no había alcanzado el estándar informativo requerido por la ley para eximirse de responsabilidad; fallo en informar adecuadamente acerca de los riesgos que corría Diana Levine al recibir una aplicación intravenosa directa de la droga. Es cierto que la FDA aprobó el etiquetado de este remedio, en el año 1955, y también aprobó los

cambios realizados años más tarde. Pero la pregunta que debemos hacernos es si esas autorizaciones de la FDA eximen por completo la responsabilidad del laboratorio Weyth frente al pleito que en su contra inicia Diana Levine. La respuesta de esta Corte es negativa frente a ese dilema. (8)

(ii) No es lo mismo informar genéricamente que advertir en concreto: También se demostró en la instancia de grado que los riesgos de producir una gangrena pueden eliminarse casi por completo, aplicando la droga por medio del goteo del suero. Por el contrario, si el Phenergan se aplica a través de una inyección intravenosa, hasta el técnico más experto podría ocasionar que la droga entre directamente al sistema arterial del paciente y ocasione graves trastornos. La etiqueta del remedio traía una advertencia frente al uso de esta droga. Sugería que la aplicación de esta clase de drogas ‘irritantes’, fuera suministrada por goteo. Sin embargo, la etiqueta no traía ninguna advertencia que positivamente informara de los riesgos derivados de la aplicación intravenosa del Phenergan. En una palabra: una cosa es sugerir una forma de aplicación del Phenergan, y otras drogas genéricas, y otra es alertar acerca de los graves riesgos asociados a otra forma de recibir la droga. (9)

(iii) El factor objetivo de atribución. La colisión normativa. El Tribunal de grado ya resolvió que Wyeth fue negligente en su obrar, como así también determinó que la droga Phenergan era un producto defectuoso, debido a que la información y advertencias que la medicación contenía eran insuficientes para prevenir daños como el de autos. Asimismo, el laboratorio no logró romper el nexo causal entre los señalados defectos del producto, y el accidente padecido por la Señora Levine. En definitiva, evaluada la prueba arrimada por las partes, el Tribunal resolvió en contra de los amparos opuestos por el laboratorio. También se resolvió que no existía colisión normativa entre las reglamentaciones emanadas de la FDA. y las leyes estatales, sobre las que la actora funda su reclamo. Ello así, porque las regulaciones de la FDA., a contrario de lo sostenido por el laboratorio demandado, sí permiten que – aún sin su autorización

expresa - se modifique el etiquetado para aumentar la información a los usuarios del remedio, siempre y cuando tales modificaciones procuren hacer más claras las informaciones que reciben los usuarios, y más detalladas las indicaciones referidas a los eventuales efectos colaterales asociados a la droga. También se consideró que desde 1960 a la fecha hubo, por lo menos, otros 20 informes que reportan que otras personas también padecieron amputaciones similares a las sufridas por Diana Levine. Finalmente, también se decidió que las leyes estatales y las regulaciones emitidas por la FDA no colisionan entre sí, pues ambas tienen funciones distintas, aunque complementarias.-

Note el lector que el tipo de responsabilidad impuesta por el Tribunal Americano sigue, en este caso, el curso de un factor de atribución objetivo, por cuanto para eximirse de responsabilidad se le exigió al laboratorio que acredite la ruptura del nexo causal entre los vicios de la droga (información defectuosa) y el daño padecido por la reclamante. (10)

(iv) La culpa de un tercero por el cual no debe responder. La causa más próxima al accidente. El tribunal sostuvo que Diana Levine no hubiera padecido el accidente, si la etiqueta de la droga hubiera incluido una expresa advertencia sobre los riesgos derivados de su aplicación por la vía intravenosa. Ello así, a pesar de que hay pruebas que indican tres cuestiones importantes: (i) que la enfermera le suministró una dosis superior a la indicada en el prospecto del remedio, (ii) que es probable que, por error, haya aplicado la inyección sobre una arteria y no en la vena de Levine; (iii) que la enfermera continuó inyectando a pesar de que la paciente se quejaba por el dolor que estaba padeciendo durante la aplicación. Sin embargo, el tribunal sostuvo que la actividad de la enfermera no puede ser considerada como la causa del accidente, al punto de eximir de responsabilidad al laboratorio. La responsabilidad del laboratorio es objetiva. Además, un accidente como el padecido por Diana Levine era previsible. En suma: la causa más próxima de la amputación, no fue la actividad desplegada por la enfermera, sino la deficiente información que

contenía la droga acerca de efectos colaterales derivados de su aplicación intravenosa. Y el laboratorio, no pudo probar lo contrario. (11)

(v) Quien es responsable del deber de informar, ¿la autoridad de aplicación o el fabricante? Es cierto que a partir del año 2007, el Congreso Nacional le dio nuevas atribuciones a la FDA. Entre ellas, la de intimar a los productores de remedios para que, si es necesario, modifiquen o revisen los etiquetados de las drogas que comercializan. Pero, no obstante, el responsable último del etiquetado, y de la información ofrecida a los usuarios es el productor de la droga, y no la autoridad de aplicación, que realiza una actividad de control. Por otra parte, existe un mecanismo legal para que el productor agregue nueva información, que haga más segura la droga, sin la autorización previa de la FDA. En otras palabras: si el cambio de etiqueta tiene por finalidad que la droga sea menos riesgosa para los usuarios, el laboratorio puede actuar preventivamente, hasta que la FDA le conceda la aprobación definitiva. Ni bien el laboratorio advierte que una forma de aplicación del Phenergan podía derivar en una gangrena, tiene la obligación de resaltar esta información describiendo detalladamente en qué consistía ese riesgo. Desde luego que la FDA tiene atribuciones legales para impedir que un laboratorio realice cambios en el etiquetado y la información que suministra sobre una droga. Pero, en el caso concreto, no hay evidencias que acrediten de manera fehaciente que la FDA hubiera rechazado los cambios si el laboratorio los hubiera. Por lo tanto, esta Corte no puede concluir, tal como lo sostiene Wyeth, que le era imposible alcanzar los requisitos exigidos por la autoridad de Aplicación, y al mismo tiempo las leyes locales. Wyeth no probó que intentó hacer los cambios y que tales modificaciones fueron prohibidas por la FDA. (12)

(vi) El laboratorio sostiene que las regulaciones de la FDA sobre drogas médicas actúan como un techo, y al mismo tiempo un piso, sin que nada pueda agregarse ni quitarse sobre esas disposiciones. En otras palabras, si la autoridad de aplicación autorizó determinado etiquetado, ninguna corte estadual podría declararla

inadecuada, sin considerar siquiera la posibilidad de que una modificación haga a la droga más segura para los consumidores. El problema central de este argumento es que el objetivo del Congreso es, justamente, el contrario. Las leyes se proponen que haya menos consumidores dañados a consecuencia de productos defectuosos. El Congreso no quiso poner obstáculos a los reclamos realizados por los consumidores afligidos por tales productos. Los Estados provinciales conservan amplias facultades para proteger apropiadamente a los consumidores afectados. Las leyes estatales específicas actúan complementariamente, motivando a los productores para que sus productos sean más seguros, mediante una información más detallada. (13)

(vii) El 4 de marzo de 2009, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó el fallo del Tribunal Superior del Estado de Vermont. (14) Como lo había señalado al principio. Se trató de un fallo dividido. Los argumentos del voto de minoría son también muy buenos. Presento algunas de las reflexiones emitidas por el voto disidente. El caso dividió aguas, y se sacaron chispas.-

Opinión de la minoría guiada por el Juez Samuel ALITO.-

(1) Dilema mal formulado. De arranque, el voto dice algo así como... “este caso demuestra como las tragedias hacen malas leyes”. Lo que la Corte Suprema acaba de hacer es permitir que un Juez Provincial, y no la Autoridad Federal de Aplicación, sea quien tenga jurisdicción última para decidir qué información es la apropiada para poner en los medicamentos que se venden. La Corte equivocó el dilema que tenía que resolver en este caso. Propuso debatir acerca de si el laboratorio tenía la obligación de reforzar las advertencias con relación a los riesgos de la aplicación intravenosa del Phenergan. Pero en realidad, la pregunta correcta para resolver adecuadamente el dilema era: ¿quien tiene facultades legales para determinar qué clase de información debía poner el laboratorio Wyeth en la droga Phenergan; el Juez del Estado de Vermont, o la Autoridad Federal de Aplicación (FDA)? Ese es lo que está en juego en este pleito. Por otra parte, es

incierto cuánto debía haber aumentado el laboratorio sus advertencias para quedar a salvo de una acción de daños como ésta. La Corte Suprema no consideró que los enfermeros que asistieron a Diana Levine, omitieron seis advertencias contenidas en el etiquetado de la droga. Nada hace pensar que una séptima advertencia hubiera alcanzado para aliviar la responsabilidad del laboratorio demandado. (15)

(2) Atribuciones de la FDA. El voto cita precedentes que indican la necesidad de sostener las regulaciones emitidas por la FDA. Este organismo federal evalúa, y luego aprueba las formas y alternativas de suministrar un remedio para que éste sea seguro para los consumidores. La aplicación intravenosa estaba dentro de esas alternativas permitidas. Sin embargo, luego de aprobado el protocolo de seguridad y efectividad del remedio, un Juez estadual decide que las informaciones y advertencias contenidas en el Phenergan no eran ni adecuadas, porque su aplicación por vía intravenosa es insegura y riesgosa. El criterio seguido por la mayoría, según el cual la FDA sólo prescribe obligaciones mínimas que el productor debe alcanzar, contiene errores tanto en la apreciación de los hechos, como en la interpretación acertada del derecho. Es un error fáctico asumir que la FDA no consideró los peligros asociados a la aplicación intravenosa del Phenergan. La decisión del jurado de Vermont, ahora confirmada por la mayoría de la Corte Suprema, se aparta de precedentes y desautoriza toda la labor llevada adelante por la Agencia Federal de contralor, en materia de etiquetado, información y advertencias que los remedios deben contener. (16) La etiqueta del Phenergan fue sometida al control de la FDA desde 1950. Al menos durante los últimos 34 años el organismo focalizó sus estudios en determinar si, siguiendo las indicaciones contenidas en el etiquetado, la aplicación intravenosa era insegura. Luego de esos estudios se decidió mantener como válida, y segura a la aplicación intravenosa siempre y cuando el etiquetado del remedio contuviera rigurosas advertencias. La etiqueta del Phenergan contiene esa clase de advertencias, muchas veces resaltadas y escritas con letras mayúsculas. Esto es un hecho, y el voto

de la mayoría, equivocadamente, falló en contra de esta realidad fáctica. (17)

(3) La información contenida en el remedio era objetivamente suficiente. El desarrollo del expediente presenta tales evidencias que es completamente falso deducir que etiqueta del Phenergan no contenía la suficiente información y advertencias referidas a los riesgos asociados a su aplicación por vía intravenosa. Los reportes médicos son abundantes y precisos, autorizando la aprobación del suministro del Phenergan por inyecciones intravenosas; no puede afirmarse que la Autoridad Federal de Aplicación no haya estado atenta a todos los aspectos de esta cuestión; por el contrario siempre le prestó la mayor atención al asunto (18). La etiqueta del remedio claramente autoriza su administración por vía intravenosa; pero también aclara perfectamente que esa forma de aplicación debe ser utilizada como una última alternativa. La información aclara que la mejor forma de aplicación es la intramuscular. Solo en caso de que esta última aplicación no resulte efectiva, se sugiere el suministro por venas. Y aún en esta hipótesis se indica que es preferible que esa aplicación se realice mediante el entubamiento del paciente con un catéter y así ingresar la droga en el organismo por goteo. Finalmente, y si por el motivo que fuera, el médico elige la aplicación intravenosa directa, hay una clara advertencia, que en letra mayúscula y resaltada, dice: “SI POR ERROR SE APLICA ESTA DROGA SE LLEGAR A APLICAR EN EL SISTEMA ARTERIAL DEL PACIENTE, ÉSTE PUEDE SUFRIR UN CUADRO DE GANGRENA, SEGUIDO DE LA AMPUTACIÓN DEL MIEMBRO AFECTADO.” La droga también informa expresamente que debido a la cercanía que hay entre las venas y las arterias en donde normalmente se aplica el Phenergan, el técnico deberá extremar los recaudos para prevenir que, involuntariamente, la droga ingrese en el sistema arterial del paciente, debido a que esto podría ocasionar cuadros de gangrena y posterior amputación. (19)

(4) Fuerte alegato a favor de la Agencia Federal. Los tribunales no pueden ocupar el lugar, ni las funciones que lleva

adelante la FDA. No es infrecuente que los jueces tiendan a focalizar su atención en los casos particulares, o en los daños concretamente padecidos por un individuo, sin tener en cuenta la situación global que comprende a un universo de casos muy superior. En otras palabras: las personas que se beneficiaron con esta forma de tratamiento de la droga no están representadas en la voz de este fallo de la Corte Suprema. Por el contrario, los jueces sólo ven solamente a los individuos que se perjudicaron con la droga. La Agencia Federal tiene una visión más general. Sus resoluciones deben considerar los intereses de todos los potenciales consumidores y usuarios de la droga. Este organismo Nacional, debe decidir las advertencias e informaciones que los medicamentos deben llevar en su etiquetado, conduciendo en su voz, la de toda la comunidad médica; sin entrar en debates con cada uno de los jueces de los cincuenta Estados. Este veredicto permite la situación opuesta, y cada juez podrá libremente contradecir la opinión experta de esta Agencia Federal. (20)

(5) Sin siquiera entrar a considerar los motivos por los cuales la FDA no contraindicó el uso intravenoso del Phenergan, resulta cuando menos curioso observar que un tribunal provincial le imponga al Phenergan obligaciones de información y advertencias que la Autoridad de Aplicación ni siquiera le impone al gasmotaza. Es necesario que las regulaciones sobre etiquetado aprobadas por la Agencia Federal y los fallos de los distintos tribunales, coexistan armónicamente como, de hecho, lo han hecho durante décadas. Pero en este caso, esa convivencia pacífica está muy lejana: la FDA autorizó a un laboratorio a etiquetar una droga de una manera determinada, y la legislación del Estado de Vermont se opuso. Ese fallo debe ser revocado. (21) En definitiva, la minoría de la Corte Suprema de Estados Unidos entendió que el fallo favorable a Levine era equivocado y debió revocarse el decisorio del Juez de Vermont. Para la opinión disidente, la Corte erró el criterio al ponderar los hechos ventilados, fue arbitraria en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en juego, y, sobre todo, el fallo resulta altamente corrosivo para la seguridad jurídica del laboratorio

Me resulta extremadamente complicado tener opinión propia sobre un asunto tan complejo que dividió la opinión de los juristas más prestigiosos de Norteamérica. Habrá visto el lector que, sin perjuicio del resultado final del veredicto, entre la mayoría de la Corte y el voto de disenso se agotaron todos los argumentos posibles, a favor y en contra. Destaca también la convivencia dentro del Superior americano de voces tan distintas entre sus Ministros. Ese disenso termina integrando a la Corte Suprema de un país a todas las voces que existen en la sociedad a la que tienen que servir. Es una cuestión de representaciones, y en los sistemas más experimentados en el oficio de la democracia, los sectarismos no prevalecen con mucha fuerza; normalmente empatan, o ganan por la mínima diferencia. Me sorprendió, quizás por falta de costumbre, ver la alta ponderación que la Corte en su totalidad le tiene a la FDA, que es una agencia federal organizada por el poder ejecutivo. La Food and Drug Administration es lo que nosotros conocemos como un ‘organismo político’, pero que cumple sus funciones con una independencia y una autonomía del gobierno que nosotros no conocemos. Su actividad técnica es muy respetada, y ningún político se atrevería a echar mano sobre la FDA para hacerle decir lo que no debe decir. Por otro lado, ningún ciudadano toleraría manoseos políticos que arruinen una agencia que está destinada a servir a la sociedad. Democracia, le dicen a esas cosas que lamentablemente tenemos que leer en otro idioma.-

Finalmente, debo reconocer que el resultado del fallo me complace. Es otra vuelta de tuerca hacia la responsabilidad objetiva, que siempre favorece al débil de la relación de consumo. En este caso el laboratorio no logró romper el nexo causal entre la información ofrecida en la etiqueta y la amputación padecida por la Diana, ni siquiera demostrando que la Autoridad de Aplicación lo había autorizado a comercializar el producto con esa misma etiqueta. La obligación genérica de garantizar seguridad al consumidor prevaleció sobre cualquier otra consideración. Para este veredicto, lo más justo fue beneficiar al consumidor afectado, trasladando el perjuicio de su padecimiento al laboratorio. Lo cierto es que le impuso al fabricante una obligación de la que no podía escapar; prácticamente no había

prueba posible para salir de la condena civil. Es un caso extremo de responsabilidad objetiva.-

Diana Levine ganó el pleito, y seguramente una indemnización suculenta. Pero perdió su brazo derecho. Innecesariamente, para la mayoría de la Corte; trágicamente para la voz disidente.-

Referencias Bibliográficas

(1) El deber de información en las relaciones de consumo. Primer Parte (elDial.com - DC16F5) y Parte 2 (elDial.com - DC1739)

(2) Quien desarrolla un producto debe actualizarlo en forma permanente; no es infrecuente que al poco tiempo de lanzado al mercado, ese mismo producto o servicio sea superado, o al menos mejorado por la aparición de nuevas técnicas. En ese marco, quien desarrolla un producto o servicio de alta tecnología puede – razonablemente- alegar que al momento de ponerlo en circulación dispuso de toda la tecnología vigente en ese momento, pero que un año después esa misma tecnología era ya añeja. Los autores definen al ‘riesgo desarrollo’ como las consecuencias dañosas de un producto ignoradas al momento de su fabricación. Por nuestra parte, incluimos también en esta categoría a aquellas consecuencias desfavorables que, aún pudiendo ser previstas, se desconoce la manera técnica de resolverlas. El dilema que se plantea consiste determinar qué pasa con una falla o riesgo de un producto o servicio que, al tiempo de su lanzamiento, era o bien desconocida o bien insuperable. Los riesgos de desarrollo se alojan en una zona gris en la cual los de eventuales daños pueden conjeturarse sin que, sin embargo, una solución sea posible. (2) (18) Frente a esta situación cabe interrogarse, si ¿responde quien desarrolló el producto por un defecto que no tenía solución cuando empezó a comercializarlo? En caso negativo, ¿es justo que respondan los usuarios por el desarrollo imperfecto? ¿Quién debe hacerse cargo del desarrollo tecnológico? La cuestión divide aguas en

la doctrina de todo el mundo.- Otro grupo, no menos importante, sostiene la posición opuesta; ellos creen, también con razón, que si no son los empresarios quienes se hacen cargo de la potencialidad dañosa de los productos automáticamente ese riesgo se desplaza a los usuarios, generando la mayor injusticia de poner en cabeza de los usuarios los riesgos de un producto o servicio que enriquece al empresario. Este sector de la doctrina concluye que la vía de atribución de responsabilidad por riesgo desarrollo es objetiva. En principio, sostengo esta posición.- Quizás un punto de equilibrio entre ambas posiciones pase por la creación de un Fondo de Garantía, constituido con diversos aportes, que permita amortiguar colectivamente esta clase de daños, previniendo que las víctimas queden sin reparación integral. El desarrollo de este tipo de organismos, que tienen base cierta en principios de la economía, evitaría que los empresarios frenen sus inversiones, atemorizados por el pago de indemnizaciones.- (Fernando SHINA. Problemática de los consumos online, publicado el 3 de diciembre de 2010. Citar: elDial.com - DC14E6).

(3) Supreme Court of the United States. Wyeth, petitioner v Diana Levine. Washington, D.C. Monday, November 3, 2008. Decided March 4 2009 Citations: 555 U.S. 555 (2009).

El texto que se presenta es una versión libre del caso real y ha sido preparado con fines didácticos. Sin embargo, los fundamentos del fallo no fueron alterados y constituyen el pensamiento del tribunal que dictó la sentencia. El caso completo puede encontrarse en cientos de páginas de Internet, dónde también podrá consultarse el texto original del veredicto de la Corte Suprema de Estados Unidos.

(4) Extracto de un reportaje realizado para la agencia IB News.

(5) Texto del fallo original: Petitioner Wyeth manufactures the antinausea drug Phenergan. After a clinician injected respondent Levine with Phenergan by the “IV-push” method, whereby a drug is injected directly into a patient’s vein, the drug entered Levine’s artery, she developed gangrene, and doctors amputated her forearm. Levine

brought a state-law damages action, alleging, inter alia, that Wyeth had failed to provide an adequate warning about the significant risks of administering Phenergan by the IV-push method. The Vermont jury determined that Levine's injury would not have occurred if Phenergan's label included an adequate warning, and it awarded damages for her pain and suffering, substantial medical expenses, and loss of her livelihood as a professional musician. Declining to overturn the verdict, the trial court rejected Wyeth's argument that Levine's failure-to-warn claims were pre-empted by federal law because Phenergan's labelling had been approved by the federal Food and Drug Administration (FDA). The Vermont Supreme Court affirmed. Held: Federal law does not pre-empt Levine's claim that Phenergan's label did not contain an adequate warning about the IV-push method of administration. Pp. 6–25

(6) Texto del fallo original: The argument that Levine's state-law claims are pre-empted because it is impossible for Wyeth to comply with both the state-law duties underlying those claims and its federal labeling duties is rejected. Although a manufacturer generally may change a drug label only after the FDA approves a supplemental application, the agency's changes being effected" (CBE) regulation permits certain pre approval labeling changes that add or strengthen a warning to improve drug safety. Pursuant to the CBE regulation, Wyeth could have unilaterally added a stronger warning about IV-push administration, and there is no evidence that the FDA would ultimately have rejected such a labeling change. Wyeth's cramped reading of the CBE regulation and its broad assertion that unilaterally changing the Phenergan label would have violated federal law governing unauthorized distribution and misbranding of drugs are based on the fundamental misunderstanding that the FDA, rather than the manufacturer, bears primary responsibility for drug labeling. It is a central premise of the Food, Drug, and Cosmetic Act (FDCA) and the FDA's regulations that the manufacturer bears responsibility for the content of its label at all times. Pp. 11–16

(7) Texto del fallo original: (b) Wyeth's argument that requiring it to comply with a state law duty to provide a stronger warning would interfere with Congress' purpose of entrusting an expert agency with drug labeling decisions is meritless because it relies on an untenable interpretation of congressional intent and an overbroad view of an agency's power to pre-empt state law. The history of the FDCA shows that Congress did not intend to pre-empt state-law failure-to-warn actions. In advancing the argument that the FDA must be presumed to have established a specific labeling standard that leaves no room for different state-law judgments, Wyeth relies not on any statement by Congress but on the preamble to a 2006 FDA regulation declaring that state-law failure-to-warn claims threaten the FDA's statutorily prescribed role. Although an agency regulation with the force of law can pre-empt conflicting state requirements, this case involves no such regulation but merely an agency's assertion that state law is an obstacle to achieving its statutory objectives. Where, as here, Congress has not authorized a federal agency to pre-empt state law directly, the weight this Court accords the agency's explanation of state law's impact on the federal scheme depends on its thoroughness, consistency, and persuasiveness. Cf., e.g., *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U. S. 134. Under this standard, the FDA's 2006 preamble does not merit deference: It is inherently suspect in light of the FDA's failure to offer interested parties notice or opportunity for comment on the pre-emption question; it is at odds with the available evidence of Congress' purposes; and it reverses the FDA's own longstanding position that state law is a complementary form of drug regulation without providing a reasoned explanation. *Geier v. American Honda Motor Co.*, 529 U. S. 861, is distinguished. Pp. 17–25.

(8) Texto del fallo original: Directly injecting the drug Phenergan into a patient's vein creates a significant risk of catastrophic consequences. A Vermont jury found that petitioner Wyeth, the manufacturer of the drug, had failed to provide an adequate warning of that risk and awarded damages to respondent Diana Levine to compensate her for the amputation of her arm. The warnings on Phenergan's label had been deemed sufficient by the federal Food and Drug Administration

(FDA) when it approved Wyeth's new drug application in 1955 and when it later approved changes in the drug's labeling. The question we must decide is whether the FDA's approvals provide Wyeth with a complete defence to Levine's tort claims. We conclude that they do not. I Phenergan is Wyeth's brand name for promethazinehydrochloride, an antihistamine used to treat nausea. The injectable form of Phenergan can be administered intramuscularly or intravenously, and it can be administered intravenously through either the "IV-push" method, whereby the drug is injected directly into a patient's vein, or the "IV-drip" method, whereby the drug is introduced into a saline solution in a hanging intravenous bag and slowly descends through a catheter inserted in a patient's vein. The drug is corrosive and causes irreversible gangrene if it enters a patient's artery.

(9) Texto del fallo original: The evidence presented during the 5-day jury trial showed that the risk of intra-arterial injection or perivascular extravasation can be almost entirely eliminated through the use of IV-drip, rather than IV-push, administration. An IV drip is started with saline, which will not flow properly if the catheter is not in the vein and fluid is entering an artery or surrounding tissue. See *id.*, at 50–51, 60, 66–68, 75. By contrast, even a careful and experienced clinician using the IV-push method will occasionally expose an artery to Phenergan. See *id.*, at 73, 75–76. While Phenergan's labeling warned against intra-arterial injection and perivascular extravasation and advised that“(w)hen administering any irritant drug intravenously it is usually preferable to inject it through the tubing of an intravenous infusion set that is known to be functioning satisfactorily,” *id.*, at 390, the labeling did not contain a specific warning about the risks of IV-push administration.

(10) Texto del fallo original: *Id.*, at 228. Answering questions on a special verdict form, the jury found that Wyeth was negligent, that Phenergan was a defective product as a result of inadequate warnings and instructions, and that no intervening cause had broken the causal connection between the product defects and the plaintiff's injury. *Id.*,

at 233–235. It awarded totalcentre and clinician. *Id.*, at 235–236. On August 3, 2004, the trial court filed a comprehensive opinion denying Wyeth’s motion for judgment as a matter of law. After making findings of fact based on the trial record (supplemented by one letter that Wyeth found after the trial), the court rejected Wyeth’s preemption arguments. It determined that there was no direct conflict between FDA regulations and Levine’s state-law claims because those regulations permit strengthened warnings without FDA approval on an interim basis and the record contained evidence of at least 20 reports of amputations similar to Levine’s since the 1960’s. The court also found that state tort liability in this case would not obstruct the FDA’s work because the agency had paid no more than passing attention to the question whether to warn against IV-push administration of Phenergan. In addition, the court noted that state law serves a compensatory function distinct from federal regulation. *Id.*, at 249–252.

(11) *Texto del fallo original*: The trial court proceedings established that Levine’s injury would not have occurred if Phenergan’s label had included an adequate warning about the risks of the IV-push method of administering the drug. The record contains evidence that the physician assistant administered a greater dose than the label prescribed, that she may have inadvertently injected the drug into an artery rather than a vein, and that she continued to inject the drug after Levine complained of pain. Nevertheless, the jury rejected Wyeth’s argument that the clinician’s conduct was an intervening cause that absolved it of liability. See App.234 (jury verdict), 252–254. In finding Wyeth negligent as well as strictly liable, the jury also determined that Levine’s injury was foreseeable. That the inadequate label was both a but-for and proximate cause of Levine’s injuries supported by the record and no longer challenged by Wyeth.

(12) *Texto del fallo original*: Indeed, prior to 2007, the FDA lacked the authority to order manufacturers to revise their labels. See 121 Stat. 924–926. When Congress granted the FDA this authority, it reaffirmed the manufacturer’s obligations and referred specifically to

the CBE regulation, which both reflects the manufacturer's ultimate responsibility for its label and provides a mechanism for adding safety information to the label prior to FDA approval. See *id.*, at 925–926 (stating that a manufacturer retains the responsibility “to maintain its label in accordance with existing requirements, including subpart B of part 201 and sections 314.70 and 601.12 of title 21, Code of Federal Regulations (or any successor regulations)” (emphasis added)). Thus, when the risk of gangrene from IV-push injection of Phenergan became apparent, Wyeth had a duty to provide a warning that adequately described that risk, and the CBE regulation permitted it to provide such a warning before receiving the FDA's approval. Of course, the FDA retains authority to reject labeling changes made pursuant to the CBE regulation in its re-view of the manufacturer's supplemental application, just as it retains such authority in reviewing all supplemental applications. But absent clear evidence that the FDA would not have approved a change to Phenergan's label, we will not conclude that it was impossible for Wyeth to comply with both federal and state requirements. Wyeth has offered no such evidence. It does not argue that it attempted to give the kind of warning required by the Vermont jury but was prohibited from doing so by the FDA.

(13) *Texto del fallo original*: Wyeth contends that the FDCA establishes both a floor and a ceiling for drug regulation: Once the FDA has approved a drug's label, a state-law verdict may not deem the label inadequate, regardless of whether there is any evidence that the FDA has considered the stronger warning at issue. The most glaring problem with this argument is that all evidence of Congress' purposes is to the contrary. Building on its 1906 Act, Congress enacted the FDCA to bolster consumer protection against harmful products. See *Kordel v. United States*, 335 U. S. 345, 349 (1948); *United States v. Sullivan*, 332 U. S. 689, 696 (1948). Congress did not provide a federal remedy for consumers harmed by unsafe or ineffective drugs in the 1938 statute or in any subsequent amendment. Evidently, it determined that widely available state rights of action provided appropriate relief for injured consumers.⁷ It may also have

recognized that state-law remedies further consumer protection by motivating manufacturers to produce safe and effective drugs and to give adequate warnings.

(14) *Texto del fallo original*: We conclude that it is not impossible for Wyeth to comply with its state and federal law obligations and that Levine's common-law claims do not stand as an obstacle to the accomplishment of Congress' purposes in the FDCA. Accordingly, the judgment of the Vermont Supreme Court is affirmed. It is so ordered

(15) *Texto del fallo original*: This case illustrates that tragic facts make bad law. The Court holds that a state tort jury, rather than the Food and Drug Administration (FDA), is ultimately responsible for regulating warning labels for prescription drugs. That result cannot be reconciled with *Geier v. American Honda Motor Co.*, 529 U. S. 861 (2000), or general principles of conflict pre-emption. I respectfully dissent. I The Court frames the question presented as a "narrow (w)" one—namely, whether Wyeth has a duty to provide "an adequate warning about using the IV-push method" to administer Phenergan. Ante, at 8. But that ignores the antecedent question of who—the FDA or a jury in Vermont—has the authority and responsibility for determining the "adequacy" of Phenergan's warnings. Moreover, it is unclear how a "stronger" warning could have helped respondent, see ante, at 16; after all, the physician's assistant who treated her disregarded at least six separate warnings that are already on Phenergan's labeling, so respondent would be hard pressed to prove that a seventh would have made a difference.

(16) *Texto del fallo original*: The same rationale applies here. Through Phenergan's label, the FDA offered medical professionals a menu of federally approved, "safe" and "effective" alternatives—including IV push—for administering the drug. Through a state tort suit, respondent attempted to deem IV push "unsafe" and "ineffective." To be sure, federal law does not prohibit Wyeth from contraindicating IV push, just as federal law did not prohibit Honda from installing air

bags in all its cars. But just as we held that States may not compel the latter, so, too, are States precluded from compelling the former. See also *Fidelity Fed. Sav. & Loan Assn. v. De la Cuesta*, 458 U. S. 141, 155 (1982) (“The conflict does not evaporate because the (agency’s) regulation simply permits, but does not compel,” the action forbidden by state law). If anything, a finding of preemption is even more appropriate here because the FDCA—unlike the National Traffic and Motor Safety Vehicle Act—contains no evidence that Congress intended the FDA to set only “minimum standards,” and the FDCA does not contain a saving clause.⁴ See also *ante*, at 18 In its attempt to evade Geier’s applicability to this case, the Court commits both factual and legal errors. First, as a factual matter, it is demonstrably untrue that the FDA failed to consider (and strike a “balance” between) the specific costs and benefits associated with IV push. Second, as a legal matter, Geier does not stand for the legal propositions espoused by the dissenters (and specifically rejected by the majority) in that case. Third, drug labeling by jury verdict undermines both our broader pre-emption jurisprudence and the broader workability of the federal drug-labeling regime.

(17) Texto del fallo original: Phenergan’s warning label has been subject to the FDA’s strict regulatory oversight since the 1950’s. For at least the last 34 years, the FDA has focused specifically on whether IV-push administration of Phenergan is “safe” and “effective” when performed in accordance with Phenergan’s label. The agency’s ultimate decision—to retain IV push as one means for administering Phenergan, albeit subject to stringent warnings—is reflected in the plain text of Phenergan’s label (sometimes in boldfaced font and all-capital letters). And the record contains ample evidence that the FDA specifically considered and reconsidered the strength of Phenergan’s IV-push-related warnings in light of new scientific and medical data. The majority’s factual assertions to the contrary are mistaken

(18) Texto del fallo original: Thus, it is demonstrably untrue that, as of 2000, Phenergan’s “labeling did not contain a specific warning about

the risks of IV-push administration.” Ante, at 4. And whatever else might be said about the extensive medical authorities and case reports that the FDA cited in “support” of its approval of IV-push administration of Phenergan, it cannot be said that the FDA “paid no more than passing attention to” IV push, ante, at 6; nor can it be said that the FDA failed to weigh its costs and benefits, Brief for Respondent.

(19) Texto del fallo original: While Phenergan’s label very clearly authorized the use of IV push, it also made clear that IV push is the delivery method of last resort. The label specified that “ (t)he preferred parenteral route of administration is by deep intramuscular injection.” Id., at 390. If an intramuscular injection is ineffective, then “it is usually preferable to inject (Phenergan) through the tubing of an intravenous infusion set that is known to be functioning satisfactorily.” Ibid. See also id., at 50–51 (testimony of respondent’s medical expert, Dr. John Matthew) (conceding that the best way to determine that an IV set is functioning satisfactorily is to use IV drip). Finally, if for whatever reason a medical professional chooses to use IV push, he or she is on notice that “INADVERTENT INTRA-ARTERIAL INJECTION CAN RESULT IN GANGRENE OF THE AFFECTED EXTREMITY.” Id., at 391; see also id., at 390 (“Under no circumstances should Phenergan Injection be given by intra-arterial injection due to the likelihood of severe arteriospasm and the possibility of resultant gangrene”). Phenergan’s label also directs medical practitioners to choose veins wisely when using IV push: “Due to the close proximity of arteries and veins in the areas most commonly used for intravenous injection, extreme care should be exercised to avoid perivascular extravasation or inadvertent intra-arterial injection. Reports compatible with inadvertent intra-arterial injection of Phenergan Injection, usually in conjunction with other drugs intended for intravenous use, suggest that pain, severe chemical irritation, severe spasm of distal vessels, and resultant gangrene requiring amputation are likely under such circumstances.” Ibid.

(20) Texto del fallo original: By their very nature, juries are ill-equipped to perform the FDA’s cost-benefit-balancing function. As we explained in *Riegel*, juries tend to focus on the risk of a particular product’s design or warning label that arguably contributed to a particular plaintiff’s injury, not on the overall benefits of that design or label; “the patients who reaped those benefits are not represented in court.” 552U. S., at ___ (slip op., at 12). Indeed, patients like respondent are the only ones whom tort juries ever see, and for a patient like respondent—who has already suffered a tragic accident—Phenergan’s risks are no longer a matter of probabilities and potentialities. In contrast, the FDA has the benefit of the long view. Its drug-approval determinations consider the interests of all potential users of a drug, including “those who would suffer without new medical (products)” if juries in all 50 States were free to contradict the FDA’s expert determinations. *Id.*, at _ (slip op., at 13). And the FDA conveys its warnings with one voice, rather than whipsawing the medical community with 50 (or more) potentially conflicting ones. After today’s ruling, however, parochialism may prevail.

(21) Texto del fallo original: The fact that the labels for such drugs allow IV push is striking—both because vesicants are much more dangerous than Phenergan, and also because they are so frequently extravasated, see Boyle & Engelking, *Vesicant Extravasation: Myths and Realities*, 22 *Oncology Nursing Forum* 57, 58 (1995) (arguing that the rate of extravasation is “considerably higher” than 6.4% of all vesicant administrations). Regardless of the FDA’s reasons for not contraindicating IV push for these drugs, it is odd (to say the least) that a jury in Vermont can now order for Phenergan what the FDA has chosen not to order for mustard gas. To be sure, state tort suits can peacefully coexist with the FDA’s labeling regime, and they have done so for decades. *Ante*, at 17–18. But this case is far from peaceful coexistence. The FDA told Wyeth that Phenergan’s label renders its use “safe.” But the State of Vermont, through its tort law, said: “Not so.” The state-law rule at issue here is squarely pre-empted. Therefore, I would reverse the judgment of the Supreme Court of Vermont.

Las relaciones de consumo y la alta tecnología.

El dinero electrónico.

Se digitalizó todo...menos la responsabilidad de algunos proveedores. Comentario al fallo “Lefevre c/ HSBC”

por Fernando E. Shina y Mariángeles Schell (*)

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: DC1791

[Consultado el: 15/07/2021]

Sumario:

I. Introducción. II. Hechos acaecidos: análisis y debate. III. Conexidad contractual. Cargas probatorias. Responsabilidad Solidaria. IV. Conclusiones.-

I. Introducción.

El fallo que comentamos, trata sobre una cuestión de suma importancia, no por la escasa originalidad que un robo puede generar en nuestros días, sino porque nos coloca de lleno frente a los nuevos desafíos que debe asumir el Derecho ante el avance, ya sin retroceso, de la alta tecnología.-

Piense el lector que hasta hace muy poco tiempo atrás hablar de bancarización electrónica era más apropiado a círculos literarios aficionados a Julio Verne, que a foros jurídicos. Sin embargo, el dinero electrónico - vaya paradoja - es hoy moneda corriente. Y, sin hacer alardes de adivinación, es absolutamente probable que dentro

muy poco el sistema bancario avance hacia la prestación de servicios on line, casi de manera exclusiva.-

En definitiva, este artículo trata sobre las cuestiones que vinculan a la alta tecnología con el Derecho. Por eso es que ponemos atención cada vez que un veredicto toca estos asuntos. La tecnología, además de confort genera consecuencias jurídicas de importancia. Es imprescindible evitar que ella avance más rápido que nuestra capacidad de reflexionar sobre el mundo asombroso que nos tocara vivir. Casi no hay tiempo por el asombro.-

II. Hechos acaecidos: análisis y debate.

Sumario del fallo. En esta ocasión, analizaremos el fallo “L.C.A. c/ HSBC Bank Argentina S.A., dado por la Cámara Nacional de Apelaciones del fuero comercial, con fecha 10 de agosto de 2011. En esos autos se examinó la responsabilidad del banco y la que le corresponde a la red Banelco S.A., siendo ambas entidades traídas al pleito por la actora. Los hechos ocurridos informan de un robo padecido por una usuaria del servicio de caja electrónica cuando se disponía a hacer un depósito.-

El usuario, los bancos y los cajeros automáticos. Como fue dicho en el precedente, el hecho dañoso se originó mientras la usuaria realizaba un depósito bancario. O sea, un hecho casi trivial como el que hacemos a diario, sea porque depositamos algo de plata en una cuenta, o porque pagamos un servicio, o porque retiramos un poco de dinero.-

Nuestras visitas a los cajeros automáticos se han incrementado enormemente, tanto como los servicios que ellos ofrecen. Y no podemos dejar de señalar que con la misma intensidad ha crecido la voluntad de los organizadores del sistema bancario de incentivar los usos electrónicos, evitando lo más posible recibir las visitas personales de la clientela. De su clientela, por cierto.-

Lector, hay una infinidad de trámites bancarios que antes se hacían en la sucursal del Banco, y que hoy únicamente pueden hacerse a través de los cajeros automáticos. Esto nos obliga a una primera conclusión. Y es decisiva para sostener nuestro criterio –diferente al del fallo en comentario - de responsabilidad solidaria entre el banco y el operador de dinero electrónico Banelco.-

Veamos:

(a) Muchas veces el propio banco nos obliga a realizar operaciones de caja por medio de cajeros automáticos, evitando atender a los clientes en las respectivas sedes.-

(b) Esto, sin dudas, disminuye los esfuerzos que debe realizar para brindar atención personalizada a la clientela.-

(c) Del mismo modo, incrementa la actividad de los operadores de dinero electrónico.-

(d) Ergo: no es frágil afirmar que ambos –banco y cajero automático – forman parte de un negocio jurídico que realizan en conjunto.-

(e) El usuario es obligado a realizar operaciones en cajeros automáticos, debe por tanto estar garantizada su seguridad, de la misma forma que si realizara el trámite en la propia sede del banco.-

La brecha de conocimiento en los tiempos modernos. A partir de la puesta en vigencia de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (t.o. 26.361), nos damos cuenta de la importancia que tiene conocer su contenido, para poder gozar mejor los amparos que ella nos concede. Y no son pocos esos beneficios que, sin embargo, no siempre son bien aprovechados por los usuarios, ni bien interpretados por los hombres de derecho.-

Pero más allá de esa circunstancia que deberá ir mejorando con el paso del tiempo, es necesario estar atentos en cada relación de consumo que concretamos pues hay una regla que no falla: lo que no sabemos pasa desapercibido, y ello se vuelve oculto y por ende, desfavorable al consumidor.-

En el estado actual de la comercialización masiva de bienes y servicios, la información debida por los proveedores no se ofrece de manera espontánea por una sencilla razón: su ventaja de conocimientos les asegura tantos réditos, como la mayor ignorancia de los consumidores consolida sus propios quebrantos. En otras palabras: a mayor conocimiento, mayor renta.-

Dante RUSCONI se ha ocupado de explicar la relación que existe entre el conocimiento y la rentabilidad. Su aporte nos parece valioso porque acierta en describir cómo la información (el conocimiento) tiene un costo y, por lo tanto, gran incidencia en la rentabilidad final de un negocio. En breve: el conocimiento cuesta plata, y la desinformación asegura rédito. “La información, ya lo dijimos, es el factor que mayor influencia posee en el desequilibrio existente entre proveedores y consumidores. Quien posee el conocimiento sobre el bien en torno al cual las partes de la relación de consumo se vinculan o cuenta con los medios que le permitan acceder a ese conocimiento claramente está en posición ventajosa. Esa supremacía podrá ser utilizada en contra del consumidor de distintas maneras: abaratando los costos de producción mediante el empleo de materias primas de calidad deficiente, disminuyendo las cargas obligacionales mediante contrataciones inequitativas, evitando brindar detalles de los procesos de producción o materias primas, trasladando los riesgos al consumidor, a terceros o a la comunidad toda.”. (1). La cita nos parece apropiada para fundar el análisis que proponemos; es inmensa la brecha cognitiva que separa a los usuarios del dinero electrónico de los proveedores de esos servicios de altísima complejidad.-

En ese orden, entendemos que vale la pena pensar acerca de si la red Banelco forma parte o no, de la cadena de comercialización a la que alude el art. 2 de la LDC. Adelantamos nuestra opinión afirmativa al respecto. (2)

El dilema que supone el caso que analizamos podría ser formulado así: ¿La red Banelco, o cualquier otro operador de ATM (Automatic Transmission Money), es parte de una red comercial estrechamente vinculada entre sí y, por añadidura, con los usuarios? Caso contrario: ¿Es justo segmentar la actividad del banco y la del operador del dinero electrónico, de tal forma que frente al usuario del único servicio que brindan puedan tener niveles de responsabilidad distinta? ¿Acaso no llevan adelante una actividad común, única, indivisible que consiste en dar y recibir dinero? ¿Por qué sus responsabilidades serían distintas si su actividad es conexas? ¿Por qué el operador de ATM es menos responsable que el banco en caso de ocurrir un ilícito?

Como señaláramos antes, no encontramos argumentos eximentes de la responsabilidad de Banelco, ni en la lógica de los hechos, ni en el artículo 40° de la LDC, que expresamente postula la responsabilidad solidaria y objetiva de todos los integrantes de la cadena de comercialización de un bien, o un de un servicio.-

Por supuesto que no abogamos por morigerar la responsabilidad de los bancos. Al contrario, sostenemos que ellos responderán aún por las cuestiones exclusivamente referidas a los cajeros automáticos que utilizan para llevar adelante su función. Tampoco olvidamos que el robo ocurrió en una de las sucursales perteneciente al banco HSBC, lo que hace obvia su responsabilidad civil frente a la víctima. Pero ello, sin embargo, no quiere decir que la Red Banelco no tenga obligaciones de resultado frente a sus usuarios; o que esté eximido de una solidaridad a la cual está obligada por ley.-

En ese orden, no nos parece complejo afirmar que su principal obligación, tanto como lo es la del banco, consiste en

garantizar que los usuarios realicen los trámites necesarios sin poner en riesgo ni su vida, ni su integridad física, ni sus bienes. La seguridad en sentido amplio de todos los usuarios de esos servicios es esa una tarea que compromete el esfuerzo mancomunado de todos los proveedores de servicios que forman la cadena prevista en el artículo 2º y su defecto enciende la responsabilidad objetiva y solidaria que establece el artículo 40 LDC. (3)

Argumentos y Defensas de las partes. Analizaremos ahora las defensas que opone esta entidad para liberarse de su responsabilidad. Como así también, los fundamentos expuestos por la actora para fundar sus derechos.-

“L”, como lo podría haber sido usted o yo, ahorró parte de su dinero y decidió ir a depositarlo en su cuenta, en este caso, en una sucursal del “HSBC”. Sin embargo, eso no sucedió. ¿Por qué? Bien podría decirse que se debió a la inseguridad extrema que vivimos en nuestro país. Sí, puede que algo de eso sea verdad.-

No obstante, entendemos que el mejor análisis que puede hacerse de este caso es determinar si la entidad financiera pudo evitar hechos delictivos como el de autos, cumpliendo con las directivas del Banco Central de la República Argentina (“BCRA”). Ese proveedor, como cualquier otro, debe tomar todos los recaudos necesarios y exigidos, en este por BCRA, para impedir la ocurrencia de daños.-

Como bien se dijo en el fallo: “Además de las medidas mínimas de seguridad exigidas -como la referida supra-, la norma aclara que queda a exclusivo criterio y responsabilidad de las entidades financieras la adopción de otros recaudos que estimen necesarios, según surjan de los estudios de seguridad que efectúen, con el objeto de asegurar la protección de los valores atesorados en cada cajero automático y de los respectivos usuarios –punto 5.1 (fs. 439)”. Dicho de otro modo: todo lo que padeció Claudia, inútilmente, el 30 de marzo de 2004 pudo evitarse. Más aún: debió evitarlas, como

corolario del principio general consagrado en el artículo 1198 del Código Civil.-

La usuaria tenía sus ahorros dentro de un sobre a punto de ser depositados, los cuales terminaron en poder de dos malhechores que se lo robaron con impunidad, pero también con una facilidad que causa asombro en quien supone que los bancos deben tomar recaudos para evitar estos desagradables episodios.-

Los usuarios de estos servicios tienen, como expectativa mínima que no serán asaltados en plena sucursal del banco, pues de lo contrario dejarían sus ahorros en sus propias casas, privando a los bancos de su única renta legítima: la intermediación del dinero de sus depositantes. Sin ellos, su negocio se esfuma; por eso está obligado a garantizarles seguridad, entre otras cosas. . (4)

Ahora bien. De haber existido una correcta organización de los sistema de seguridad que debe ofrecer el banco sencillamente la clienta Claudia no hubiera padecido ese infortunio, ni mucho menos perdido la cantidad de tiempo, dinero y energías que supone iniciar y perseguir una acción judicial.-

Pero lo cierto es que acudió a la justicia y demandó el cobro de una indemnización por los perjuicios sufridos a raíz del robo del que fue víctima.-

En el pleito, Claudia le imputó responsabilidad al banco por no haber observado las medidas de seguridad exigidas por el BCRA, pues en el cajero no se instaló la cerradura obligatoria conforme lo establece la Comunicación "A" 5079 del BCRA: "Medidas mínimas de las entidades financieras"; dejando en claro que, sin perjuicio de que toda normativa o medida que infrinja a los consumidores o usuarios, resulta inoponible.-

Pero también, acertadamente a nuestro juicio, le hizo el mismo reproche a "Banelco", amparándose en la normativa contenida

en el estatuto consumerista; en especial los artículos 1°; 2°; 3° 40° y demás concordantes de la LDC. Es, precisamente en este punto donde tenemos un serio disenso con el fallo que examinamos

Los fundamentos del fallo. Así las cosas, y en honor a la brevedad sólo diremos que la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala E; admitió (el pasado 11 de agosto) parcialmente el recurso de “HSBC”, confirmando su responsabilidad civil en los hechos, pero reduciendo la suma reconocida en primera instancia, en concepto de indemnización por daño material

Así mismo, el veredicto hizo lugar al recurso interpuesto por “Banelco” con revocando la sentencia de condena contra esa entidad.-

O sea:

El fallo que comentamos eximió de responsabilidad al operador de dinero electrónico. El veredicto, como venimos sosteniendo, es equivocado es este punto.-

El fallo dice expresamente: “Quien en realidad se vincula con el cliente es el banco quien, de acuerdo a lo examinado precedentemente, tiene a su exclusivo cargo la seguridad de los usuarios en el ámbito en que se ubican los cajeros automáticos.-

En otras palabras:

El veredicto liberó de toda responsabilidad frente al cliente al operador del cajero automático.-

Esta eximición de responsabilidad es, a nuestro juicio, errónea.-

Asimismo, la sentencia señala que los daños padecidos por la víctima no se generaron por una falla del sistema implementado por Banelco, pues según los dichos de la propia accionante, el delito

consistió en el robo de los sobres que contenían el dinero sin que haya llegado a operar en el cajero automático.-

Esta última circunstancia, según el criterio juzgador, impide responsabilizar a Banelco en los términos de la 24.240, toda vez que su artículo 40 impone a los sujetos que intervienen en el servicio prestado responsabilidad concurrente por los daños que sufra el consumidor exclusivamente por el riesgo o vicio del mismo". (Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A, "Ley de Defensa del Consumidor", Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, pág. 512; CNCom., Sala A, "Repetto de Marino, Matilde Alejandrina c/ Electrodomésticos Aurora S.A.", del 17-03-03).-

Entendemos, sin embargo, que el debate era mucho más rico que el propuesto en la resolución que comentamos. La gran incógnita que debía resolverse debía formularse así:

¿La red Banelco es uno de los eslabones de la cadena de comercialización establecida en el art. 2 de la mentada ley 24.240?

A nuestro modo de ver ese interrogante, en todos los casos, debe tener una respuesta afirmativa. Hay jurisprudencia que avala estas reflexiones. Por ejemplo, un caso similar fue analizado en la Disposición definitiva (condenatoria) del expediente administrativo N° 441-09 STR. "Adao Iturrasgarai Maciel c/ Banco del Chubut S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor", dado por la Autoridad de Aplicación local (Chubut) el pasado 8 de junio de 2010. (5)

En este caso, otra operadora de ATM (Red Link S.A.) emitió un ticket o comprobante de extracción de una suma de dinero que la denunciante nunca recibió. Decimos que por formar parte Banelco de la cadena antes mencionada, resulta responsable en forma solidaria junto con el HSBC conforme lo señala el art. 40 de la LDC: "Cap. X: Responsabilidad por Daños: Art. 40 Ley 24.240 Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el

distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.”

Claramente entendemos que el cajero automático en el cual decidió operar la usuaria, resultó riesgoso para ella, pues carecía de absoluta seguridad al momento del robo padecido. La imposibilidad de llevar adelante ese depósito a causa del robo es un vicio en la prestación del servicio. A no ser que el operador hubiese opuesto con éxito alguna de las eximentes de responsabilidad que a su alcance pone la ley, y que no son otras que la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Sin ruptura del nexo causa, su responsabilidad se mantiene intacta, es idéntica a la que tiene el banco por el mismo hecho que resultara condenado.-

III. Conexidad contractual. Cargas probatorias. Responsabilidad Solidaria.

Volviendo al comienzo de este artículo. Es importante señalar que cuando hablamos de alta tecnología en materia contractual, no pueden esquivarse tres temas decisivos, a saber:

(1) La conexidad contractual, porque cuando uno involucra tecnología de punta (las operaciones de dinero electrónico, por caso) casi siempre el negocio se concreta mediante un sistema de contratos conexos que, convergen en un objeto único. En ese orden, el banco y el operador de dinero realizan actividades segmentadas, que sin embargo, convergen en un punto: la concreción del servicio de dinero electrónico. Dicho en otras palabras: el “HSBC” necesita del operador de billetes electrónicos “Banelco”, tanto como este último proveedor necesita al primero. Como dirían los tres Mosqueteros: “Todos para uno, y uno para todos”; (6)

(2) Las cargas probatorias, Porque a mayor tecnología involucrada en un negocio, menor capacidad de prueba tiene la víctima; y en ese sentido debe jugar el principio rector incorporado en el artículo 53 LDC. No es dable pensar que un usuario común y

corriente de servicios de cajeros automáticos tiene acceso a los complejíssimos sistemas informáticos que regulan esa actividad, razón por la cual la mayor carga probatoria debe gravar al sector empresario; (7)

(3) La responsabilidad solidaria y objetiva de todos los proveedores que concurren a la prestación de un servicio determinado, conforme lo establece el artículo 40° LDC.-

Conexidad Contractual. La figura de los contratos conexos se expuso en nuestro país en las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. En esa oportunidad, se propuso un concepto que establece lo siguiente: «Habrán contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual».-

Es decir que la conexidad contractual explica un fenómeno repetido en nuestros días: el acto o negocio jurídico plurilateral o múltiple. (8) Se trata de una acción empresarial que para su concreción requiere de la existencia de más de un contrato. El negocio es uno solo, pero para ejecutarse necesita de un sistema integrado de acuerdos. Todos esos contratos resultan indispensables para hacer efectiva una actividad única. El ejemplo más común que la doctrina ha destacado es el de la tarjeta de crédito o débito. (9) Todo lo que rodea el negocio del dinero electrónico requiere de varios operadores, cuya actividad se compone para lograr que el usuario acceda al dinero electrónico (Cajeros automáticos - ATM). (10) Sin embargo, el fallo no acierta cuando examina (no lo hace) esta cuestión decisiva. (11)

En materia de contratos, y también de responsabilidad, el siglo XXI requiere una nueva vuelta de tuerca. El desarrollo tecnológico, sobre todo con la aparición de la Internet, trajo nuevas formas convencionales que rápidamente van desplazando a las figuras tradicionales. (12)

En este contexto, aparece el denominado ‘contrato conexo’, figura que resultaba novedosa, o infrecuente veinte años atrás. Sin embargo, hoy casi no se concibe una tarea comercial cuya concreción no esté asociada a una diversidad de contratos integrados, sin los cuales esa empresa no podría realizarse. En ese orden, es justo señalar que bastante tiempo antes de la presentación de la Ley 24.240, una importante jurisprudencia nacional había tomado nota de este fenómeno. Así, en el fallo Rincón de Ávila CA c/ Cooper Argentina S.A., un tribunal de alzada señala la creciente intervención de negocios auxiliares que un fabricante debe poner en marcha para llegar, finalmente, al consumidor. Se destaca en el fallo, que no excluye la responsabilidad de ninguno de los participantes de ese negocio múltiple, que lo esencial en la comercialización de bienes y servicios, es el encuentro final entre el productor y el usuario. (13) De tal forma, el destinatario final del producto tendrá acción directa contra el fabricante sin que sea necesaria una vinculación contractual entre ambos.-

Cargas probatorias.-

En materia de cargas probatorias, el decisorio acierta cuando agrava las cargas del proveedor aliviando las del usuario. (14) Ello así, porque se ajusta a lo establecido en el artículo 53 LDC, norma que viene a consagrar como ley positiva vigente la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. En ese sentido, la directiva que surge de la Ley 24.240 es clara. El artículo 53 establece sin enigmas que “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que estén en su poder, conforme a las características del bien o servicios, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”. Esta norma, recientemente incorporada a nuestro derecho positivo (Ley 26.361) regula un viejo principio de inspiración pretoriana: el de las cargas probatorias dinámicas. Según esta doctrina se pone en cabeza del litigante más apto la obligación de hacer los aportes probatorios necesarios para esclarecer los hechos. De esta forma, se le da prevalencia a la verdad material, por sobre la verdad formal. El derecho, en última instancia

aspira a descubrir la verdad de los hechos, siendo esta meta más importante que definir quién está obligado a probar hechos.-

Por otra parte no es equivocado afirmar que el que toma el riesgo de no probar aquello que necesita para liberarse de la responsabilidad, debe cargar con las consecuencias de ese riesgo. Tanto más, si se invoca como defensa la culpa de la víctima en la ocurrencia del daño. Dice BUERES: “La culpa de la víctima debe ser acreditada en forma certera, pues se trata de un hecho impeditivo cuya prueba incumbe a quien lo alega. No basta con crear la duda acerca de la conducta del damnificado sino que debe acreditarse concluyentemente.” (BUERES,...página 163. El subrayado es propio). La jurisprudencia es pacífica en este sentido. Veamos algunos fallos. “La actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte, que es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito.” (CNCom, Sala A 30/09/1996. Fallo tomado de Jorge PEYRANO. Director. Las Cargas Probatorias Dinámicas. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2008, página 550). Y “La carga de la prueba no significa la obligación de probar sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, pues en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado al expediente surte todos sus efectos, con independencia de quien lo suministró” (CNCom., Sala A, 12/04/1999. PEYRANO..., página 550).-

Responsabilidad Solidaria.-

Como ya lo anticipáramos más arriba, sostenemos que la responsabilidad que acarrea tanto el HSBC junto con la Red Banelco S.A. es de carácter solidario. ¿Por qué? Es sencillo. Primero: por formar parte, ambas dos, de la cadena de comercialización a la cual alude el artículo 2 de la LDC; como así también por aplicación del art. 40 de la misma normativa, con el cual confirmamos aún dicha responsabilidad. Se trata de una solidaridad de origen legal, lo cual es suficiente para concluir cualquier debate al respecto. (15)

El “HSBC” debió haber tomado todos los recaudos necesarios a fin de evitar el conflicto arribado; al margen de las normativas obligatorias que emanan del BCRA. Se trata de la responsabilidad por "riesgo o vicio de la cosa" (objetiva) y por otra vía, por el art. 5 de la ley 24.240, obligación o garantía legal de seguridad en la prestación de servicios. La cual se encuentra totalmente vacía, pues todos sabemos lo que le sucedió a la accionante “L”, en el caso en cuestión. Quien se encontró totalmente desprotegida a la hora de concretar la operación frustrada de depositar su suma de dinero, con el fin de ahorrar.-

Al respecto señala GHERSI que, “todos somos clientes bancarios (grandes, medianas y pequeñas empresas o personas jurídicas de existencia visible, etc.) y todos estamos protegidos...” (Conf. Responsabilidad de las entidades bancarias. Carlos A. Ghersi (Director). Bs. As. Ed. Universidad. Pág. 30).-

Agregamos además que, en los términos de los artículos 1º y 2º de la LDC, entre “L” y “Banelco” existió una relación de consumo, entendiéndose por tal a la vinculación jurídica que existe entre un consumidor y un proveedor de bienes o servicios. Esto significa que: “Banelco” provee servicios relacionados con su actividad profesional (el de cajeros automáticos) y la usuaria utiliza para sí esos servicios. Con lo cual, el asunto debería ser resuelto aplicando la Ley 24.240. Y, esa ley refleja claramente que entre “Banelco” y el usuario en queja hay una relación de consumo.-

Ello despeja todo tipo de dudas del escenario, respecto a que si “Banelco” es o no responsable junto con el “HSBC”. Claro que sí lo es.-

IV. Conclusiones.

Presentamos algunas conclusiones.-

(a) Durante el siglo XIX la Teoría General de los Contratos, tanto en los ordenamientos jurídicos de tradición romana, como los CommonLaw estuvo dominada por la regla del ‘privity of Contract’; este principio establecía que los contratos beneficiaban y obligaban únicamente a los firmantes del acuerdo;

(b) La falta de vinculación contractual entre los productores de bienes y servicios, y sus destinatarios finales constituía una barrera insalvable que impedía a las víctimas iniciar acciones indemnizatorias contra los agentes dañadores.-

(c) Esta desvinculación legal entre fabricantes de bienes y consumidores, creaba un verdadero amparo que beneficiaba a los productores; de esta forma, se verificaba un traslado de las consecuencias disvaliosas de un daño, del sector empresario hacia el sector de los usuarios y consumidores.-

(d) El ‘ahorro’ por indemnizaciones no pagadas forma una inmensa masa de dinero que acrecienta las utilidades del empresariado;

(e) Las últimas dos décadas del Siglo XX se caracterizaron por la aparición de una verdadera revolución tecnológica; fenómenos como la Internet cambiaron definitivamente los paradigmas de la contratación.-

(f) La producción y consumo a escala convirtió al acuerdo individual en una forma residual de contratación;

(g) La complejidad creciente de la economía obliga a repensar las formas en las que se lleva adelante la comercialización de bienes y servicios.-

(h) En ese marco fáctico, la actividad contractual conexas toma notable relevancia. Se define a dicha actividad como aquella que se concreta mediante una serie de contratos vinculados entre sí; esos acuerdos, derivados de uno que los centraliza, se han celebrado para llevar adelante una tarea económica determinada. La conexidad contractual de estos múltiples acuerdos es un presupuesto para la marcha de un negocio jurídico que, de otra forma, sería inviable.-

(**) Abogada, con orientación en derecho empresarial. Actualmente se desempeña profesionalmente en Estudio “Arazi, Prato, Mariani de Vidal, Merola & Asociados Abogados”. Egresada de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Miembro Ponente en el “Segundo Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocios” 1, 2, 3, y 4 de Junio de 2009, Facultad de Derecho - (UBA). Ayudante de Cátedra en la Práctica Profesional para abogados de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Comisión de Derecho Tributario de la AABA. Colabora con Tesis Doctoral del Dr. Eduardo Laguzzi, del Posgrado en “Derecho Tributario y Finanzas Públicas” de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Publicación: “Comercio electrónico vs. Responsabilidad de Mercado Libre S.A.”. Citar: (elDial.com - DC172A). schellmariangeles@hotmail.com

Referencias Bibliográficas:

(*) Expte. 46.722/04 - “Lefevre, Claudia Alejandra c/HSBC Bank Argentina S.A. y otro s/ ordinario” – CNCOM – SALA E – 10/08/2011 (elDial.com - AA6FCC)

(1) Dante RUSCONI. Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2010, página 71.

(2) No hay lugar para la incertidumbre: Link realiza esta actividad de manera profesional, brinda un servicio destinado a consumidores y

usuarios, forma parte de la comercialización de bienes y servicios; por tanto, está comprendido en el artículo 2º de la Ley 24.240. Ergo, está obligado al cumplimiento de todas las obligaciones emergentes de ese estatuto. Y, como acertadamente decía el veredicto citado párrafos atrás, debe asumir el riesgo empresario que el negocio le impone, debe soportar sus contingencias y, sobre todo, debe evitar la ocurrencia de daños en la persona y patrimonio de los usuarios, asumiendo en todo caso las consecuencias dañosas derivadas de su actividad. En definitiva, también voy a rechazar este segundo argumento presentado por la Red Link S.A...Ver Expediente administrativo N° 441-09 STR. Adao Iturrasgarai Maciel c/ Banco del Chubut S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor. Rawson, 8 de junio de 2010. DISPOSICIÓN N° 068/10 DGDP.CyU. Fdo. Dra. Silvina DAVIESBORDENAVE y Dr. Fernando E. SHINA. Fuente. elDial.com.

(3)La conducta que ocasionó el daño es la existencia de esos vicios en la cosa que esas empresas utilizan para el giro de su negocio. Su funcionamiento óptimo es exigible y ante las fallas deberán responder. Se trata de un factor de atribución objetiva de responsabilidad: si el cajero falla, por el motivo que sea, objetivamente debe responder quien con él se beneficia. No es necesario hacer un análisis de la conducta obrada por el cuadro gerencial de Link o del Banco del Chubut. No es necesario indagar sobre su culpa o dolo. Expediente administrativo N° 441-09 STR. Adao Iturrasgarai Maciel c/ Banco del Chubut S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor. Rawson, 8 de junio de 2010. DISPOSICIÓN N° 068/10 DGDP.CyU. Fdo. Dra. Silvina DAVIESBORDENAVE y Dr. Fernando E. SHINA. Fuente. elDial.com.

(4) Lefevre demandó el cobro de una indemnización por los perjuicios sufridos a raíz de un robo del que fue víctima en marzo de 2004 cuando se disponía a operar un cajero automático de "HSBC" para efectuar un depósito de U\$S 7.520. Responsabilizó, por un lado, al banco por no haber observado las medidas de seguridad exigidas por el BCRA, ya que en el cajero no instaló la cerradura obligatoria,

sistema de alarma ni sereno y, por otro, a "Banelco", con sustento en la LDC, por participar de la cadena de comercialización del servicio de cajero automático. Postuló la nulidad de las cláusulas contractuales por las que se exoneraba de responsabilidad a "Banelco" y reclamó \$ 22.184 por daño emergente, \$ 5.000 en concepto de daño psicológico y \$ 5.000 por daño moral –demanda (fs. 42/58)–"Banelco" negó la ocurrencia del hecho denunciado y postuló el rechazo de la demanda argumentando que no resultó aplicable la LDC ya que no medió relación de consumo entre la accionante y su parte, que sólo se vinculó contractualmente con la entidad financiera que es usuaria del servicio que presta. Cuestionó la procedencia y cuantía de los daños reclamados –contestación a la demanda (fs. 141/8)– Expte. 46.722/04 - "L.C.A. c/HSBC Bank Argentina S.A. CNCOM – SALA E – 10/08/2011. FUENTE: elDial.com.

(5)Ver Expediente administrativo N° 441-09 STR. Adao Iturrusgarai Maciel c/ Banco del Chubut S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor. Rawson, 8 de junio de 2010. DISPOSICIÓN N° 068/10 DGDP.CyU. Fdo. Dra. Silvina DAVIESBORDENAVE y Dr. Fernando E. SHINA. Fuente. elDial.com

(6)Que, el funcionamiento de todo el sistema de operaciones por cajeros automáticos involucra la actividad de muchos sujetos que, finalmente, integran su actividad en una finalidad común: lograr que los usuarios ejerzan desde prácticamente cualquier lugar del mundo operaciones crediticias (Extracción de dinero, depósitos, pagos de servicios, transferencias de fondos, etc.). Todos esos sujetos que están implicados en una única actividad integrada son indispensables para este logro. En otras palabras, sin operador de cajero automático, no hay débito automático para el usuario. La entidad bancaria y el operador se funden en la prosecución de una finalidad, y lucran con ese resultado que se traduce, obviamente, en un mejor servicio para el cliente titular de la tarjeta de débito..."Expediente administrativo N° 441-09 STR. Adao Iturrusgarai Maciel c/ Banco del Chubut S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor. Rawson, 8 de junio de 2010. DISPOSICIÓN N° 068/10 DGDP.CyU. Fdo. Dra. Silvina

DAVIESBORDENAVE y Dr. Fernando E. SHINA. Fuente. elDial.com

(7) Por un lado, los bancos y cajeros automáticos, les extienden a los usuarios ese único comprobante, pero luego, ante la ocurrencia de un evento dañoso, no vacilan en quitarle todo valor probatorio al documento que ellos mismos emiten para certificar la validez de la operación. De esta forma, el usuario se encuentra atrapado en una encerrona de la cual no tiene escapatoria. Realiza su operación, conserva el comprobante que le entregan, pero cuando quiere utilizarlo se le dice que es del todo inútil para favorecer su queja. Es por eso que el artículo 53° de la LDC prevé que sea el proveedor de servicios, generalmente empresas con gran capacidad técnica, financiera y humana, sea la parte que más esfuerzo debe realizar en materia de cargas probatorias, exigiéndole un deber de colaboración que en mucho excede lo hecho por el Banco y por Link en este procedimiento administrativo... Expediente administrativo N° 441-09 STR. Adao Iturrusgarai Maciel c/ Banco del Chubut S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor. Rawson, 8 de junio de 2010. DISPOSICIÓN N° 068/10 DGDP.CyU. Fdo. Dra. Silvina DAVIESBORDENAVE y Dr. Fernando E. SHINA. Fuente. elDial.com

(8) Sintetizando, en vínculos como el que nos ocupa, cada contrato que integra la red o sistema contractual analizado individualmente es un acto jurídico bi o plurilateral productor de relaciones típicas o atípicas. Esta clase de contratación no configura un nuevo contrato atípico ni una unión de contratos externa o con dependencias temporales o funcionales; genera una red contractual donde los efectos de cada contrato individual inciden en los restantes contratos de forma mayor o menormente directa. Por todo ello, es claro que el aislacionismo contractual es estéril en esta clase de negocios masivos; entre los contratos individuales que los instrumentan existe una relación simbiótica insoslayable e imprescindible que posibilita la consecución de una finalidad supracontractual, no siempre evidente

(La conexidad contractual y los sistemas abiertos de tarjeta de crédito. Pablo D. Frick y Carolina Britto. Fuente: (elDial.com - DC6F8)).

(9) Al analizar el ‘contrato de tarjeta de crédito’ no podemos soslayar que detrás del mismo subyace un negocio plurilateral complejo que requiere para su viabilidad la existencia de dos o más contratos individuales que -en principio- resultan jurídicamente autónomos. Ello por cuanto el ‘sistema’ de tarjeta de crédito se basa en una operatoria integrada por diferentes contratos bilaterales, individuales, consensuales, sinalagmáticos, de ejecución continuada y jurídicamente independientes destinados a conformar un sistema de contratos coligados por su finalidad, para cuya eficacia es necesaria la coordinación de todos y cada uno de sus participantes. (La conexidad contractual y los sistemas abiertos de tarjeta de crédito. Pablo D. Frick y Carolina Britto. Fuente: (elDial.com - DC6F8)).

(10) La Red Link integra una parte de esa red contratos; más aún: es parte esencial de esa compleja operatoria que vincula al usuario con múltiples sujetos que resultan ser deudores de la prestación de un servicio; el de cajero automático, en el caso concreto de este expediente. Esta compleja red de contratos, es analizada por la doctrina bajo lo que se denomina una ‘perspectiva sistemática’ de los contratos. Así expresan que “La teoría jurídica que permita explicar y establecer reglas para solucionar los conflictos que presentan las redes no puede dejar de considerar la novedad que ellas presentan. El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la interacción de un grupo de contratos que actúa en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios. Este enfoque permite establecer que hay una finalidad comercial supracontractual que justifica el nacimiento y funcionamiento de una red (Expte. administrativo N° 441-09 STR. Disposición N° 068/10 - “A.I.M c/ Banco del Chubut S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor DIRECCIÓN GENERAL DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS 08/06/2010..Fdo. Dra. Silvina DAVIESBORDENAVE y Dr. Fernando E. SHINA. Fuente: (elDial.com - AA63BB)).

(11) “En lo que atañe a la responsabilidad endilgada a “Banelco”, corresponde señalar que la referida entidad, en realidad, sólo se vinculó contractualmente con “HSBC”. Es el banco quien, de acuerdo a lo examinado precedentemente, tiene a su exclusivo cargo la seguridad de los usuarios en el ámbito en que se ubican los cajeros automáticos...en el sub examine, los daños que la actora dijo padecer no se generaron por una falla del sistema implementado por “Banelco” ya que, según los dichos de la propia accionante, el delito consistió en el robo de los sobres que contenían el dinero sin que haya llegado a operar en el cajero automático.”Expte. 46.722/04 - “Lefevre, Claudia Alejandra c/HSBC Bank Argentina S.A. y otro s/ ordinario” – CNCOM – SALA E – 10/08/2011. (elDial.com - AA6FCC)

(12) Fenómenos como el que nos ocupa conmueven a la doctrina jurídica clásica, esto es, la ceñida a los códigos decimonónicos, entre los cuales -como sabemos- se encuentra nuestro código civil. La conexidad contractual constituye un aspecto novedoso de la complejidad que reviste la responsabilidad de los integrantes de contratos coligados; su tratamiento aún se encuentra en un estado larval que progresivamente está evolucionando en la doctrina y jurisprudencia más moderna. (La conexidad contractual y los sistemas abiertos de tarjeta de crédito.Pablo D. Frick y Carolina Britto. Fuente: (elDial.com - DC6F8)).

(13) “La posibilidad de que pueda demandarse la responsabilidad del fabricante del producto elaborado por quien no contrató con él, se basa en lo que puede denominarse los deberes de tráfico que vinculan al fabricante con el consumidor mediante la realización de ventas encadenadas que darían así lugar a obligaciones contractuales de protección, asumidas frente a terceros. (CNCom. Sala B, del 25/09/1985. El fallo citado fue tomado de Juan M. FARINA. Contratos comerciales modernos, T 1. Ed. Astrea, año 2005, página 277).

(14) A la luz de todo ello y valorando, insisto, que la accionante probó todo aquello que se encontraba a su alcance en relación al efectivo acaecimiento del robo y que "HSBC" no sólo no produjo idóneamente la prueba más certera a su alcance sino que además tampoco concretó otro medio probatorio eficaz para desvirtuar lo sostenido por la contraparte, propondré la desestimación de las quejas mediante las que "HSBC" y "Banelco" cuestionaron lo considerado en la sentencia sobre el efectivo acaecimiento del hecho delictivo denunciado.-(Expte. 46.722/04 - “Lefevre, Claudia Alejandra c/HSBC Bank Argentina S.A. y otro s/ ordinario” – CNCOM – SALA E – 10/08/2011 elDial.com - AA6FCC)

(15) En síntesis: las obligaciones de pago que esta Disposición les impondrá a las entidades, tanto la multa como la contemplada por aplicación del artículo 40° bis de la Ley 24.240, deberán ser asumidas por solidariamente. La fuente de esa solidaridad es de origen legal, en congruencia con los artículos 40° de la LDC y 700 del Código Civil. En ese orden se ha dicho que “La ley constituye la otra gran fuente de solidaridad. La solidaridad legal es impuesta, por lo general, en aquellas hipótesis que el legislador quiere proteger con el máximo rigor posible la situación del acreedor, de manera de asegurarle el cobro del crédito.” (BUERES – HIGHTON. Código Civil. T° 2. Ed Hammurabi, año 2008, página 667. El subrayado me pertenece). Sin dudas ese fue el criterio que siguió el legislador de la ley 24.240: asegurar el cobro de los usuarios ofreciéndoles un frente común de deudores. Ver Expediente administrativo N° 441-09 STR. Adao Iturrasgarai Maciel c/ Banco del Chubut S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor. Rawson, 8 de junio de 2010. DISPOSICIÓN N° 068/10 DGDP.CyU. Fdo. Dra. Silvina DAVIESBORDENAVE y Dr. Fernando E. SHINA. Fuente. elDial.com.

La prescripción en las relaciones de consumo.

Una cuestión de orden público

por Fernando E. Shina y Mariángeles Schell (*)

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial.com - DC17BD

[Consultado el: 15/07/2021]

Sumario:

I. Prólogo. II. El paso del tiempo en el Derecho. III. La Prescripción y el Derecho del Consumidor. IV. El microsistema legal propuesto por la Ley 24.240. V. El péndulo oscila pero siempre se detiene del lado del consumidor afectado. VI. La jurisprudencia. Anotamos algunos fallos. VII. ¿Qué significa el Orden Público? VIII. El rol del orden público y la prescripción. IX. Conclusiones:

I. Prólogo.

La vejez, además de las inevitables marcas del tiempo, trae consigo un premio inestimable recogido pacientemente en los años jóvenes: los recuerdos. Y no debe el lector confundir a éstos con la memoria, cuya importancia es menor y a lo sumo sirve para disputar una discusión hogareña sobre la fecha de nacimiento de un familiar, o el casamiento de una prima que tanto conflicto trajo a la stirpe por la inoportuna elección de un marido indigno, o ligero en sus conceptos, o con valores opuestos a las tradiciones de esa familia. Naturalmente, los recuerdos cumplen una misión mucho más importante que esa colección de datos estadísticos.-

En primer lugar, la evocación debe ser complaciente con el sujeto que acude a ella para aliviar su soledad. Por eso, la nostalgia requiere dos ingredientes que no pueden faltar, pues si se omiten es probable que la tragedia ocupe su lugar. Ellos son, el olvido y la piedad. Porque sin las distracciones del olvido es imposible recordar nada, pero sin las indiscreciones de la piedad listas para intervenir adecuadamente sobre los hechos pretéritos, alterándolos levemente, todo recuerdo se convierte en una venganza del pasado. La memoria, en ese caso, pasa a ser la repetición del infortunio.-

II. El paso del tiempo en el Derecho.

El Derecho también tiene sus cuitas con el paso del tiempo. La prescripción por caso. Esa regla que deja en manos del tiempo la adquisición de un derecho, o la liberación de una obligación que ya no puede ser exigida. Tiene razón LÓPEZ MESA cuando dice: “El tiempo influye de diversas maneras en las relaciones jurídicas; como principio, puede decirse que el transcurso del tiempo no es neutro en el Derecho. El transcurrir de un período de tiempo incide en los derechos subjetivos de las personas; ya sea permitiendo adquirirlos, por vía de la usucapión, o extinguiendo la posibilidad de exigir un determinado crédito, en virtud de la prescripción liberatoria o el transcurso de un plazo de caducidad” (1) Y cuando intervienen créditos y derechos subjetivos, la cosa trasciende a la nostalgia y el transcurso del tiempo hace nacer derechos y también extingue obligaciones. “Como regla todas las acciones prescriben, salvo aquellas en las que expresamente la ley establece lo contrario; en caso de duda, debe estarse, pues, por la prescriptibilidad” (2).-

No parece controvertido el fondo axiológico que subyace en el instituto de la prescripción, ni la trascendencia que tiene en el Derecho. Porque lo que está detrás de ella es, ni más ni menos, la certeza; ese estado de la conciencia que quizás sea el máspreciado y al mismo tiempo el más esquivo de todas las precepciones que puede tener un individuo. Hay, sin embargo, cierta sobrevaloración de la certeza. Particularmente si se tiene en cuenta que la única certidumbre

que a priori tenemos es muy poco optimista y en nada ayuda a tranquilizar el espíritu, ni aliviar a la conciencia de las angustias cotidianas.-

Pero en el mundo del Derecho, que por cierto es muchos menos complejo, la certeza jurídica sí lleva tranquilidad al sujeto liberándolo de las inquietudes a las que está sometido por la sola existencia de relaciones legales en las que, ya sea como deudor o como acreedor, está inexorablemente subordinado. La relación jurídica es, desde luego, fuente de riqueza, pero también de tensiones que directa o indirectamente afectan al individuo. Nadie puede estar subordinado de por vida a una reclamación eventual, o aguardando una eternidad para adquirir lo que de hecho ya posee. La prescripción, precisamente, viene a resolver esas cuestiones procurando dar certezas en el universo de la juridicidad. Por eso dice correctamente LÓPEZ MESA: “La prescripción es hija de la seguridad jurídica. En efecto razones de orden social y económica imponen la necesidad de que, transcurrido cierto tiempo, queden definidas y exentas de peligro las situaciones jurídicas. La prescripción pone fin a la incertidumbre, la inestabilidad y la falta de certeza de los derechos impidiendo que ellos puedan ser objeto de revisión o perturbación después de pasado cierto tiempo.”(3)

Sin embargo, si bien es unánime la aceptación del principio de la extinción de las relaciones jurídicas por el paso del tiempo, las dudas y con ellas las interpretaciones diversas que los autores proponen a debate, no son acerca de la naturaleza jurídica de la Prescripción, sino sobre los plazos específicos en que el instituto opera sus efectos.-

En ese sentido, la Prescripción gira en torno a un único interrogante que presente múltiples respuestas; a saber: ¿cuál es ese tiempo oportuno que sirve para liberar al deudor de las exigencias de su acreedor, o para autorizar adquisiciones de derecho? La contestación de este dilema lleva años de imprescriptible discusión. El jurista FARINA expone la diversidad legal en el tratamiento de este

asunto: “Lo cierto es que tanto el Código Civil como el de Comercio establecen distintos plazos de prescripción liberatoria, según cuál sea la causa que genera el vínculo obligatorio. Así, el Código Civil establece un claro distingo entre los plazos de prescripción, según se trate de obligaciones nacidas de responsabilidad aquiliana o nacidas de un vínculo contractual, y con respecto a estas últimas los términos difieren según el contrato típico de que se trate.”(4)

La irrupción de la renovada ley 24.240 en el mundillo del Derecho privado, sumada a la inclusión de los derechos del consumidor en la familia de los constitucionales le agrega al debate una voz propia que promete no ayudar a la convergencia. Ello así porque los plazos de prescripción establecidos en el estatuto consumerista son distintos a los establecidos en otros compendios legales; en algunos casos son más cortos, y en otros más largos; sin embargo, hay un principio que se mantiene inmutable: el favor debilis, que indica que todo favoritismo legal beneficia al débil de la relación; es decir al consumidor o el usuario. Es como explica LORENZETTI, el ‘orden público de protección de la parte débil’: “El problema aquí es que las partes pueden haber emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento, pero hay una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino mera adhesión...La doctrina ha tenido ocasión de señalar que la interpretación de la regla ‘favor debitoris’ debe ser entendida en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato. En relación a la hermenéutica de las denominadas ‘condiciones generales de contratación’ se ha dicho que debe hacer contra el predisponente.”(5)

En resumen, y anticipando las conclusiones de este trabajo, señalamos que todo lo relacionado a los plazos de prescripción seguirá la directiva de ese principio rector, favoreciendo al consumidor o usuario.-

III. La Prescripción y el Derecho del Consumidor.

La influencia cada vez más marcada de la Ley de Defensa del Consumidor obliga a nuevas reflexiones acerca de la Prescripción. Ya sea porque se alargan los plazos de un derecho o porque se acortan los plazos para llevar adelante una exigencia legal. En principio, y sin perjuicio del desarrollo posterior, adelantamos que nos sumamos a la opinión de quienes sostienen que en el Derecho del Consumidor se alargan los tiempos del usuario y se acortan los del proveedor de bienes y servicios, porque como veremos enseguida la finalidad tuitiva de esta ley apunta a equilibrar las ventajas que unos tiene sobre los otros.-

Dicho de otro modo, en materia de prescripción:

Se prolonga el tiempo durante el cual el usuario puede reclamar un derecho, y se reduce el que dispone el proveedor para exigir una acreencia.-

Este tema, tan controvertido en doctrina como inevitable en la discusión que propiciamos, debe ser abordado considerando los diversos aspectos que lo rodean; si ellos se omiten o esquivan se corre peligro de convertir el instituto de la prescripción en un mero conteo aritmético de términos. Está claro que es mucho más fácil calcular los días de un plazo fijo, que fijar con precisión el plazo en el que nace un derecho o se extingue una obligación.-

A nuestro modo de ver, todo lo concerniente a la prescripción debe ventilarse abiertamente para definir las fronteras de este microsistema legal que regula las relaciones de consumo. Pues en verdad, la ley 24.240 no solamente legisla sobre las relaciones de consumo sino que es el marco legal que contiene, con regulaciones específicas, a las sociedades de consumo. De de allí su máxima importancia dentro de la macroeconomía de un país, y su relevancia en la agenda política de sus gobiernos. En definitiva, esta cuestión del consumo nos involucra a todos, todo el tiempo.-

IV. El microsistema legal propuesto por la Ley 24.240.

Empecemos por referirnos al sistema jurídico propuesto en la ley de Defensa del Consumidor.-

LORENZETTI dice: “El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo.”⁽⁶⁾ Compartimos esta reflexión que, naturalmente, tiene desenlaces lógicos. Al producirse la reforma constitucional del año 1994, los derechos del consumidor tomaron para sí el rango de mayor jerarquía dentro de la dogmática positiva. La ley 24.240, que regula esos derechos, establece ciertos principios, alguno de los cuales resultan novedosos en nuestro medio; ellos a veces alteran, o modifican, o directamente derogan otros más antiguos y, sobre todo, de menor escalafón dentro del ordenamiento.-

Esta circunstancia, que se relaciona con el esquema lógico del sistema legal, determina que las soluciones que se proponen para las infinitas relaciones de consumo deban ser buscadas, y preferentemente encontradas, dentro de ese mismo estatuto. Por eso se dice que es un sistema autónomo. Quizás resulte más apropiado decir que la ley de defensa al consumidor es una estructura normativa endógena porque las situaciones que se originan entre los usuarios y consumidores, y los proveedores de bienes y servicios deben ser resueltas –en principio - desde su interior, sin apelaciones a la externalidad normativa de otros textos legales. En otras palabras: sólo cuando no haya soluciones jurídicas en el interior del sistema se las debe buscar en el exterior.-

Entre los principios más destacados de esta estructura normativa sobresale el final del segundo párrafo del artículo 3º LDC, que prescribe: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al

consumidor.” La importancia de este principio es decisiva, porque es el núcleo central de autonomía del microsistema. Actúa como un árbitro de última instancia que interviene cuando la concurrencia de varias normas, todas aptas para solucionar un mismo problema, pujan, equidistantes, dejando a la cuestión empatada, y sin que se sepa por cuál de ellas optar. Ante la casuística infinita que suponen las igualmente infinitas relaciones de consumo, un rector de las características del artículo 3º es imprescindible. Caso contrario, todas las situaciones serían susceptibles de regularse por más de una norma jurídica. Y de hecho lo son, o pueden serlo. Pero por imperio del citado artículo cuando hay concurso de normas prevalecerá aquella que contenga disposiciones más favorables para el consumidor afectado.-

V. El péndulo oscila pero siempre se detiene del lado del consumidor afectado.

El artículo 50 LDC es un ejemplo de las extrañas oscilaciones que con frecuencia aparecen en la dogmática jurídica; la norma que comentamos es como un frágil balancín donde se mecen los plazos (breves) y los principios (contundentes). El texto dispone un término que marca el fin de un beneficio, pero inmediatamente se postula un principio que decreta su prórroga. Transcribimos la norma para que se comprenda bien esta dualidad que confronta plazos ceñidos con principios holgados. La primera parte de la norma ajusta un derecho sometándolo a un plazo breve, pero la segunda parte lo libera y permite que éste llegue hasta su máxima extensión posible:

Art. 50 LDC - Prescripción. “Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de TRES (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.”

De entrada el lector advierte que este artículo contiene un plazo distinto, y considerablemente inferior al establecido en el artículo 4023 del Código Civil. Anotamos también esa norma:

Artículo 4023 Cód. Civil. “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátese de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto uno menor.-

En los hechos se plantea un dilema, que también es una paradoja falsa. Porque, podría suponerse que la norma protectoria de los usuarios establece para ellos condiciones más apretadas en materia de prescripción que la normativa general. Sin embargo, el dilema se resuelve nuevamente dentro del propio microsistema. Así, el segundo párrafo del artículo 50° establece que: “cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazo de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario.” Se requiere una labor interpretativa armónica de este artículo con el principio rector sentado en el artículo 3°. Y esa hermenéutica no puede ser otra que la de permitir que el usuario se mude – provisoriamente - a otro sistema normativo para buscar en él soluciones más benéficas que las establecidas en el propio. Es, ciertamente, una situación excepcional, pero que también se resuelve dentro del microsistema: se debe aplicar la norma de más provecho para el usuario. Y, no caben dudas que el máximo rendimiento está en el artículo 4023 del Código Civil. Y a esa norma se acogen los integrantes de esta clase. Por eso solicitan, desde ahora y en base a la fundamentación expuesta, la aplicación del término de prescripción más largo.-

VI. La jurisprudencia. Anotamos algunos fallos.

(i) “Por nuestra parte, adherimos a la postura amplia, que es compatible con la finalidad tuitiva del consumidor consagrada en la Constitución Nacional. Por ello, la recta interpretación del art. 50 de la ley de defensa del consumidor, a la luz de la Constitución Nacional y

la finalidad del legislador, nos lleva a entender que las acciones a que dicha disposición se refiere no son sólo las explícitamente enunciadas en el texto de la ley 24.240, sino todas aquellas que nazcan del conjunto de los instrumentos legales que tutelan al consumidor a partir de la relación de consumo. Con la reforma de la ley 26.361, la nueva redacción del art. 50 no da lugar a dudas: cuando exista un plazo de prescripción previsto por una ley especial, debe aplicarse el más favorable al consumidor y/o usuario.”(7)

A nuestro modo de ver, esta preferencia también actúa cuando afuera del microsistema consumeril existan normativas más favorables al consumidor que las dictadas en su propia casa.-

(ii) El Sr. R.A.B. adquirió un inmueble nuevo a estrenar destinado a vivienda, y ha quedado comprobado que al poco tiempo de empezar a hacer uso del bien comenzaron a detectarse varios problemas que estaban ocultos..., teniendo en cuenta que la parte demandada continúa insistiendo con que ha expirado el plazo de prescripción previsto en el art.4041 del Código Civil, es oportuno resaltar que en la especie resulta aplicable la ley 24.240 que tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios y prevé un plazo de prescripción de tres años, que en el caso resulta más favorable al actor (art.50).(8)

(iii) “Sin embargo, la interpretación que propicio se ha visto plasmada en la reforma introducida por la ley 26.361 que agregó el siguiente párrafo al art.50 "Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente (3 años) se estará al más favorable al consumidor ".(9)

(iv) Además encuentra apoyo en dos principios rectores en la materia: el primero, que nos indica que en materia de prescripción debe prevalecer un criterio de apreciación restrictivo pues en caso de duda debe estarse por aquella que mantenga vivo el derecho; el segundo que refuerza el anterior e impide arribar a una decisión

distinta a la que propongo, es el establecido por el art. 3° de la ley 24.240 que establecía que "en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor" y cuyo texto conforme la ley 26.361 dispone que "en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor."(10)

Advierta el lector la importancia de este veredicto. En él se conjugan tres factores gravitantes que propician la aplicación del plazo más largo de prescripción (cuando esa prórroga favorece al débil de la relación de consumo). Analicemos.-

Uno: este aspecto se refiere al propio instituto de la prescripción; dado que se trata de una defensa que no se inspira en rebatir hechos o esclarecer cuestiones de fondo sino en contar días, su interpretación es restringida para favorecer la supervivencia del derecho.-

Dos: las disposiciones contenidas en la ley 24.240 deben interpretarse siempre a favor del consumidor. De tal forma que si afuera del microsistema existen condiciones más favorables al consumidor, ellas deben aplicarse, aún en contradicción con la normativa específica si ella es más gravosa para el consumidor o el usuario.-

Tres: la nueva formulación del artículo 50 LDC, reformado por la ley 26.361, que subordina otros plazos de prescripción existentes a que sean más benignos para los consumidores y usuarios.-

(v) Por último, tengo presente que en relación al Derecho del Consumidor se ha dicho que "la jerarquía constitucional implica, otorgarle un rango superior legislativo a este derecho, incluyéndolo dentro de los nuevos derechos y garantías que pasaron a ampliar el catálogo de la parte dogmática de nuestra Carta Magna... Por ello, se concluye en la especie que la acción derivada de los hechos expuestos en la demanda, conforme el encuadramiento jurídico que "prima

facie" les corresponde a los mismos, no se hallaba al tiempo de su promoción, extinguida por prescripción."(11)

(vi) "Ha sido discutido si corresponde aplicar al contrato de seguro el plazo de prescripción específico establecido por el art. 58 de la ley 17418, cuando también sea de aplicación la ley de defensa al consumidor, puesto que ésta establece un plazo de prescripción de tres años (art. 50 ley 24240) que en el caso resulta ser más favorable para el consumidor... en atención al nuevo texto del art. 50 de la ley de defensa al consumidor, conforme la modificación introducida por la ley 26361, de cuyo texto actual resulta que imperativamente la ley establece que si en otras leyes generales o especiales se establecen plazos de prescripción distintos a los establecidos en esta ley "se estará al más favorable al consumidor o usuario."(12)

(vii) "En los casos en los que surja un conflicto respecto del plazo de prescripción que corresponde aplicar, teniendo como opción la aplicación del plazo de prescripción específico establecido por el art. 58 de la ley de seguros (L. 17418) y el establecido por la ley de defensa al consumidor, corresponderá aplicar el plazo que resulte más favorable al consumidor. Por ello, será de aplicación el plazo de prescripción de tres años, establecido por el art. 50, de la Ley 24240."(13).-

En sintonía con esta jurisprudencia, que poco a poco va marcando una tendencia, buena parte de la doctrina se inclina por este pensamiento, sobre todo al considerar que el artículo 50 LDC fue reformado por la ley 26.361, acotando aún más la interpretación restrictiva que la minoría sigue sosteniendo en materia de prescripción. Así, el autor Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO señala que: "La reforma zanja otra discusión doctrinaria y jurisprudencial, consistente en la determinación de la ley aplicable cuando una misma situación jurídica tenía dos regímenes de prescripción. Por ejemplo, una compraventa comercial prescribe según los términos del Código Civil (diez años), pero si era compraventa de consumo se podía argumentar que prescribía a los 3 años, con lo cual el consumidor se

perjudicaba por ser consumidor. La doctrina propugnaba que en casos como el comentado se estuviera al plazo más favorable para el consumidor (10), solución que es receptada por la reforma.(14). En definitiva, como sostenemos desde el comienzo de este trabajo, determinar un plazo de prescripción no es una cuestión que pueda definirse por el mero conteo de plazos, sino que requiere la aplicación de los principios rectores de la materia; y los que rigen el derecho de los consumidores, inalterablemente, ordenan la aplicación de las leyes más benévolas para los consumidores y usuarios.-

VII. ¿Qué significa el Orden Público?

La ley 24.240, en su CAPÍTULO XVII – DISPOSICIONES FINALES -, contiene el artículo 65°. Esta norma determina que “La presente ley es de orden público...” Nos parece apropiado detenernos brevemente en este concepto para examinar su contenido y sus alcances. Una primera reflexión superficial indica que no todas las leyes tienen la jerarquía que a ésta le asigna el legislador, ni tampoco todos los derechos tienen estado constitucional. Es decir, son contadas las leyes que son declaradas formalmente de Orden Público. Por otra parte, y como ya fuera dicho, los derechos del consumidor tienen rango constitucional y por esa misma razón el sistema jurídico le ha asignado a la ley 24.240 la categoría legislativa de Orden Público jurídico de la nación. En una palabra: hay entre el Orden Público y los derechos constitucionales una vinculación estrecha; el orden público asignado a una ley de la nación es consecuencia inmediata de los derechos constitucionales que esa ley regula. En ese sentido, LORENZETTI explica: “En esta parte nos proponemos examinar el orden público aplicado a las relaciones jurídicas contractuales y precontractuales de consumo. La vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional.”.(15) Esto significa que la noción de Orden Público viene a consolidar derechos que, por su importancia, tienen un especial interés para la sociedad. Mucho tiempo atrás, y también con relación a estos temas, LLAMBÍAS enseñaba: “Se denomina ‘orden público’ al conjunto de principios eminentes –religiosos, morales,

políticos, económicos – a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”(16). Más recientemente, LORENZETTI completa la idea señalando que: “El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho del Consumidor...en los casos que se presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho consumerista. Se trata de uno de los denominados ‘derechos civiles constitucionalizados’” (17)

En sumario:

a. La ley 24.240 es de ‘Orden Público’, conforme lo establece el artículo 65° LDC.-

b. El ‘Orden Público’ se define como una categoría que incluye valores éticos, morales y económicos fundamentales para la organización de una sociedad.-

c. Los derechos del consumidor, son Derechos constitucionales, conforme la nueva redacción del artículo 42° de la Constitución Nacional.-

d. La noción de ‘Orden Público’ consolida el rango jerárquico de los Derechos del consumidor dentro de nuestro ordenamiento jurídico.-

Ergo:

No resulta lógico razonar que una ley de Orden Público que regula derechos constitucionales en materia de prescripción ceda su jerarquía frente a otras normas de rango inferior.-

Por otra parte, las leyes que alcanzan la categoría de Orden Público son irrenunciables; lo que lisa y llanamente quiere decir que están más allá del Principio de la Autonomía de la Voluntad. FARINA

desarrolla muy bien esta idea que de por sí concluye cualquier debate: “Es esencial otorgar el carácter de orden público a toda norma de carácter tuitivo, pues estando dirigida a proteger a determinados sectores de personas, sea por sus particulares características o bien por encontrarse en ciertas situaciones jurídicas en condiciones de desigualdad, inferioridad o similar, quedaría en simple declaración si el sujeto tutelado pudiera renunciar a la protección que el texto legal le brinda”. (18) El jurista completa su propia idea señalando: “En nuestra opinión la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores y usuarios que impone este Art. 65 no se limita a los derechos emergentes de la ley 24.240, sino a todo derecho a favor del consumidor o usuario que surja de cualquier ley nacional o provincial o disposiciones municipales, en razón de lo dispuesto por el Art. 3º, según el cual el derecho de los consumidores y usuarios se integra con las disposiciones de la ley 24.240, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones con los proveedores de bienes y servicios encuadrables en los arts. 1º y 2º...” (19)

En suma:

Se debe aplicar, en cualquier caso, el plazo de prescripción que resulte más favorable al consumidor o al usuario; lo contrario implicaría una abdicación de derechos prohibida expresamente por la ley. Los beneficios establecidos en la ley 24.240 son, sencillamente, irrenunciables.-

VIII. El rol del orden público y la prescripción.

El instituto de la prescripción se encuentra “imbuido de orden público”. (20) “Más aún –decimos nosotros- si se trata de relaciones de consumo. Sólo la ley establece la prescripción, su plazo y las diversas causales que alteran su curso”.(21)

En el fallo Tarjeta Naranja S.A. c/ Peralta Santiago Ignacio, dictado por la justicia de alzada de la provincia de Córdoba (19-2-2008), se dijo que “en el caso de prescripción opuesta por el

demandado, si bien la ley prevé que a los contratos ya formalizados el titular puede solicitar que se adecuen al nuevo régimen, al tratarse el término de prescripción de normas de interés público, ello no resulta necesario, sino que el nuevo régimen afecta al contrato en curso, al tratarse de una figura jurídica que tiene en miras que las relaciones jurídicas tenga certeza en su extensión temporal. Por ello es que teniendo en cuenta lo normado por la Ley Sustancial a través del artículo 3, la ley debe ser aplicada inmediatamente a las relaciones jurídicas ya existentes. En ese contexto es que el dies a quo (es decir el día en que comienza a computarse el plazo) que se debe tomar es el momento en que se torna exigible la prestación el 10 de septiembre de 1999, y frente a la presentación de la demanda 27 de septiembre de 2002, se entiende que el plazo de prescripción se había cumplido, y en consecuencia la demanda debe ser rechazada..." (El subrayado nos pertenece).-

En otro aspecto se dijo que "El plazo para prescripción no tiene carácter de derecho adquirido, sino que la ley a posteriori puede modificar en orden al tiempo que puede perdurar una obligación, a los fines que se declare la prescripción liberatoria frente a la inacción del acreedor...". Es decir que se trata de establecer en el presente fallo, si rige el plazo de cuatro años (art. 847 inc. 1º C.C., o el de tres años (art. 47 inc. b de la ley 25.565). Sigamos.-

"El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica, tales como la oportunidad para la contestación de la demanda, la apertura del lapso probatorio, y la preclusión de los actos procesales, entre otras."(22)

Entonces, volvemos a la pregunta inicial ¿el orden público es enemigo de las relaciones de consumo? La respuesta negativa nos hace pensar que la prescripción debe ser aplicada de la manera que

resulte más favorable a la parte débil de la relación de consumo, aumentando o reduciendo sus plazos según sea el derecho del consumidor afectado, o su necesidad desobligarse de una exigencia. Porque el instituto de la prescripción no puede quebrar el principio de favor debilis sobre el que se estructura este microsistema legal autónomo que constituye el Derecho del Consumidor.-

IX. Conclusiones.

A modo de síntesis presentamos algunas terminaciones

1) La prescripción es una regla indiscutida del Derecho; sin embargo, no hay un plazo único que comprenda a todas las relaciones jurídicas;

2) El artículo 50 LDC establece un plazo de prescripción (3 años), pero fundamentalmente consolida un principio rector (favor debilis) que resulta congruente con el artículo 3 LDC;

3) La ley 24.240 constituye un microsistema legal endógeno; procura soluciones internas a ese sistema que muchas veces colisionan con textos legales externos;

4) Ante una eventual puja normativa en materia de prescripción, la cuestión deberá resolverse siguiendo la pauta específica prevista en el microsistema legal propio de las relaciones de consumo;

5) Si una norma externa al microsistema resulta más favorable a los derechos de los usuarios o consumidores, se autoriza la ‘mudanza’ a ese orden normativo en beneficio exclusivo de los usuarios o consumidores;

6) La ley 24.240 es un texto calificado como de Orden Público.-

7) Esto significa que sus pautas son irrenunciables para sus beneficiarios y oponibles a quienes invoquen textos legales externos al microsistema;

8) En materia de prescripción, conforme lo establece el texto del artículo 50° LDC reformado por la ley 26.361, se estará siempre al plazo que resulte más favorable a los usuarios y consumidores, sea que éstos quieran adquirir derechos o liberarse de obligaciones de las cuales.-

(*) Abogada, con orientación en derecho empresarial. Facultad de Derecho (UBA). Actualmente se desempeña profesionalmente en Estudio “Arazi, Prato, Mariani de Vidal, Merola & Asociados Abogados”. Fue miembro ponente en el “Segundo Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocios” 1, 2, 3, y 4 de Junio de 2009, Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires. Es Ayudante de Cátedra en la Práctica Profesional para abogados de la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho). Miembro de la Comisión de Derecho Tributario de la AABA. Colabora con la Tesis Doctoral del Dr. Eduardo Laguzzi, del Posgrado en “Derecho Tributario y Finanzas Públicas” de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Publicó artículos sobre el “Comercio electrónico vs. Responsabilidad de Mercado Libre S.A.” (Citar: elDial.com - DC172A). Y sobre la "Clausura vs. Principio de razonabilidad" en www.aaba.org.ar fecha 22-11-11. Las críticas y comentarios que el lector quiera hacer sobre el contenido de este artículo serán muy bien recibidos en mariangeles.schell@gmail.com.-

Referencias Bibliográficas:

(1) Marcelo J. LÓPEZ MESA. Curso de derecho de las obligaciones T° III. Ed. Depalma. Año 2002, página 337.

- (2) CAZEAUX, Néstor Pedro – TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, “Derecho de las Obligaciones”, Ed. LEP (Librería Editora Platense S.R.L.), La Plata, 1991, 3ra ed., t. III, p. 642.
- (3) Marcelo J. LÓPEZ MESA. Curso de derecho de las obligaciones T° III. Ed. Depalma. Año 2002, página 340.
- (4) FARINA, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2008, página 540 y 541
- (5) LORENZETTI, Luis Ricardo. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni. Año 2009, página 27 y 28.
- (6) Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 50.
- (7) C.M.A. c/ Gama S.A. Cámara de Apelaciones Civ. Com. Córdoba. Sala sexta, del 28 de abril de 2009. Fuente: microjuris.com Cita: MJJ43867. el subrayado nos es propio.
- (8) B.R.A c/ Guijon S.A. Cám.Nac. Apelac. Civ. Sala F, del 15 de septiembre de 2009. Fuente: Microjuris.com. Cita: MJ-JU-M-51286-AR | MJJ51286 | MJJ51286
- (9) N.N.G c/ Metrovias S.A. Cám. Nac. Apelac. Civ Com., sala H, del 23 de abril de 2009. fuente: Microjuris.com. Citar Cita: MJ-JU-M-44074-AR | MJJ44074 | MJJ44074. El subrayado es propio.
- (10) N.N.G c/ Metrovias S.A. Cám. Nac. Apelac. Civ Com., sala H, del 23 de abril de 2009. fuente: Microjuris.com. Citar Cita: MJ-JU-M-44074-AR | MJJ44074 | MJJ44074. El subrayado es propio.
- (11) Citar: elDial.com - AA56E3 Causa N° 5057 - "De San Joaquín Sergio Marcelo c/ La Nueva Metrópol S.A. s/ Daños y Perjuicios" - CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ZARATE-CAMPANA (Buenos Aires) – 11/08/2009

(12) Citar: elDial.com - AA55A1. G. R. Daniel c/ Río Uruguay Cooperativa de Seguros Ltda. - ordinario - " - CÁMARA OCTAVA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA - 11/06/2009

(13) Citar: elDial.com - AA536C C. R M c/ AGUAS CORDOBESAS S.A. CÁMARA OCTAVA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA - 05/03/2009

(14) Martínez Medrano, Gabriel A. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor Ley 26.361. 20-may-2008. Cita: MJ-DOC-3439-AR | MJD3439

(15) LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 24. El subrayado es propio.

(16) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil – T° 1. Ed. Abeledo Perrot, año 1982, 158.

(17) LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 45. El subrayado es propio.

(18) FARINA, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2008, página 653.

(19) FARINA, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2008, página 655. El subrayado es propio.

(20) SALERNO, Marcelo Ubaldo, “Prescripción Liberatoria y Caducidad”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 26.

(21) OSSOLA, Federico Alejandro. La Ley 6/11/2006: “La prescripción Liberatoria en las relaciones de consumo”.

(22) Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz. Sentencia Sala Constitucional Nro. 2201 del 16/09/2002. <http://www.ambitoaduanero.com>.

Los derechos constitucionales y la relación de consumo. Derecho de litigar sin gastos y la justicia gratuita ¿Una bicicleta sin pedales?

por Fernando E. Shina y Pablo Gómez (*)

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC1816

[Consultado el: 15/07/2021]

1. Introducción.

Toda pregunta es un borrador de su respuesta. Dentro de la estructura del pensamiento, la forma interrogativa interviene para limitar las omisiones de un conocimiento imperfecto pero embrionario. No se pregunta desde la ignorancia sino desde un estado intermedio de la conciencia, equidistante entre la certeza y la duda. En la mayoría de los casos, la respuesta –aún la negativa– ratifica lo que sugiere la pregunta. Así, quien consulta el precio de un artículo admite que ese bien tiene un valor y que deberá pagarlo si quiere adquirirlo para su provecho. Por el contrario, a nadie se le ocurriría preguntar el precio que debe pagar para abrir un regalo. Porque esa duda no está integrada al funcionamiento habitual del pensamiento. Hasta podríamos afirmar que ésa no es una vacilación sino una incongruencia. Del mismo modo, nadie consulta en una tienda si las bicicletas se venden con o sin pedales, porque sin ellos el desplazamiento juvenil, sano y vertiginoso que propone la bici se arruina irremediablemente.-

Bien:

Una justicia gratuita que no contemple –a su vez- el beneficio de litigar sin gastos es tan inservible como una bicicleta sin pedales.-

Para meternos de lleno en el asunto, formulamos una serie de dilemas apócrifos. Veamos:

(i) ¿Puede un derecho constitucional concederse de forma tal que su derogación esté implícita?

(ii) ¿Se puede postular la gratuidad de un derecho para luego imponerle una onerosidad que anula esa gracia?

(iii) ¿Existe la justicia gratuita sin beneficio de litigar sin gastos?

En otras palabras:

¿De qué le sirve a un consumidor o usuario eximirse del pago de la tasa de justicia, si luego tiene que pagar gastos causídicos de un pleito?

Como ya habrá advertido el lector, el objeto de este ensayo es determinar si la denominada justicia gratuita, tal como está prevista en el artículo 53° y 55 ° LDC, comprende al denominado ‘beneficio de litigar sin gastos’ contemplado –a su vez- en el artículo 78 y siguientes del código de rito.-

El derecho del consumidor pretende ampliar el ámbito de protección del individuo frente a los abusos de los proveedores. Se revigorizan los derechos del individuo frente a la empresa, y de su mano se amplía la protección de derechos humanos tales como la privacidad, la integridad física, el acceso a la información, la propiedad, etc. (1) Para poder tutelar eficazmente a estos derechos es necesario que el Estado adopte medidas para que los consumidores solucionen en forma rápida y gratuita las controversias que se suscitan durante una relación de consumo. La gratuidad automática y amplia que propiciamos inexorablemente se traduce en una mayor confianza en el mercado y en un beneficio al capital en tanto se logra consolidar un capitalismo de cálculo seguro, dejando de lado toda especulación aventurera. El proveedor necesita hacer estimaciones de costo y beneficio sabiendo que cualquier defecto o imperfección en el

producto o en la provisión del servicio le costará una suma de dinero que debe contemplar en sus presupuestos. Tiene que estar seguro de que será demandado cada vez que un cliente resulte decepcionado, de esa manera aumenta su propensión a invertir en perfeccionar los bienes y servicios que oferta en el mercado. Contrariamente a lo que muchos suponen, con más prejuicios que argumentos, las legislaciones más estrictas y severas benefician a la sociedad de consumo y aumentan la rentabilidad de cualquier negocio porque hacen que se incremente el volumen del tráfico mercantil.-

En síntesis:

Un consumidor robustecido por leyes que lo privilegian es el más poderoso motor de la sociedad de consumo. Hace que el negocio se acreciente porque una mayor garantía legal incentiva el consumo.

Es en este punto donde el beneficio de la justicia gratuita juega un papel importante. Cabe recordar que este instituto ya había sido traído a nuestro ordenamiento jurídico en 1993. En su redacción original la ley 24.240 otorgaba a las acciones judiciales emergentes de la ley de Defensa del Consumidor el beneficio de la justicia gratuita. Sin embargo, el Poder Ejecutivo decidió observar el artículo 53 de la ley 24.240 argumentando que “el beneficio de litigar sin gastos, o carta de pobreza, se encontraba regulado en forma específica por las leyes provinciales locales, conforme a los requisitos establecidos en ellas, y tornaba innecesaria la previsión del art. 53...” (2). De esta manera, se asimiló al beneficio de Justicia Gratuita con el Beneficio de litigar sin gastos. Es decir que desde sus orígenes se sabía que ‘justicia gratuita’ y ‘beneficio de litigar sin gastos’ son conceptos de igual significado. Sólo una interpretación antojadiza y forzada puede hacer distinguos entre ellos.-

La posibilidad de litigar sin gastos es un beneficio imprescindible para los consumidores y usuarios; sin este amparo no podrían acceder a la justicia, por dos motivos primarios. Uno, porque las más de las veces el usuario damnificado no cuenta con recursos

suficientes para intentar un reclamo largo e incierto. El segundo, quizás sea aún más frecuente que el anterior, porque todos saben que los reclamos individuales son insignificantes en términos económicos. Por tanto, difícilmente alguien quiera correr el riesgo de afrontar gastos que resulten superiores al valor de la recompensa que puede esperar, aun saliendo airoso de tribunales.-

Dicho en otras palabras, y utilizando un ejemplo que se repite con frecuencia:

Nadie va a reclamar por un servicio de telefonía celular deficiente, si el premio judicial que promete esa contienda es de unos pocos pesos, y el riesgo de una tramitación fallida le puede insumir miles de pesos.-

Nadie asume grandes riesgos para obtener pequeños provechos. Esta regla es general y propia del comportamiento humano. En este sentido, sostenemos que el beneficio de litigar sin gastos automático, postulado en artículo 53° LDC, libera al consumidor o usuario de la contingencia propia de cada batalla judicial. Quiso el legislador ponerlo a salvo de un incidente cuyos resultados no son seguros. A nuestro modo de ver, también utilizó esta herramienta procesal para advertir a los productores y proveedores de bienes y servicios que sus clientes podrán atacarlos judicialmente con mucha facilidad; esa circunstancia funciona como un incentivo para que los productos que comercializan sean más seguros, y menos defectuosos. Y lo mismo ocurre con el rubro de los servicios.-

Ha sido la voluntad del legislador que el usuario acceda a la justicia en forma rápida y segura, en consonancia con el mandato constitucional, porque sabe que ese sujeto es quien mejor puede controlar la actividad de los productores. Un consumidor enojado y decepcionado, que además es incentivado a reclamar judicialmente, es más eficiente que un batallón de inspectores que responden a una burocracia pública, por más eficiente que ésta sea (huelga decir que la

Argentina no es el país que mejor y más eficientemente organiza a sus burocracias). Por el contrario, un consumidor inseguro frente a sus posibilidades de reclamo es más sumiso, y tiende a convalidar los vicios que padece en el transcurso de las relaciones de consumo.-

En sumario:

Se cumple con el mandato constitucional de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, al facilitarse al consumidor, por vía indirecta, recursos para poder acceder a la justicia. El sistema de prevención y solución de conflictos se torna mucho más eficaz cuando el consumidor deja de ser un mero cliente o usuario y se erige en un ciudadano que cuestiona la prepotencia del proveedor a través de la denuncia, reclamación o protesta.-

Los debates acerca de los alcances de la gratuidad de la justicia tienen como trasfondo una cuestión mucho más importante: el fortalecimiento del débil en esa desigual relación obligacional que forman los proveedores bienes y servicios y quienes los adquieren. En última instancia está en juego una discusión acerca de qué elementos son eficientes para procurar un equilibrio dentro de una sociedad de consumo, cada vez más compleja y cada vez más asimétrica.-

No tenemos ninguna duda al afirmar que el beneficio de justicia gratuita a favor de los consumidores es una formidable herramienta de equilibrio. No se nos pasa por alto que otros doctrinarios, y alguna jurisprudencia, piensan que la aplicación automática de este instituto trae consigo la posibilidad de un abuso por parte de los demandantes. Sin embargo, en los hechos ese abuso no tiene chance de ocurrir. Es imposible que un usuario, por más facilidades procesales que el Estado le conceda, ponga en jaque a poderosísimas compañías que, muchas veces, tienen sedes en más países que los que integran los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Y esto no es un chiste. Apenas una hipérbole que sirve para comparar los poderes de los consumidores con los de sus

proveedores. O acaso alguien seriamente puede imaginar a un usuario arruinando - con la simple tramitación de un demanda- a fuertísimas corporaciones multinacionales que muchas veces tienen un patrimonio superior a las reservas de un Estado. En algunos casos resulta difícil encontrar distingos entre la ingenuidad y el cinismo.-

A su vez, es importante señalar que el beneficio de litigar sin gastos automático no pone en riesgo la defensa de la otra parte que, según lo indica la misma norma, puede oponerse a la gratuidad cuando tenga elementos de prueba sobre su improcedencia. En efecto, la norma que comentamos en su última oración dispone: “La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”.-

Es decir:

El beneficio de litigar sin gastos está concedido automáticamente a los consumidores y usuarios. Y pesa sobre los proveedores de bienes y servicios la carga de iniciar un incidente que anule ese beneficio.-

Si se piensa un poco sobre esta cuestión se puede concluir que la ley ha invertido a favor de los consumidores y usuarios un principio relativo a la onerosidad de los bienes y servicios, estableciendo que para interrumpir la gratuidad del proceso se deberá iniciar un ‘incidente de solvencia’, dado que el default financiero del consumidor o usuario se presume *juris tantum*. Más adelante veremos que esa presunción se convierte en *jure et de jure*, cuando el actor es una Asociación que actúa en representación de usuarios y consumidores en un proceso colectivo.-

Y esa misma formulación fue propuesta con sutileza e inteligencia en un fallo de la Sala C de la Cámara de Apelaciones del fuero comercial. El tribunal dijo en agosto de 2011: “No puede dudarse de que el art. 55 de la ley 24.240 concede -ope legis- una exención de pago de los gastos judiciales -desde la tasa judicial y

sellados de actuación, hasta todos los demás que suscita la tramitación de un proceso como éste.-Esa disposición reza: "Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita", y no subordina el reconocimiento de la exención -no su concesión, ya dispuesta por la ley-, o su mantenimiento, a trámite alguno, como pudiera ser acaso el incidente de solvencia previsto por el art. 53 de aquella ley para el supuesto de acciones en razón de derechos o intereses individuales(3)”

La contracara de este postulado es que, sin ese beneficio, una inmensidad de reclamos no llegaría jamás a la justicia por la sencilla razón de que los costos de tramitar un juicio serían infinitamente superiores a las propinas que eventualmente podrían obtener los afectados, aún alcanzando un fallo favorable.-

Como bien dicen Rodrigo Silva y Pablo Trípoli, “Más allá de lo expuesto, es indudable que esta modificación de la ley 26.361 que restableció la franquicia a favor de los consumidores y usuarios es tal vez la de mayor trascendencia puesto que, como dijéramos, los daños en las relaciones de consumo en su inmensa mayoría son de pequeños montos, y ello, en alguna medida desalentaba el accionar de los damnificados con motivo del alto costo que implica un proceso judicial”(6) El tribunal, que en este caso resolvió en una causa colectiva, por vía indirecta indicó que en las acciones individuales existe, a favor del demandado, un incidente de solvencia al que podrá recurrir el demandado si quiere interrumpir la gratuidad que la ley les concede a los consumidores.-

A esta altura cabe preguntarse: ¿a quién perjudica la interpretación restrictiva del Artículo 53° LDC? Es evidente que cualquier análisis que restrinja el concepto ‘gratuidad de la justicia’ afecta al consumidor. Y lo aflige por partida doble. Por un lado, porque no puede afrontar los costos de su reclamo y se queda sin la chance de acceder a la justicia, o debe correr el riesgo de iniciar un incidente judicial incierto y cada vez más complejo. Por el otro, ya sin

posibilidad de reclamar judicialmente, debe soportar estoicamente los defectos del bien o servicio que adquirió.-

A contracara de este interrogante, se puede formular otro que es aún más fácil de aclarar: ¿quién beneficia con una interpretación tan estrecha del Artículo 53° LDC? La respuesta a es excluyente: el proveedor de bienes y servicios quien resulta doblemente beneficiado. Primero: porque deberá soportar menos reclamos de sus clientes insatisfechos; Segundo: es obvio que este proveedor tiene menos chances de ser alcanzado por una sentencia adversa.-

Es síntesis:

Negar el beneficio de litigar sin gastos perjudica doblemente a los usuarios y duplica los beneficios del sector de los proveedores de bienes y servicios.-

No parece razonable pensar que haya sido ésa la intención del legislador de la ley 24.240 y sus sucesivas reformas, particularmente la última concretada a través de la ley 26.361.-

2. Jurisprudencia Adversa.

Sin embargo, pese a lo dicho en los párrafos que preceden, no se comprende porque una interpretación tan natural de la norma está tan reñida con la opinión que sobre la cuestión tienen los juzgados –al menos los de primera instancia – que precisamente son los primeros en tratar estas cuestiones. Esta situación es bien analizada por los autores Silva y Trípoli, quienes afirman que: “No obstante lo dicho hasta aquí, la jurisprudencia mayoritaria entiende que el beneficio de justicia gratuita previsto en la norma en estudio alcanza solamente a la tasa de justicia y no al resto de las costas judiciales...Así, la jurisprudencia ha entendido que mientras ‘litigar’ sin gastos abarca desde el comienzo de las actuaciones judiciales –pago de tasas y sellados – hasta su finalización (eximición de costas), el término

‘justicia gratuita’ refiere indudablemente al acceso a la justicia, que no debe ser conculcado por imposiciones económicas.”(5).-

Efectivamente, la opinión de estos magistrados de grado es opuesta a la interpretación amplia de la norma que comentamos. Enseguida trataremos de mostrar que esas providencias negatorias utilizan argumentos que reposan sobre disquisiciones lingüísticas antes que sobre ideas o conceptos sustantivos.-

En ese orden, hemos distinguido cuatro grupos de opiniones que –a nuestro entender - contemplan la totalidad de los argumentos opositores que enriquecen este debate. No obstante, se aclara al lector que no se toman providencias textuales, ni se citan los expedientes en donde recayeron. Ello así, porque la propuesta de este breve ensayo es reflexionar sobre una tendencia embrionaria que todavía no cumplió el recorrido que la vía recursiva le impone a las decisiones de la primera instancia. Sin embargo, la cuestión es muy importante porque los magistrados de grado son los primeros en formar un criterio; el asunto de la gratuidad de la justicia interviene desde el comienzo del pleito.-

Veamos, entonces, alguno de los argumentos negativos empleados en los tribunales.-

A) Gratuidad sin beneficio: No son pocos los despachos que dicen más o menos así: La reforma introducida por la ley 26.361, se refiere a la justicia gratuita y no a la concesión del beneficio de litigar sin gastos. Se procura explicar la existencia de dos conceptos legales diferenciados, como si la gratuidad de la justicia fuera una cosa y la exención de costas otra distinta. Sin embargo, no revelan cuál sería ese distingo entre justicia gratuita y litigio gratuito. ¿Cuáles son las características de uno y otro?, ¿En qué consisten sus diferencias conceptuales? Se limitan a postular diferencias que luego no pueden sostenerse con ideas claras, generando más confusión e incertidumbre sobre el tema a resolver. Es que procurar demostrar la distinción de conceptos idénticos es –dicho con todo respeto - un elogio a la

frivolidad, porque no le agrega nada al mundo de las ideas, y deja que el problema se mantenga inerte a la espera de una solución clara. ¿Cómo va a ser onerosa una justicia que desde la ley se postula gratuita? Es necesario contestar ese dilema con ideas de peso.-

B) El énfasis de la contradicción: Otras providencias enfatizan la contradicción señalada, como si el acento fuera suficiente para superar una la incongruencia que, por el contrario, consolida. Así, es frecuente hallar despachos que contienen dos oraciones separadas por un punto y aparte. En la primera oración se concede el beneficio de gratuidad, pero en el segundo postulado sintáctico se establece la necesidad de iniciar el beneficio de litigar sin gastos. Pero, se pregunta con cierto asombro quien lee tales providencias, ¿para qué iniciar un incidente que asegure una gratuidad que ya fue reivindicada en la primera oración del despacho? ¿Existirá una justicia gratuita que al mismo tiempo pueda resultar muy onerosa? Desde luego, no podría existir tal incoherencia sin que el sistema normativo, y su lógica formal, se vea afectado.-

C) El lenguaje valorativo: Otras disposiciones avanzan sobre el lenguaje confuso y se meten de lleno en el lenguaje ideológico. Así, al negar la gratuidad automática de los gastos causídicos, algunos magistrados afirman que la justicia gratuita no puede traducirse en un ‘bill de indemnidad’ que permita a los usuarios litigar si asumir los riesgos económicos de una eventual derrota. Aquí ya hay una valoración. Ella consiste en visualizar un consumidor voraz y codicioso que utiliza los favores de la gratuidad para entablar demandas compulsivamente. Esta afirmación, además de ser dogmática, no está acompañada por estudios sociológicos de campo que sostengan la existencia de una tendencia al litigio compulsivo o fraudulento que parece señalar el argumento.-

Por otra parte, hay en el ordenamiento procesal y de fondo herramientas para combatir estas patologías, tales como la demanda maliciosa o el abuso de derecho o la temeridad procesal.-

Pero siendo una obligación del Estado establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, ¿cuál es el inconveniente de otorgar esa indemnidad a sujetos que reclaman derechos en procesos que en definitiva afectan a la sociedad toda? Si el consumo es un hecho que impacta en el desarrollo económico y social, porque no hay consumo individual sino global, la gratuidad es una herramienta que coadyuva a la eficiencia de los actos de consumo. El proveedor será menos inescrupuloso, dejará de pensar “quién se va a presentar por tan poca cosa” y el esquema económico más eficiente.-

Y siendo el derecho del consumo un derecho de raigambre constitucional, el consumidor tiene que tener garantías de que ese derecho sea ejercido sin las restricciones que importen su negación. El consumidor se erigirá en ciudadano cuando se encuentre en igualdad de condiciones con el proveedor, sobre todo económicamente. La gratuidad es una de las garantías sobresalientes, puesto que sólo a partir de ese momento el consumidor podrá ejercer su derecho de manera efectiva.-

Así, respecto al principio de igualdad la CSJN ha expresado que:

La igualdad ante la ley que la Constitución ampara comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación, sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones, lo que implica, sin duda, el reconocimiento de un ámbito posible de discriminaciones razonables para el legislador.”(8)

En consecuencia, la igualdad no es una categorización absoluta; la ley nos tratará igual únicamente si las condiciones y circunstancias que rodean al caso concreto son similares. Una tipificación absoluta de la igualdad traería como inevitable consecuencia el efecto opuesto al deseado, pues el trato idéntico de

cuestiones que no lo son genera la injusticia y desigualdad que la norma quiere salvar.-

En el año 1994 nuestra Constitución Nacional tuvo una importante reforma; entre las novedades que incorporó el nuevo texto encontramos el 42° que postula: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en las relaciones de consumo a condiciones de trato equitativo y digno”. De este texto se razona una primera conclusión: los derechos de los consumidores y usuarios, son derechos constitucionales. Hay una segunda reflexión que no se deriva del texto normativo, sino de la lógica que regula la estructura jerárquica de los sistemas jurídicos: los derechos enunciados por la Constitución Nacional están en el punto más alto de la pirámide jurídica. Autores como FARINA, explican cómo se articula la Ley 24.240 con la manda constitucional. “La Ley 24240 no incluye todas las posibilidades de protección a los consumidores, ni excluye la necesidad de promulgar otras leyes dirigidas específicamente a ese fin e impone una aplicación que sea extensiva a los supuesto no previstos de manera expresa en la letra de esta normativa, pues, de otro modo, no se logrará una protección efectiva de los consumidores y usuarios que haga cierta la tutela impuesta por los artículos 42 y 43 de la Const. Nacional” (9). Compartimos la opinión del autor: si la norma no se hace extensiva a situaciones que no están específicamente previstas en ella, se afecta un mandato de mayor jerarquía legal.-

En definitiva;

Sostenemos que el beneficio de litigar sin gastos automático aplicado a los juicios que tengan por objeto relaciones de consumo no es un ‘bill de indemnidad’ sino un derecho constitucional.

Entonces;

Por más que la norma concreta se refiera a la gratuidad de la justicia, y no al beneficio de litigar sin gastos, eso no quiere decir que esa gracia no esté dentro de los amparos que la Constitución Nacional

les concede a los usuarios y consumidores. No se puede interpretar de manera restrictiva un Derecho de rango constitucional, sin violentar la jerarquía establecida en el ordenamiento jurídico.

D) Analogía con el Derecho Laboral. Un cuarto grupo de opositores indican que la gratuidad amplia ni siquiera les corresponde a los trabajadores que litigan en el fuero laboral, puesto que en ese fuero la ventaja se refiere exclusivamente al pago de la tasa de justicia, pero no a las costas judiciales. De tal modo, concluyen que concederles a los consumidores lo que se les niega a los trabajadores implicaría una afectación al Derecho de igualdad que postula el artículo 16 de la Constitución Nacional. En definitiva, utilizando un argumento interino, se empeora la condición de los consumidores sin lograr mejorarse la de los trabajadores.-

No parece, tampoco ésta, una interpretación armónica del texto legal. Ni mucho menos del artículo 16 de la CN; pues con el mismo criterio tampoco sería justo concederles ninguna gratuidad a un grupo exclusivo de sujetos y negársela a otro. La igualdad que establece el artículo 16 CN, como todo derecho constitucional no es una regla absoluta que pueda servir para resolver la cuestión que analizamos.-

Asimismo, dicha postura no supera la condicionante de que para el derecho del consumo ambos términos –justicia gratuita y beneficio de litigar sin gastos - remiten al mismo significado (recuérdese el veto del poder ejecutivo que los equiparaba, y que consignáramos unos párrafos atrás), por lo que no resulta apropiado realizar falsas analogías con términos provenientes de otras leyes. Avanzaremos sobre esta cuestión más adelante

En sumario:

Ninguno de los argumentos presentados puede exponer porqué motivo habría querido el legislador beneficiar al usuario con

una exención tributaria, y al mismo tiempo gravarlo con costos que superan al privilegio concedido.

3. La cuestión de la gratuidad en los procesos colectivos.

Gratuidad para las Asociaciones de defensa del consumidor. Esta equiparación que mencionábamos en el precedente es de suma importancia en los procesos iniciados por las diversas asociaciones de consumidores que existen en el mercado; debe tenerse en cuenta que las asociaciones son sujetos de derecho que ya en la redacción original de la ley 24.240 eran legitimados para iniciar acciones judiciales en defensa de derechos de incidencia colectiva (8).-

Las asociaciones son personas jurídicas de carácter privado que nacen de la unión estable de un grupo de personas que persiguen un fin de bien común no lucrativo. Estas personas jurídicas están destinadas a colaborar en el fomento del deporte, la educación, la cultura, la asistencia a los sectores necesitados de la sociedad, la salud y en general todas las actividades que tiendan al desarrollo humano. (9)

La finalidad de las asociaciones es la satisfacción de las necesidades colectivas. El 'bien común' -requerido por el artículo 33, Código Civil- es el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más fácil de su propia perfección. Esta búsqueda del bien común trasciende la propia existencia de la asociación; el propio Estado declina en favor de ellas lo que le corresponde percibir en concepto de tasas por el Servicio de Justicia. Y, como si fuera poco, el Estado puede entregar dinero para atender las necesidades operativas de estos organismos (entre las que se cuentan, una adecuada estructura administrativa para la atención de las consultas y reclamos de los consumidores en general, asociados o no). Esta intervención del Estado, que la ley prevé expresamente, demuestra que los aportes de los asociados son siempre insuficientes, siendo necesario que reciban subsidios oficiales para continuar su actividad. En síntesis: hay un interés del Estado en sostener la actividad de estas

asociaciones porque su finalidad es social y trasciende la idea de lucro mercantil societario. Anotamos la norma que se ocupa de esta cuestión:

Art. 62. Contribuciones estatales. El Estado nacional podrá disponer el otorgamiento de contribuciones financieras con cargo al presupuesto nacional a las asociaciones de consumidores para cumplimentar con los objetivos mencionados en los artículos anteriores. En todos los casos estas asociaciones deberán acreditar el reconocimiento conforme a los arts. 56 y 57 de la presente ley. La autoridad de aplicación seleccionará a las asociaciones en función de criterios de representatividad, autofinanciamiento, actividad y planes futuros de acción a cumplimentar por éstas.-

Si el Estado se compromete a subsidiar a estas asociaciones, no se entiende cómo puede llegar interpretarse que ellas son solventes y que deben abonar las costas de un pleito.-

Por otra parte, la gratuidad en los procesos colectivos está aún más tutelada que en el caso de los procesos individuales porque necesariamente requieren de la intervención de un representante cuyo accionar no puede ser gravado ni por tributos fiscales, ni por gastos causídicos de ninguna índole.-

El proceso colectivo supone la existencia de un interés superior fundado en la naturaleza de estos derechos. Se pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido ello como el de la sociedad en su conjunto. No se trata del proceso clásico en el cual el actor reclama una condena que imponga al demandado el cumplimiento de una prestación en favor del aquel. Si las demandas colectivas prosperen la condena no beneficiarán a las asociaciones, sino a los consumidores que representa en forma promiscua. A diferencia del proceso clásico en el que el actor busca un provecho particular derivado de la sentencia, en las demandas colectivas serán los consumidores los que se beneficiarán con un eventual triunfo de quien los representa.-

La Asociación de consumidores debe arriesgar su escaso patrimonio para poder cumplir los fines de su creación y también, porque no decirlo, por el orgullo de intentar revertir una situación adversa para los consumidores que quizás fuera difícil o directamente imposible de alterar por medio de los procesos judiciales individuales.-

Contrariamente a lo que sucede en un proceso clásico, si se hiciera lugar a la demanda colectiva no se incrementa el patrimonio de la actora, y si lo pierde no es justo que además se le impongan las costas, salvo, claro está que se demuestre su temeridad procesal.-

En resumen:

La reforma introducida por ley 26.361 dispuso de forma expresa la gratuidad en los procesos de consumo, sean estos colectivos individuales, estableciendo para estos últimos la posibilidad que el proveedor acredite la solvencia del consumidor, y negándole esa posibilidad cuando se trate de acciones de clase.

Las Presunciones Para entender bien lo que sostenemos, es importante ver cómo la LDC trata las presunciones de solvencia en el caso de los litigios individuales y cómo lo hace dentro de un proceso colectivo. En ese orden, la ley destaca una culminante distinción entre un individuo, que actúa por derecho propio, y una asociación que lo hace representación de un colectivo. En el primer caso (reclamo individual) existe una presunción iuris tantum de la insolvencia del consumidor; esta conjetura, al admitir la prueba en contrario de su veracidad, puede ser derribada por la actividad procesal del demandado, conforme lo establece el artículo 53° LDC. Pero, respecto de las asociaciones que representan a la clase reclamante, esa presunción de insolvencia es iuris et de iure, sin que se le conceda al demandado la posibilidad de acreditar la solvencia de la parte actora.-

Y esta circunstancia no debe causar asombro porque:

La falta de recursos de las Asociaciones de Consumidores es evidente ya que para que puedan ser reconocidas como tales, su actividad debe estar desprovista de todo signo comercial o productivo (es más, sus publicaciones no pueden contener avisos publicitarios – art. 57 LDC).- Paradójicamente, si las asociaciones fueran solventes no podrían defender eficazmente a los consumidores porque para adquirir esa solvencia se verían obligadas a tener un giro comercial contrario a la finalidad social que tienen.-

El goce irrevocable del beneficio de la justicia gratuita, en el caso de las acciones colectivas, existe como una particular concesión otorgada antes circunstancias extraordinarias, a saber:

1. Consecuencias propias del proceso colectivo que no benefician directamente a la actora.-

2. Las entidades actoras son asociaciones sin fines de lucro que deben ser independientes de toda actividad profesional, comercial y productiva subsistiendo sólo de la recaudación de cuotas societarias y de los subsidios del Estado.-

3. No se trata de otorgar una ventaja a la asociación accionante, sino de suplir la desventaja inicial entre la actora y la demandada que posee mayores y mejores recursos materiales y financieros.-

Remarcamos, para terminar este capítulo, un concepto que ya fue dicho antes: el beneficio de justicia gratuita no es bill de impunidad; es un Derecho Constitucional concedido en el marco de un derecho tuitivo.-

4. ¿Qué es más caro, la tasa de justicia o los gastos causídicos?

Toca ahora desarrollar esta cuestión que habíamos esbozado más atrás. Con este argumento trataremos de mostrar la

incongruencia que supone admitir una justicia gratuita y negar que ella comprenda al beneficiario del litigar sin gastos.-

La tasa de justicia en los procesos de conocimiento, según el artículo 2 de la ley 23.898 es de un porcentaje equivalente al 3% del monto que se reclama en el pleito, mientras que según el artículo 505 CC, los gastos causídicos no pueden superar el 25% de dicho monto. Es decir que la tasa de justicia, conforme su finalidad tributaria, interviene en una muy baja proporción de los montos discutidos, mientras que los gastos causídicos tienen una participación que es muy importante, pudiendo llegar al 25% de los montos en juego.-

Con estos dos datos a mano, supongamos ahora que un usuario de telefonía móvil reclama por ciertos vicios de fabricación su aparato. Si pretende que le den uno nuevo aparato, estimando su valor en \$ 1. 500, tendría que tributar al fisco, en concepto de Tasa de justicia la suma de \$ 45. Pero, si luego de iniciado el beneficio de litigar sin gastos, por el motivo que fuera, este individuo no logra sentencia favorable en ese incidente tendría que afrontar los gastos causídicos que incluyen, honorarios de peritos, de abogados, de oficios, cuyo valor es muy superior al de la tasa de justicia. Es impensable que alguien vaya a tramitar causas de tan poco monto si no se prevé un mecanismo absolutamente gratuito y seguro para hacerlo.-

Por supuesto que sería justo que pague esos gastos si se demuestra que este sujeto no es insolvente, o que actuó temerariamente, pero esas demostraciones de solvencia y ética gravan al proveedor demandado quien deberá impulsar la actividad procesal necesaria.-

5. La integración Normativa.

Otro argumento de peso para sostener la idea central de este ensayo es el llamado principio de 'integración normativa' propio de esta rama del derecho. En ese sentido, el artículo 3° de la ley 24240

determina y regula los principios esenciales del Derecho del consumidor. Entre ellos, destacan dos cuya eficacia es esencial para resolver las frecuentes tensiones que hermenéutica le impone a los textos legales:

(i) El principio de integración normativa;

(ii) El principio de la interpretación más favorable a los intereses del consumidor, o de preeminencia de la norma en aquellos casos en los existan dudas.-

Es que en el ámbito del derecho, no siempre las mismas palabras aluden a una misma idea. Por ejemplo, el concepto suspensión e interrupción de plazos del Código Civil no es aplicable al Derecho administrativo, en el que suspensión es sinónimo de interrupción de plazos (10). Tampoco los términos delito y dolo del Código Civil se condicen con esos términos idénticos que utiliza el del Derecho Penal.-

Para la correcta resolución de conflictos en el área del consumo deben aplicarse primeramente las normas del Derecho del Consumidor, conforme el principio *in dubio pro consumidor* establecido en el art. 3 de la ley 24.240. Si no hubiere una norma expresa se apelará a los principios de derecho del consumidor aplicables en la especie. Sólo ante la carencia de normas y principios propios, corresponderá recurrir a las normas y principios del derecho privado, "civil" en primer término. Todo ello se deriva de lo dispuesto en el art. 16 del Código Civil. Para poder encontrar el llamado espíritu de la ley es necesario relacionar a la ley con sus orígenes, con el objeto del legislador y con el orden de cosas sobre las que legisla (11).-

Este criterio interpretativo ha sido compartido por nuestro máximo tribunal al resolver que:

1. Los jueces, como servidores del derecho para la realización de la justicia, no deben prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma. (12)

2. No se trata de desconocer la palabra de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de hermenéutica enunciados, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente contradictorias(13)

Veamos qué dice el texto del artículo 3° LDC:

Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. "Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica." El subrayado es propio.-

Con relación a esta norma LORENZETTI comenta: "La primera regla que establece el texto se refiere a la aplicación de la ley, y señala que debe efectuársela de modo integrado con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo. No dice que se integra la norma con otras leyes, sino con las vinculadas al consumidor, con lo cual se reconoce la autonomía del microsistema. Esta regla es correcta, porque la fuente constitucional confiere al

Derecho de los consumidores el carácter iusfundamental, lo que significa que el sistema de solución de conflictos normativos no está guiado por las reglas de las antinomias tradicionales.”(14)

En sumario. El carácter constitucional de este derecho, permite realizar tres afirmaciones y tres conclusiones:

(i) Todo debate que verse sobre relaciones de consumo es regulado por la ley 24.240;

(ii) Algunos principios del derecho privado tradicional ceden ante los postulados de esta norma que, dicho sea de paso, es de Orden Público (conforme lo prescribe el artículo 65 LDC);

(iii) En caso de duda, se estará siempre a favor de la normativa más conveniente a los usuarios o consumidores;

Primera Conclusión:

El Derecho de los consumidores es un microsistema legal autónomo que regula Derechos Constitucionales.-

Segunda conclusión:

Cualquier duda que ocasione la interpretación referida a la gratuidad de la justicia debe interpretarse de la manera más favorable a los usuarios y consumidores; sin que pueda dudarse que el criterio amplio sea el que debe prevalecer.-

Tercera conclusión:

La justicia gratuita lleva implícita la gracia que supone el beneficio de litigar sin gastos

LORENZETTI expresa: “El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho del

consumidor, como lo hemos expuesto en la primera parte. En los casos que presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, lo que es fuente principal del Derecho consumerista. Se trata de uno de los denominados ‘derechos civiles constitucionalizados que tienen una historia de ascensos en el sistema de fuentes del Derecho: nacen en las luchas sociales, ingresan por los umbrales normativos que son las decisiones jurisprudenciales aisladas, luego vienen las leyes especiales, los tratados, en algunos casos son reconocidos en el Código Civil y en la Constitución’ (15)

O sea:

No se trata de una cuestión de normas en pugna sino de proximidades al texto constitucional. Es ahí donde se manifiesta la ventaja, insuperable, de la ley 24.240 sobre otros textos.-

En el mismo sentido, Domingo García BELAUNDE, en la obra que dirige el constitucionalista Daniel SABSAY, explica acertadamente la relación entre las leyes y la constitución en nuestros días. “Es que el acto interpretativo, que es original, distinto de los demás y creador, se inicia desde la Constitución hacia la ley y no al revés. Dicho en otras palabras, es una interpretación que baja y no una que sube: antiguamente se interpretaba la Constitución desde la ley y en la actualidad se hace precisamente lo contrario, o sea, la ley es vista desde la Constitución. Esto hace que el mirador del cual se parte sea distinto, con las consecuencia que tiene el hecho de que el referente obligado sea una Constitución, que por lo general tiende a durar en el tiempo...” (16)

6. Un fallo de la sala C del fuero comercial.

La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial da respuesta contundente a todas estas cuestiones. Citamos algunos párrafos destacados. Lo hacemos con la advertencia de que el fallo se refiere a un proceso colectivo, donde la Sala optó por el

criterio más amplio que sostenemos en este trabajo. En efecto, la Sala C determinó que en el caso de acciones colectivas, el demandado ni siquiera tiene la posibilidad de oponerse a la gratuidad porque el artículo 55° LDC no le otorga esa chance. En otras palabras, este interesante veredicto adelanta que en las acciones colectivas la insolvencia del consumidor se presume ‘juris et de jure’ impidiendo que el demandado siquiera aporte prueba para derrumbar ese estado.- La claridad y contundencia del fallo nos eximen de cualquier comentario o aclaración. Alcanza con la lectura de los párrafos que seguidamente le ofrecemos al lector:(17)

1) “No puede dudarse de que el art. 55 de la ley 24.240 concede -ope legis- una exención de pago de los gastos judiciales - desde la tasa judicial y sellados de actuación, hasta todos los demás que suscita la tramitación de un proceso como éste.”

2) “La interpretación del concepto de beneficio de justicia gratuita, abarataba de todos los costos y costas judiciales, hace operativa la garantía establecida por el art. 42 de la Constitución Nacional. Otra inteligencia del concepto referido importaría hacer decir a la ley lo que la Constitución no quiere”

3) “Sería tanto como autorizar que la Constitución le pida permiso a la ley, ya que ésta importaría una excepción a la garantía constitucional, que iría en contra del interés de proteger los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.”...“La finalidad de la exención de gastos judiciales es afianzar el derecho a la igualdad ante la ley, garantizada por el art. 16 de la Constitución Nacional...”“Por tanto, en el estado actual del progreso legislativo (conf. art.42 de la Constitución Nacional), no puede entenderse que en el derecho aquí aplicable beneficio de justicia gratuita y beneficio de litigar sin gastos sean institutos procesales de entidad y finalidad diferentes.”

4) “Las diferencias de palabras se reducen a una disimilitud terminológica, proveniente de diferentes tradiciones normativas, pero

de nula incidencia a la hora de determinar el alcance sustantivo del mecanismo de acceso a la jurisdicción de defensa del consumidor, que, mirado desde el prisma constitucional, no se limita a la demanda, sino que exige garantizar la posibilidad de transitar todo el itinerario procesal hasta el dictado de sentencia firme.”

5) “Considerar que el beneficio se limita a la tasa de justicia o sellados o impuestos -a los fines de facilitar sólo la demanda-, sin alcanzar los demás gastos judiciales, inhibiría a las asociaciones de consumidores de iniciar acciones en defensa de los intereses colectivos que les encomienda proteger la Constitución Nacional”
Este refrescante veredicto que alude de manera crítica y severa a las distinciones terminológicas carentes de sustrato, parece corregir la tendencia que señalábamos los capítulos precedentes. El fallo claramente advierte que hacer ejercicios lingüísticos para explicar que la justicia gratuita puede resultar costosa es contrario a la mejor hermenéutica.-

7. La Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema, sin expedirse sobre la cuestión de manera autónoma dio, sin embargo, un paso trascendente en el sentido que propiciamos en este ensayo, convalidando la interpretación amplia del art. 53 de la LDC, admitiendo que la justicia gratuita es comprensiva del beneficio de litigar sin gastos. Así, con fecha 11 de octubre de 2011, lo resolvió en los autos: “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ sumarísimo”, donde dispuso: “... Que el recurso extraordinario es inadmisibile... Por ello, se desestima el recurso extraordinario. Sin especial imposición de costas en virtud de lo establecido en el artículo 55, segundo párrafo de la ley 24.240. RICARDO LUISLORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGOPETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).”.-

Comprenderá el lector, que en próximos fallos, será prácticamente imposible que la Corte Suprema en su actual composición imponga costas al usuario o consumidor derrotado, habiendo ya fijado un criterio tan contundente.-

8. Conclusiones.

Presentamos al lector algunas terminaciones para ordenar las ideas dispersas que hemos propuesto:

1) Postular la gratuidad de la justicia y negar el beneficio de litigar sin gastos automático es un razonamiento contrafáctico que perjudica la lógica dogmática establecida en la ley 24.240 y la Constitución Nacional puesto que los derechos del consumidor tienen jerarquía constitucional.-

2) En las acciones de consumo individuales existe una presunción ‘juris tantum’ acerca de la insolvencia del actor, conforme lo establece el artículo 53° LDC;

3) Cuando las acciones son colectivas y emprendidas por asociaciones de defensa del consumidor, esa presunción de insolvencia –respecto de la asociación – no admite prueba en contra, porque esa posibilidad no está contemplada en el artículo 55° LDC, ya que la ley dispone que las asociaciones de consumidores deben estar provistas de todo signo comercial.-

4) El estatuto consumerista constituye un microsistema legal autónomo, que debe buscar las soluciones legales dentro de su propia estructura normativa;

5) En caso de duda acerca de los alcances de una norma, siempre debe prevalecer la interpretación que más favorezca al consumidor, conforme lo establece el artículo 3° LDC.-

6) La Corte Suprema de la Nación recientemente ha seguido el criterio que exime de costas al consumidor o usuario derrotado en un recurso judicial, ello nos permite pronosticar que ese será el criterio del Tribunal Superior cuando tenga que resolver un caso concreto.-

(*) Abogado (U.B.A 1999). Especialista en derecho del consumo. Las críticas y comentarios que el lector quiera hacer sobre el contenido de este artículo serán muy bien recibidos en gomezp@cpacf.org.ar

Referencia Bibliográfica:

(1) Para más información sobre la relación entre El Derecho Del Consumidor y Derechos Humanos véase: Revista de Derecho Privado y Comunitario, "Consumidores" y "Derecho Privado en la reforma Constitucional ", Vol. 5 y 7 respectivamente, Eds. Rubinzal-Culzoni, (1994); conf. Ghersi; Lima Márquez; Zentner, Weingarten, Casares, Lovece y Benítez, " Derechos Y Responsabilidades De Las Empresas Y Consumidores", organización Mora Libros, Buenos Aires, 1994

(2) cfr. Considerandos del decreto 2089/1993, décimo párrafo

(3) “Proconsumer c/ Farmaplus S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos” - CNCOM SALA C – 29/08/2011. Citar: (eDial.com - AA73F5)

(4) Silva y Trípoli en –Picasso – Vázquez Ferreyra- Ley de Defensa del Consumidor T° III. Ed. La Ley, año 2011, página 350

(5) Silva y Trípoli en –Picasso – Vázquez Ferreyra Ley de Defensa del Consumidor T° III. Ed. La Ley, año 2011, página 348.

(6) CSJN, Fallos 318:1256.

(7) Juan M. FARINA – Defensa del Consumidor y del usuario, 4ª edición actualizada, Ed. Astrea, Año 2008, página 2 y 3. El subrayado es propio

(8) En su redacción original el art. 52 disponía:

ARTICULO 52. — Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Las asociaciones de consumidores estarán habilitadas como litisconsorte de cualesquiera de las partes.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público.

(9) Luis D Covi, Las asociaciones civiles en el Nuevo Proyecto de Código Civil, JA 2000‑ III‑ 1009

(10) Ley 19549, art. 1:e9. Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad.

(11) Conforme lo enseña Montesquieu en el capítulo 1 de su obra El espíritu de las leyes.

(12) CSJN, “Alarcón, Marisel y otros c/Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo del Neuquén s/acción procesal

administrativa”. Fallos 329:3373 (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema)

(13) CSJN, “Sánchez, Dora Cristina c/ M° J. y D.D.H.H. - ley 24.411 (resol. 381/00)”, Fallos 329:1473 (del dictamen del Procurador General, al que remitió la Corte Suprema).

(14) Ricardo Luís LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 49. El subrayado es propio.

(15) LORENZETTI, Ricardo Luis, Consumidores, 2° edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Año 2009, página 45.

(16) SABSAY, - MANILLI. Constitución de la Nación Argentina T° 1. Ed. Hammurabi, año 2009, página 118 y 119. (19) La 5 citas que siguen a continuación fueron tomadas de: “Proconsumer c/ Farmaplus S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos” - CNCOM SALA C del 29 de agosto de 2011. Citar: (elDial.com - AA73F5)

La legitimación activa en las acciones de clase.

¿Quién es el defensor y quiénes los defendidos en las acciones de clase?

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial - DC1852

[Consultado el: 15/07/2021]

Sumario:

1) Introducción. 2) La legitimación en las Acciones de Clase. 3) La existencia del caso judicial colectivo. 4) La extensión y la existencia de daño. 5) Identificación del grupo representado. 6) Derechos homogéneos y causa de afectación homogénea. 7) Terminaciones.-

1. Introducción.

Cuando queremos evitar errores conceptuales u ortográficos, y así aliviar la angustia de escribir o decir mal una palabra recurrimos al viejo diccionario; delegamos en esos tomos tan aburridos como nobles la tarea de alumbrar la oscuridad interina de nuestra conciencia. Y también, porque no admitirlo, requerimos que el mataburros nos ponga a salvo del vergonzoso trance de escribir una carta de intención galana llena de incorrecciones; porque esos defectos también conspiran contra la elegancia del conquistador más seguro. El amor no tolera muchas faltas, porque su repetición debilita a las excusas, hace más inverisímil el arrepentimiento y, por tanto, más improbable la reconciliación; así, quien se equivoca con demasiada frecuencia no debe asombrarse cuando una mañana advierta que la desilusión, ya irreversible, ha tomado el lugar que la noche anterior ocupaba la esperanza.-

Sin embargo, los diccionarios encierran uno de los misterios más inquietantes de la vida humana: el océano del lenguaje, esa acumulación de sílabas que componen una aliteración de orquesta, y que se ordenan siguiendo el dudoso orden alfabético. Cada vez que un sujeto agarra un diccionario su voluntad queda reducida a una obediencia que imita Epifanías. Una palabra es lo que el diccionario dice que es. Punto.-

El problema es que los diccionarios constituyen un sistema de remisiones infinitas; así cada palabra se encuentra a sí misma en otra, que a su vez debe buscar su identidad en una nueva palabra. Esto determina la existencia de un régimen de interminables expediciones silábicas que nos llevan del lenguaje a la aritmética, de lo concreto a lo abstracto, y de lo físico a lo metafísico. Y Google ha complicado muchísimo las cosas haciendo que el mismísimo concepto de infinito se haya convertido en un tema de interés menor para la ciencia, porque el infinito se integró a lo cotidiano, y todo su culto metafísico quedó derogado por la existencia de una tecla llamada 'enter' disponible en el más rudimentario equipo informático. Casi podría decirse que los diccionarios no existen, o que su utilidad es tan momentánea como la voluntad de quienes obedecen sus dictámenes.-

El hombre de derecho vive abatido por inquietudes menos trascendentes pero más ejecutivas. No obstante, también debe sumergirse en el diccionario de la vasta jurisprudencia para encontrar algunos criterios -más o menos certeros- que le sirvan de guía en sus asesoramientos, logrando que sus consultas sean infalibles en su diagnóstico, rentables para su provecho, y útiles para su clientela. Tal conjunción de elementos virtuosos es, como todos sabemos, difícil de lograr.-

En ese sentido, cualquiera que en este país quiera iniciar un proceso colectivo estará obligado abrir su diccionario en la letra H, donde encontrará al caso Halabi sentado en el honorífico trono de las acciones colectivas amparistas. Ese reinado seguramente será provisorio, y dentro de algún tiempo Halabi irá a compartir nostalgias

con sus antecesores Siri y Kot. A todos ellos les corresponde el descanso que los pioneros en la tierra se han ganado en la eternidad.-

Pero, por el momento, es imposible debatir sobre procesos colectivos sin aludir a ese caso que, por cierto y al igual que ocurre con los diccionarios, alude a otros casos anteriores, y a otros países lejanos, en la geografía y en el desarrollo.-

El tema de la legitimación activa en los procesos colectivos en una de las cuestiones más importantes que hoy en día se debate en el ámbito del Derecho del Consumidor. En mi opinión, y a fin de precisar lo más posible los puntos controvertidos que el tema trae, la legitimación activa debe verse en dos sentidos, evitando la tentación de examinar uno y abandonar al otro.-

Por un lado, hay que analizar quién o quiénes tienen derecho a ejercer la representación. Pero también debe examinarse, y con mayor cuidado, a quién se representa, o cómo está formado el grupo en cada una de las acciones de clase que se proponen.-

La primera disyuntiva de es fácil respuesta porque tiene resolución legislativo. Es decir, tiene la respuesta que da el derecho positivo vigente. Y cualquiera que lea los artículos 52^o y siguientes de la LDC sabrá quiénes son los sujetos habilitados para intervenir en procesos colectivos como representantes de una clase determinada. Pero, sin embargo, esa representación que prescribe la ley no dice nada de la clase en sí misma. La integración de una clase o grupo colectivo es una cuestión mucho más compleja de esclarecer. No hay en la legislación nacional una directiva clara al respecto, siendo necesario buscar soluciones en el Derecho Comparado, pero asumiendo que esas leyes extrañas no siempre logran alcanzar las necesidades locales.-

Estamos frente a una cuestión decisiva para la correcta instrumentación de estos novedosos procesos que ya están instalados en nuestro ámbito local, y me atrevo a pronosticar que en el futuro

inmediato este tema va a ocupar la mayor atención de los tribunales y de las asociaciones de defensa del consumidor y el usuario.-

Es muy sencillo determinar a los sujetos que pueden ejercer la representación promiscua de una clase, pero es muy dificultoso precisar quiénes son los sujetos alcanzados por esa representación.-

2. La legitimación en las Acciones de Clase.

Estas acciones, que están haciendo su debut en nuestros tribunales, suscitan tanta discusión, debate y disputa, que todavía ni siquiera hemos acertado en qué nombre ponerle a la criatura. Para algunos escolares son ‘procesos colectivos’ mientras que para otros son ‘acciones de clase’ a la manera americana, pero con una legislación absolutamente distinta a la que se utiliza en aquél país. En rigor de verdad, poco importa cómo se llaman o qué nombre les ponemos; lo real es que aunque imperfectamente ellas están previstas en nuestro ordenamiento positivo vigente. Efectivamente, el tema de los procesos colectivos (que en este trabajo voy a tratar, indistintamente, como colectivos o de clase) está tratado en el Capítulo XIII, artículos 52° a 54° LDC En especial, todo lo referido a la legitimación está desarrollado en la primera de esas normas.-

La anoto

Art. 52 - Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.-

El texto legal enumera taxativamente quiénes están legitimados para iniciar acciones judiciales en el marco de la ley 24.240. Por lo tanto, ese primer aspecto del debate está clausurado: las asociaciones de consumidores o usuarios tienen legitimación activa para estar en juicio en representación de ellos

Se acompaña jurisprudencia reciente que apoya este criterio:

1. “La claridad de los textos legales, que reglamentan en lo pertinente los arts. 42 y 43 de la CN, no dejan lugar a dudas en cuanto a la legitimación de las asociaciones de consumidores para promover acciones colectivas. ...-Conceptos tales como intereses difusos o derechos de incidencia colectiva entrañan dificultades aun no superadas en la búsqueda por precisar su significado, situarlos en la estructura de las normas que se refieren a ellos y, en lo posible, definir con nitidez los perfiles de una nueva categoría que los comprenda y adecue sus efectos a la eficaz tutela de los trascendentes valores que ellos involucran...”(2)

2. En relación a la legitimación procesal de los peticionantes, es de recordar que en las acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales, es admisible cuando se trata de una relación de consumo (Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, Justicia Colectiva, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2010, p. 23)...Esta acción puede ser deducida por el consumidor, por las asociaciones, la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblos y el Ministerio Público Fiscal (Conf. Lorenzetti, op. cit. p. 274). Razón por la cual no veo obstáculo alguno en la legitimación de los peticionantes.”(3)

3. "En el caso particular de una asociación, además de ciertas cuestiones registrales, a los efectos de la legitimación basta con que la defensa del derecho por el que acciona constituya una de las finalidades para la cual ha sido creada. No interesa la cantidad de socios y tampoco es relevante su grado de "representatividad"; esos no son recaudos que surjan de la ley o de la jurisprudencia a los fines

de ponderar la aptitud para obrar en un juicio de connotaciones colectivas. Porque la autorización para litigar los derechos de otros mediante la deducción de pretensiones colectivas es otorgada, nada menos, por la Constitución Nacional y por la ley 24.240 (conf. Maurino, Gustavo - Nino, Ezequiel - Sigal, Martín; Las Acciones Colectivas; Lexis Nexis, 2005, págs. 184 y ss., 212/214 y 296/297)."(4)

4. Resulta procedente otorgar legitimación de las asociaciones de consumidores para deducir reclamos colectivos, de conformidad con lo prescripto por los arts. 52 y 55 de la ley 24240 de defensa del consumidor, en cuanto establecen: (i) que las acciones que esa ley prevé pueden ser ejercidas por el consumidor o usuario afectado, así como por las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas, a los que añade la autoridad de aplicación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal (art. 52 LDC, conc. arts. 43 -segundo párrafo- y 86, Constitución Nacional, arts. 25 y 41 ley 24946); y (ii) que las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de estos prevista en el segundo párrafo del art. 58 de esta ley (art. 55 LDC)(5)

5. De un lado, y en relación a la protección de un interés individual, la ley 24240, reformada por la ley 26361, confiere legitimación al consumidor o usuario, a las entidades de defensa de consumidores, a la autoridad de aplicación, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público. Es decir, que frente a la afectación de un interés de este tipo existen otros legitimados además del titular directo, ... En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo... (6)

El sujeto representado. Pero si desplazamos la investigación desde el 'sujeto representante' hacia el 'sujeto representado'

encontraremos que este último no es tan fácil de identificar como lo fue el primero. Por eso, es de suma importancia encontrar aproximaciones eficientes que permitan al asesor jurídico y al magistrado establecer cómo se integra una clase.-

La reunión del grupo que conforma al colectivo abre un conjunto de interrogantes que voy a tratar de resolver en este ensayo. El primero está referido la necesaria existencia de un caso judicial. Es decir, ¿cuándo existe un caso judicial, o cuándo su inexistencia deroga la subsistencia de la acción colectiva?

3. La existencia del caso judicial colectivo.

En el considerando (9) del caso Halabi, la Corte Suprema menciona la necesaria existencia de un caso judicial diferenciado para admitir la acción colectiva. La Corte, al referirse a la ‘existencia de un caso judicial’, intenta diferenciar este concepto de otro que a veces genera confusión: la ‘mera oposición a la legalidad de una medida’, o la simple disconformidad que un sujeto, o un grupo de ellos tienen frente a una norma. Pero, lo que pone en marcha una acción judicial – individual o colectiva – no es la contrariedad experimentada por el actor, sino la existencia de un hecho lesivo de carácter patrimonial o extrapatrimonial.-

Cito parte de este considerando para que la cuestión se vea claramente:

“9) Que en materia de legitimación procesal..., la comprobación de la existencia de un caso es imprescindible...ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.” (7)

Esto quiere decir que cuando un magistrado advierte la inexistencia de caso judicial, debe rechazar la controversia. En cuanto a este punto, cabe señalar que la Corte Suprema (2008) resolvió la cuestión en los autos Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional.(8) Allí, se

rechazó el amparo presentado contra la conocida ‘resolución 125’ que habilitaba las retenciones contra las exportaciones de productos agropecuarios. El consumidor dijo que la ‘125’ era inconstitucional porque ponía en peligro el abastecimiento de alimentos a toda la población. Sin embargo, la Corte refutó el amparo estableciendo que en el caso concreto no había una afectación directa, ni comprobada.-

En el caso ZATLOUCKAL, la Corte estableció un límite al universo de la legitimación activa prevista en el artículo 43° de la C.N.-

Anoto parte de ese veredicto:

Debe rechazarse in límine la acción de amparo promovida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, tendiente a que se declare inconstitucional la Resolución 125/08 del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, sobre fórmulas aplicables para el cálculo de los derechos de exportación de determinadas posiciones arancelarias correspondientes a cereales y oleaginosas, por falta de legitimación activa del amparista, quien se limitó a invocar su calidad de “consumidor”, ya que no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes, en tanto de otro modo, se reformarían las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y la Legislatura, exponiéndolo a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares (9)

La idea de proceso judicial requiere la existencia de un interés lesionado que intenta repararse. Por eso el considerando nueve del caso Halabi termina diciendo:

Sin embargo es preciso señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante

determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible...”

En suma: el interés vulnerado es lo que la acción aspira a remedar. Asimismo, el daño puede ser actual o futuro, en la medida que sea previsible. En el capítulo siguiente se avanza sobre el examen intrínseco del daño como requisito para la procedencia del proceso judicial colectivo.-

4. La extensión y la existencia del daño.

Como ya fuera dicho, las acciones de clase procuran acreditar la existencia de un daño para luego de las probanzas determinar la extensión de ese daño. Quizás sea en este punto donde se manifiesta con mayor claridad que los procesos colectivos son completamente diferentes a los individuales. Sin embargo, hay cierta obstinación académica y jurisprudencial en tratarlos de la misma manera, o aplicar a unos u otros las mismas reglas. Abundan los fallos que rechazan acciones colectivas so pretexto de que esa acción, puede y deber ser ejercitada por el titular del derecho afectado individualmente, dado que su afectación no es homogénea al tener sustento en relaciones jurídicas únicas pero de efectos diferenciados en cada contratante.-

Muchos magistrados, a mi juicio desacertadamente, están utilizando un microscopio para encontrar dentro del colectivo el ‘daño diferenciado’, sin ver la sin la elefantina causa única de afectación que determina la necesidad de una acción de clase.-

Veamos algunos ejemplos.-

1. “Consecuentemente, desde que la presente acción encuentra sustento en el análisis de ciertos contratos con particulares involucrando diferentes montos y operaciones, con la consecuente pretensión de devolución de cargos cobrados de más en tales diferentes operaciones, los derechos involucrados resultan ser

personales, individuales y diferenciados respecto de los cuales cada uno de los titulares de la relación jurídica puede disponer libremente. De tal forma, se colige que la acción de fondo tendrá por finalidad la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada presunto afectado; ergo la legitimación en el sub examine corresponde individualmente. a cada uno de los supuestos perjudicados...”(10)

2. “La colectividad de consumidores cuya representación PADEC se atribuye, carece definitivamente "a mi juicio- de intereses homogéneos. Es que no se halla, en lo que José Carlos Barbosa Moreira ha denominado "una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye ipso facto, lesión a la entera comunidad" (autor citado en "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", citado por la C.S.J.N in re Defensor del Pueblo de la Nación c. PEN" s.amparo", 27.06.2007). El sustrato fáctico de los clientes de caja de ahorro varía según el "producto" adquirido, de manera tal que los efectos del impugnado "costo de mantenimiento" "que son también distintos en cada caso- no son comunes a todos y cada uno de sus componentes, rasgo que caracteriza a los derechos individuales homogéneos, cuya defensa sí procede a través de la acción colectiva. (11)

3. En efecto, se reitera, agotada la faz colectiva en virtud del cese del cargo "costo de financiación por diferimiento de pago", la acción tiende indefectiblemente al reconocimiento de un interés individual perfectamente divisible, que debe ser reclamado por cada usuario, pues solamente se busca la devolución de sumas con base que éstas importarían un enriquecimiento sin causa por parte de la accionada” (12)

Como señalaba al comienzo de este capítulo, no es posible tratar a los fenómenos colectivos con la misma dinámica con la que el estudioso se aproxima a los procesos individuales. No es lo mismo una queja referida a un teléfono celular fallido, que un servicio de

telefonía defectuoso que aflige a 15 millones de personas. Y si tratamos ambas cuestiones con los mismos criterios el fracaso está asegurado para los usuarios, al tiempo que estará garantizada la impunidad para los proveedores. Veamos un ejemplo práctico.-

Un proveedor de servicios que atiende a 15 millones de usuarios buscará formas contractuales diversas para alcanzar las necesidades específicas de su clientela y así ampliar su número. Esa diversidad contractual de ofertas, determina que haya intereses diferenciados a la hora de hacer un reclamo concreto porque dentro de ese grupo de 15 millones de personas no todas tienen un abono idéntico, aunque sí reciben un servicio único del prestador. Por ejemplo, algunos abonos que son ilimitados en tiempo; otros contemplan precios preferenciales para el servicio de larga distancia; otros incluyen la prestación de internet; algunos abonados les dan a sus líneas telefónicas uso profesional y otros las destinan a sus hogares; unos tienen el servicio de mensajería y otros bloquean expresamente su casilla de mensajes, unos solicitan ser despertados por las mañanas por la compañía y otros confían esa tarea a su tradicional despertador. Pero todos reciben un servicio homogéneo de la misma compañía.-

Ergo:

Hay decenas de servicios diversos que cada usuario elige según sus propias necesidades. Pero esa circunstancia común a toda comercialización masiva de bienes y servicios no es suficiente para concluir que no exista una clase homogénea que deba ser representada en un proceso colectivo.-

Entre nosotros, Andrea MEROI explica muy acertadamente que debemos cambiar nuestro enfoque, excesivamente individualista, hacia una concepción más sociológica: “La protección de intereses que genéricamente podríamos denominar colectivos guarda estrecha relación con la teoría sociológica, pues no en vano los conceptos de interés y grupos son realidades sociales antes que jurídicas. A partir de

esta constatación...aparecen otras coincidencias: la inadecuación de las categorías jurídicas actuales para brindar tutela a estos singulares intereses...” (13)

Cuando reflexionamos sobre las relaciones de consumo, y sobre el actual desarrollo de la comercialización masiva de bienes y servicios, debemos hacerlo como señala MEROI con sentido sociológico; es preciso pensar en millones de personas que consumen, y en millones de dólares que circulan a un ritmo que causa asombro. Si nos limitamos a analizar las relaciones de consumo, a partir del consumidor individual estaremos siendo cómplices del atraso, y también funcionales con la impunidad, más o menos consentida, del sector de los proveedores de bienes y servicios.-

Porque nada resulta más conveniente para un proveedor masivo de bienes o servicios que segmentar los reclamos de su clientela.-

Esta cuestión también fue estudiada por el Derecho comparado. Jean Wegman, cuando analiza las características de la certificación de clase, usada en Norteamérica como instancia previa al inicio de la ‘class action, se refiere al error de confundir los procesos individuales con los colectivos.: La experiencia recogida en materia de acciones de clase viene a confirmar lo que la doctrina ya había advertido con anterioridad; esto es que las acciones colectivas y las individuales tienen un funcionamiento diverso que es imposible equiparar. Como ya fuera dicho, en las acciones de clase el afectado individual tiene un interés modesto en el pleito mientras que su asesor legal tiene un interés mayor que el de su cliente en la suerte del asunto. Resulta prácticamente inevitable que esta diferencia sustancial entre los intereses del actor y los de su asesor legal generen un conflicto entre el cliente y el abogado. Esto obliga a que los jueces sean más activos en el seguimiento del proceso que lo que normalmente lo son en los juicios tradicionales en este contexto, el doctrina propone, directamente, la eliminación de la figura del Named Plaintiff (representantes de los actores del pleito). (14)

Así como la acción de clase determina una relación distinta entre cliente y el abogado, también obliga a que los magistrados no se empecinen en querer resolverlas aplicando reglas que aprendimos cuando los teléfonos celulares ni siquiera estaban en la imaginación de Ray Bradbury, aunque sí en la exquisitamente paródica imaginación de Mel Brooks, cuando inventó al entrañable Súper Agente 86, y también el zapatófono que permitía una comunicación segura entre espías buenos en plena ‘Guerra Fría.’

En los procesos individuales puede resultar relativamente sencillo cuantificar la extensión del daño en el mismo momento en que se inicia la demanda. Pero en las acciones colectivas, que involucran a un número millonario de afectados, y que generalmente son reclamos que comprenden un lapso de tiempo que va desde los tres años que prescribe el artículo 50 LDC hasta los diez que establece el 4023 del C.C., es virtualmente imposible cuantificar el daño en una etapa primaria.-

La cuantificación previa de los montos reclamados en los procesos colectivos contiene dos problemas que la hacen impracticable:

1. No se sabe exactamente cuántos sujetos integran la clase; esta cuestión únicamente podrá conocerse luego de iniciada la acción y producida la prueba ofrecida

2. No se sabe exactamente qué tiempo de prescripción se aplicará al caso, pues hay leyes que establecen la prescripción anual, o bienal, o trienal, o la decenal establecida en el artículo 4023 del Código Civil. (15).-

Teniendo en cuenta lo dicho en los párrafos que preceden, es necesario tener especial cuidado en no confundir la existencia del daño con la extensión del daño. En ese orden, estimo que es un desacierto sostener que no hay un ‘caso judicial colectivo’ porque no se haya comprobado la extensión del daño de cada perjudicado. La

idea de ‘caso judicial’, como requisito de procedencia del proceso colectivo alude a una entidad del menoscabo y no a su dimensión.-

Dicho de otro modo:

Cotizar los daños derivados de un hecho ilícito es importante. Pero esa estimación no constituye un requisito para el inicio de un proceso colectivo. Por el contrario, es un tema que por lo general surgirá luego de ventilarse la totalidad de la prueba aportada por las partes.-

El artículo 54° LDC resuelve expresamente lo referido a la extensión del daño, postulando el principio de la integridad de la reparación.-

Artículo 54° LDC: “.... Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.-

En otras palabras: una vez determinados los principios básicos de toda acción indemnizatoria, cada uno de los afectados, sin necesidad de iniciar otra acción, podrá reclamar –por la vía incidental - la extensión total y diferenciada de su perjuicio. A esa posibilidad se refiere el principio de integridad, eje fundamental que rige la teoría general de la responsabilidad: el resarcimiento debe ser integral.-

LORENZETTI lo explica con claridad: “La ley contempla el supuesto en que se promueve una acción de responsabilidad por daños de carácter colectivos. Por ejemplo, si un producto mal diseñado causa perjuicios a miles de personas que han adquirido, puede promoverse una acción colectiva que determine que hay un producto mal diseñado, que existe imputación subjetiva y que ese producto es capaz de causar un tipo de daños que es el que se reclama (causalidad a nivel de la autoría). Una vez decidida esta cuestión, todos los afectados pueden invocar esa decisión sobre los elementos comunes para obtener un resarcimiento distinto en cada caso, porque

ése es el elemento no común o diferente, sin necesidad de promover un nuevo juicio de conocimiento y declaración de responsabilidad.” (16)

El citado autor, en la misma obra señala: “La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los supuestos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. En éstos, la existencia de controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho” (17)

5. Identificación del grupo representado.

En congruencia con lo dicho hasta ahora, resulta claro que la falta de identificación del colectivo es un impedimento para el inicio de las acciones colectivas. Pero, sin embargo, esta definición no alcanza para contestar un interrogante que va a jugar fuerte en los próximos tiempos:

¿Cómo se integra correctamente un clase de manera tal de alcanzar este requisito de aplicación?

El derecho Comparado y su aplicación local. Las ‘acciones colectivas’ encuentran su máximo desarrollo en el Derecho extranjero, particularmente en el Derecho Norteamericano. En ese país rige la muy conocida Regla 23(a) que integra el Código de Procedimiento Civil Federal (En su idioma original, Federal Rules of Civil Procedure, de 1938, profundamente modificado en 1966). Esa norma, a pesar de su extranjería, es citada por toda la literatura nacional, y también por nuestra Corte Suprema. Efectivamente, la regla 23 a) fue anotada, y prácticamente traducida, en el considerando (17) del caso Halabi(18)

La norma en cuestión analiza cuáles son los 4 presupuestos básicos que requieren las acciones de clase para ser procedentes:

a) La clase debe ser tan numerosa que su reunión resulte imposible;

b) Es preciso que existan cuestiones de hecho y de derecho comunes a toda clase;

c) El reclamo intentado debe ser típicamente representativo de los reclamos de los individuos integrantes del colectivo

d) La representación debe ser idónea y adecuada a los intereses de la clase que representa.-

Es decir:

La existencia de una clase requiere, numerosidad en el grupo, comunidad en sus intereses, tipicidad de sus reclamos y representación adecuada.-

Cumplidos esos recaudos, nada obsta a que el representante y el representado inicien su batalla colectiva en los tribunales. Siempre que haya numerosidad suficiente, comunidad de afectación y tipicidad del reclamo, el proceso colectivo es procedente. Es ese el análisis que debe hacer el juzgador al tomar las primeras impresiones en una 'class action'. Pero debe ser preciso, sin incurrir en exageraciones interpretativas, ni en restricciones resolutorias. Porque dado que ninguna de estos conceptos responde a una regla de rigor aritmético es fácil caer en la tentación de decir, arbitrariamente, que tal clase no es tan numerosa, o que la causa de afectación es diversa o borrosa, o que no se trata de un reclamo típico del grupo. O que no hay homogeneidad en el reclamo, y por tanto no puede consolidarse la noción de clase afectada.-

A pesar de las sospechas que suscitan en algunos sectores, las acciones colectivas tienen una importancia social que no debe soslayarse. Ellas procuran que las quejas aisladas de los usuarios y

consumidores se agrupen y sean dirigidas por una persona idónea que las encause en beneficio de todo el grupo.-

Oswaldo GOZAÍNI explica esta situación con claridad, inteligencia, y mejor pluma; vale la pena que transcriba la cita que representa su pensamiento, y supera cualquier interpretación restrictiva.-

Las normas sustanciales destinadas a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores muchas veces no resultan bastantes si no consiguen plasmarse en dos planos sucesivos. Uno actúa como orientador de conductas y que opera como prevención de eventuales daños; y otro consecuente que se activa con la acción procesal, propiamente dicha, vale decir, la demanda judicial. Aquí se instala una de las cuestiones más interesantes en la lucha por dotar de eficacia a las normas cuando ellas deben aplicarse en situaciones concretas; y al mismo tiempo, expone una debilidad del sistema procesal que ha sido pensado para los derechos individuales, de modo tal que, cuando el afectado es un colectivo, muestra su ineficacia, o al menos, su incertidumbre, para actuar allí donde los derechos no tienen una cara visible. El acceso a la justicia de usuarios y consumidores padece este inconveniente puesto en la entrada misma del reclamo de justicia. Se trata de encontrar la llave que abra la puerta de un laberinto que se recorre entre ritos y solemnidades, que exigen obrar con más arte que con razón. Sin embargo, la nueva ley 26.361 que reforma la ley 24.240, parece encontrar en este terreno, una adaptación necesaria que se con sus disposiciones puede incidir dan un tiempo nuevo a la defensa efectiva.(19)

Ricardo LORENZETTI, al tratar esta cuestión de la identificación de una clase, explica: “Siempre puede afirmarse que un hecho afecta a toda una población, o que la inconstitucionalidad de una ley tiene consecuencias para todo el país, pero para que la agregación sea posible y útil, debe existir una cantidad de sujetos identificables. Por ejemplo, en Halabi, se trató de un problema de

inconstitucionalidad de una ley, pero la clase estaba acotada: los abogados y los usuarios de los servicios de telefonía.” (20)

Lo que hace imposible la integración de una clase, no es su indeterminación provisoria, sino su imposible determinación. Y, justamente, esa ‘imposibilidad’ es todo lo contrario a lo que ocurre con las acciones de clase que usualmente se presentan en tribunales. La mayoría de las veces esos juicios están dirigidos contra empresas proveedoras de bienes y servicios que los comercializan de manera masiva. En estos casos que, repito que son la inmensa mayoría, los usuarios afectados están perfectamente individualizados. Todos al entablar la relación de consumo fueron registrados, con fechas de altas y bajas o compra del bien o servicio, con sus domicilios, con sus cuentas anexas, con su record crediticio, etc.-

En sumario:

Los integrantes que usualmente forman una acción de clase por defectos en los bienes y servicios que adquieren o suscriben por lo general están excesivamente identificados. Ello a pesar de que dado su numerosidad, permanezcan en un estado de anonimato provisorio para quien los representa.-

No obstante, están perfectamente identificados por el proveedor que actuó como contraparte en el contrato o en la relación de consumo que lo vinculó con ellos. El artículo 53° LDC, que impone un deber de colaboración agravado para los proveedores, los obliga a aportar esos datos al proceso bajo aperebimiento de considerarlo indiferente frente a su obligación probatoria y sufrir los efectos adversos de esa indiferencia.-

Lo que distingue o hace a la existencia de un grupo es la vinculación que sus miembros tienen entre sí. Ella puede ser fáctica o jurídica; es decir, determinada por los hechos, o por la existencia de una norma jurídica (norma legal en sentido amplio), o un contrato. En la literatura nacional, el autor Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO se

ha ocupado de este tema con mucho acierto, y profundidad. Cito al escritor: “La demanda colectiva intenta proteger a un grupo. En el caso de derechos individuales homogéneos, por lo general, los miembros del grupo están unidos entre sí o respecto del demandado por una cuestión de hecho o de derecho, es decir, por un acontecimiento, una sucesión de acontecimientos fácticos o por una relación jurídica. Cuando se trata de acciones colectivas de consumidores por derechos individuales homogéneos, existe una relación jurídica -de consumo- entre cada uno de los miembros de la clase y el demandado. La relación de cada uno de los miembros del grupo con el demandado es similar, de las mismas características, ello permite que el reclamo sea planteado de forma colectiva. La causa u origen es común, se ven afectados por la misma situación o relación jurídica respecto del demandado. (21)”.-

Finalmente, quienes tanta aversión le tienen a este tipo de procesos no deberían dejar de soslayar que ellos tienen una finalidad social, pues no escapa al conocimiento de nadie que la promoción a escala masiva de juicios individuales podría, fácilmente, hacer colapsar a la burocracia judicial. Pues sería imposible para ella recibir un aluvión de demandas sin que el servicio de Justicia se viera seriamente afectado, empeorando su actual eficiencia.-

6. Derechos Homogéneos y causa de afectación homogénea.

Esta es otra cuestión central para analizar la existencia de una clase; sobre todo en aquellos asuntos donde lo que se persigue es un reclamo referido a derechos individuales que, sin embargo, afectan a un número indeterminado de personas. Es importante analizar este aspecto en congruencia con lo examinado en el capítulo 4; pues del mismo modo que no debe confundirse la existencia del daño con su extensión, tampoco es correcto concluir que la afectación de derechos individuales, y de contenido patrimonial, anula la posibilidad de formar una clase o una acción colectiva.-

En primer lugar, lo primero que hay que distinguir es que lo homogéneo no es el derecho, que siempre se mantiene idéntico a sí mismo, sino la circunstancia fáctica o jurídica que lo perjudica.-

Entonces:

Los derechos homogéneos como categoría propia y autónoma NO EXISTEN.-

Cuando se habla de derechos individuales homogéneos se quiere significar que lo semejante, o incluso idéntico, es la causa que ocasiona perjuicio al derecho. El derecho homogenizado está subordinado al origen de la afectación que sí es similar o idéntica en términos fácticos o jurídicos. Sin esa causa única de afectación, todo el concepto de derecho homogéneo se desvanece.-

En otras palabras:

Estamos frente a una creación ficta, cuya utilidad más evidente es permitir que un grupo de sujetos afectados en derechos individuales (divisibles) puedan concurrir uniformados en una clase y reclamar al unísono. Es decir, es una ficción funcional a las acciones de clase.-

Los autores Rodrigo SILVA y Gastón TRÍPOLI, aluden a esta cuestión citando al prestigioso jurista Antonio GIDI: “La homogeneidad de los derechos individuales se trata de un concepto relacional, pues un derecho es homogéneo apenas en relación a otro derecho individual derivado de una causa fáctica común. En efecto, no existe un derecho individual homogéneo sino derechos homogéneamente considerados.” (22)

El estudioso brasilero explica este fenómeno con mucha claridad y disipa dudas conceptuales: “Los derechos difusos y colectivos son un nuevo producto de la ideología de finales del siglo XX, que buscan proteger el medio ambiente, a los consumidores y los

derechos de las minorías,...son, por lo tanto, una nueva categoría de derechos sustantivos, una abstracción creada por científicos legales enfocada a las necesidades contemporáneas de una sociedad de masas. Los derechos individuales homogéneos, sin embargo, son los mismos derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema de derecho civil como ‘derechos subjetivos’. El nuevo concepto de derechos individuales homogéneos sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción: la acción colectiva por daños individuales...Debido a que estos derechos individuales tienen un origen común es que son llamados ‘homogéneos...’ (23)

Los subrayados propios y procuran explicar las ideas centrales de esta reflexión:

1) Los derechos colectivos son una creación científica surgida a finales del siglo XX por necesidades propias del auge de la sociedad de consumo masivo;

2) En esencia, el derecho homogéneo es conceptualmente idéntico al tradicional derecho individual;

3) Lo denominados ‘derechos homogéneos’ constituyen una abstracción, que ni siquiera es sustantiva sino procesal; ella favorece la procedencia de acciones colectivas para remediar daños individuales

Dicho de otro modo:

La causa del daño es lo que homogeniza al derecho. El derecho homogéneo no es una categoría autónoma.-

Hechas estas salvedades, entiendo que la Corte Suprema procuró explicar estas cuestiones en el considerando 12 del Caso Halabi. Veamos:

Considerando “12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos 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. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...”(24)

Los subrayados intentan destacar las cuestiones más importantes que se derivan de este considerando. A mi criterio, ellos son:

1. Se determina la existencia de una novedosa categoría de derechos individuales; se trata de los derechos personales emergentes de las relaciones consumo. La característica de estos derechos individuales es que su indivisibilidad no es un obstáculo para que exista una causa única que los afecte a todos;

2. La posible existencia de esa causa única de afectación habilita la defensa colectiva de ellos en el marco de un proceso de clase.-

3. La causa única de afectación no necesariamente debe impactar en forma idéntica a cada uno de los miembros del grupo; por el contrario, lo más frecuente es que ese impacto sea diferenciado.-

4. La homogeneidad de la afectación y de los derechos afectados justifica la realización de un solo pleito que agrupe a todos los sujetos afectados.-

5. Esa integración, sin embargo, no debe afectar el principio de integridad de las reparaciones, siendo posible que cada individuo del colectivo pruebe la extensión del daño que padeció, puesto que la homogeneidad no rompe la regla de la divisibilidad del derecho y del reclamo.-

7. Terminaciones.

El aspecto más importante que se debe considerar al tratar la legitimación activa en los procesos de clase no es el sujeto representante sino el sujeto representado. El representante está taxativamente enumerado en el artículo 54° LDC pero la clase, como sujeto activo de un pleito requiere de una identificación precisa que resulta compleja.-

1) Como corolario del antecedente se concluye que n

2) o puede haber un representante de clase, sin una clase para representar.-

3) El dilema que debe resolverse antes de iniciar una acción de clase es definir a quién está representando el legitimado para la representación.-

4) La existencia del caso judicial implica que el actor debe padecer un perjuicio derivado de un ilícito. No alcanza con la manifestación general acerca de que tal norma o tal conducta son potencialmente dañinas.-

5) No puede haber una acción judicial (ni individual ni colectiva) sin una afectación de intereses concreta, o razonablemente previsible.-

6) No deben confundirse la extensión del daño con la existencia del daño.-

7) Para determinar una clase es preciso que exista daño, aunque de antemano se desconozca su extensión.-

8) La extensión del daño depende de pruebas y del tiempo de prescripción que se compute. Pero no es un requisito para la constitución de un colectivo.-

9) Como regla de aproximación a la idea de clase, podríamos decir que Siempre que haya numerosidad suficiente de sujetos afectos, comunidad de afectación, y tipicidad del reclamo, el proceso colectivo será, prima facie, procedente.-

10) Lo que hace imposible la integración de una clase, no es su indeterminación interina o aparente, sino su imposible determinación.-

11) En la mayoría de los casos los afectados pueden ser fácilmente identificados por el proveedor. Por aplicación del artículo 53° LDC, él está obligado a aportar ese dato a la causa.-

12) Lo que hace a la existencia de una clase es la vinculación que sus miembros tienen entre sí. Ella puede ser fáctica o jurídica; es decir, determinada por los hechos, por una norma jurídica, o por un contrato.-

13) Los derechos homogéneos no existen como categoría autónoma, sino que son una ficción legal.-

14) La causa de afectación es lo que homogeniza un derecho individual;

15) La Corte Suprema define a estos derechos en el considerando 12 de citado caso Halabi.-

16) Una acción de clase puede hacerse en representación de intereses individuales en la medida que la causa de afectación al grupo sea homogénea.-

Referencias Bibliográficas:

(1) Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos – 2002-2004), y en diversas cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. En la actualidad es Profesor de la materia Tutela del Asegurado y Contrato de Seguro. Universidad Nacional de Buenos Aires. Ha publicado et al, "La Responsabilidad Objetiva: El artículo 1113 del Código Civil". Ediciones Jurídicas de Cuyo. En 2009 publicó " La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado". Ed. Universidad. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor. Ha disertado en diversas conferencias y seminarios sobre el tema. Las críticas y comentarios que el lector quiera hacer sobre el contenido de este artículo serán muy bien recibidos en fernandoshina@gmail.com.

(2) Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ sumarísimo0. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercia, del 11 de marzo de 2010. Cita: MJ-JU-M-64414-AR | MJJ64414 | MJJ64414

(3) Expte. N° 30736 - "Legajo de apelación en incidente de medida cautelar en autos: L.; S.I. y otros s/ Aguas de Corrientes S.A. s/ sumarísimo" - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORRIENTES - SALA IV – 07/12/2011 Citar: (eIDial.com - AA7543)

(4) Causa 9701/08 - "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c/ CTI PCS SA s/ sumarísimo" - CNCIV Y COMFED - SALA II - 03/02/2012. Citar: (elDial.com - AA74F0)

(5) Unión de Usuario y Consumidores c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires w/ sumarísimo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, del 11 de marzo de 2011. Fuente: Microjuris.com MJJ 64414.

(6) Consumidores Financieros c/ Citi Bank S.A. s/ordinario. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, del 26 de abril de 2010. Fuente: Microjuris.com MJJ56744.

(7) H 270 XL II 'Halabi, Ernesto c/ PEN –Ley 25.873 – decreto 1563 s/ Amparo ley 16.986.).

(8) Fallos 331: 1364, del 28 de mayo de 2008. Fuente: Microjuris.com Citar: MJ-JU-M-25823-AR | MJJ25823.

(9) Texto del Fallo original: Fallos 331: 1364, del 28 de mayo de 2008. Fuente: Microjuris.com MJ-JU-M-25823-AR | MJJ25823.

(10) Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco de la Provincia de Córdoba s/ ordinario Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B del 28 de abril de 2011. Cita: MJ-JU-M-66504-AR | MJJ66504 | MJJ66504

(11) Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Citibank N.A. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 1, del 8 de octubre de 2009. Cita: MJ-JU-M-51056-AR | MJJ51056 | MJJ51056

(12) Proconsumer c/ Banco de la Pcia. de Buenos Aires. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A del 16 de septiembre de 2010. Cita: MJ-JU-M-58421-AR | MJJ58421 | MJJ58421

(13) Andrea MEROI. Procesos Colectivos. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2008, página 42 y43.

(14) Texto original: Thus, class action practice confirms what class action doctrine has recognized only sporadically: The class lawsuit and the class representative do not function according to the traditional private-rights model. Unlike the traditional client, the class representative plays little (*186) part in initiating or shaping the case. Instead, the class attorney controls the litigation, presenting the class claims; the representative provides no more than an anecdotal example of the class claim. Furthermore, unlike traditional private-rights litigation, the class action carries with it substantial risk of a conflict of interest between the class representative and some segment of the class. Because of this potential conflict and the complexity of class litigation, judges have naturally assumed, and ultimately been charged with, more activist roles than those taken in traditional litigation. (Jean WEGMAN BURNS. Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions. Ed. Lexis Nexis. Copyright University of California, Hasting College of Law. Citar: Hasting L.J. 165).

(15) Ver La Prescripción en las relaciones de consumo. Una cuestión de Orden Público. Publicado el 2 de marzo de 2012. Ed. elDial.com. Citar: (elDial.com - DC17DB). Fernando E. Shina y Mariángeles Schell.

(16)LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2010, página 280. El subrayado es propio.

(17) LORENZETTI, Luis Ricardo. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2010, página 105. El subrayado es propio).

(18) Considerando17) Que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros

sistemas jurídicos. Al respecto, en lo que aquí interesa, resulta ilustrativo traer a colación que en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del Bill of Peace del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las class actions cuya definición conceptual quedó plasmada en las Federal Rules of Civil Procedure de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las Federal Rules de 1966. La Regla 23 (Equity Rule 23) de ese ordenamiento determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuando: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable, 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase, 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente (Fallos: H 270 XL II ‘Halabi, Ernesto c/ PEN –Ley 25.873 – decreto 1563 s/ Amparo ley 16.986. Fuente: (eIDial.com - AA4FEF)).

(19) Osvaldo GOZAÍNI, en MOSSET ITURRASPE – Javier WAJNTRAUB. Ley de Defensa del Consumidor. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010, página 343. El subrayado es propio)

(20) LORENZETTI, Ricardo Luis. Justicia Colectiva. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2010, página 130. El subrayado es propio.

(21) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel. Sobre la homogeneidad y la delimitación de la clase en las acciones colectivas de los consumidores. Microjuris.com, publicado el 12 de noviembre de 2009. Cita: MJ-DOC-4430-AR | MJD4430. El subrayado es propio.

(22) PICASSO – VÁZQUEZ FERREIRA. Ley de Defensa del Consumidor T° III. Ed. La Ley, año 2011, página 329

(23) Antonio GIDI. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, año 2004, página 60 y 61.

(24) Halabi Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional - ley 25873 - dto. 1563/04 | amparo ley 16986. Cita: MJ-JU-M-42008-AR | MJJ42008

La justicia gratuita y el derecho de litigar sin gastos

por Fernando Shina

Disponible en: <https://ar.microjuris.com/>

Cita online: MJD5783

[Consultado el: 19/07/2021]

Sumario:

I. Introducción. II. La cuestión desde el punto de vista de los consumidores. III. Jurisprudencia adversa. IV. Las presunciones de la ley. V. La integración normativa. VI. Un fallo de la Sala C del fuero comercial. VII. La Corte Suprema de Justicia de la Nación. VIII. Conclusiones.

I. Introducción.

Como el lector sabrá hoy en día hay una discusión feroz y un tanto asombrosa acerca del concepto de gratuidad de la justicia que traen los arts. 53 y 55 de la LDC. En esencia esas normas hablan de la gratuidad de la justicia pero sin mencionar al beneficio de litigar sin gastos en los tribunales. Esta omisión, también criticable, dio lugar a uno de los debates más banales que recuerde haya tenido ocasión en el mundillo abogadil. Lo más curioso de esta discusión es que por el momento lleva cierta ventaja el bando de estudiosos que afirman que existe una justicia gratuita, pero que su beneficiario debe pagar los gastos de esa gratuidad una vez que accede a los tribunales. Efectivamente, una opinión mayoritaria, que espero sea interina, sostiene que el usuario y consumidor litigante está eximido de pagar los pocos pesos que supone la tasa de justicia, pero queda obligado a la eventualidad de pagar millonarios gastos causídicos.

Cuando las disputas llevan un rumbo donde se pierden las ideas y las lógicas se invierten, es aconsejable volver a los inicios de la cuestión y realizarse una serie de preguntas algo retóricas pero también esclarecedoras. Por ejemplo:

1. ¿De qué le sirve a un consumidor o usuario eximirse del pago de la tasa de justicia si luego tiene que pagar los gastos causídicos de un pleito?

2. ¿De qué les sirve a los proveedores de bienes y servicios estar blindados ante la eventualidad de un pleito?

La obviedad de las respuestas me permite conjeturar que este debate es importante porque arrastra a otro de mayor peso. Hay quienes, con intereses tan legítimos como parciales, le tienen antipatía a cualquier intento de robustecer a la parte débil de la desventajosa relación entre proveedores y consumidores. En última instancia, la discusión que se ventila cuando se habla de gratuidad de la justicia se refiere a la búsqueda de un equilibrio -todavía lejano- entre las fuerzas que conforman la sociedad de consumo en la Argentina. Desde luego que una gratuidad amplia beneficia a los consumidores, individual y colectivamente, al tiempo que le quita una ventaja (disminuye una renta) al sector de la producción y comercialización de bienes y servicios. Pero esa circunstancia, propia de cualquier encuentro entre intereses dispares, no debería ser motivo de tanta controversia. Por eso en este artículo me interesa renovar los aspectos sustanciales que giran en torno a estos conceptos en aparente tensión.

II. La cuestión desde el punto de vista de los consumidores.

No me parece incierto afirmar que el beneficio de litigar sin gastos hace que el consumidor o usuario tenga mayores seguridades con relación al bien o servicio que adquirió. Esta reflexión primaria no requiere de mayor análisis. Porque es obvio que si quien adquiere un bien o suscribe un servicio sabe de antemano que ante cualquier vicio

derivado de esas adquisiciones puede demandar gratuitamente a su proveedor, se disminuyen los riesgos de padecer una contratación fallida. En este caso, la expectativa pesimista de sufrir un consumo malogrado se reduce. Esa seguridad necesariamente se convierte en un incentivo al consumo.

Quienes se aferran al pasado y le oponen al progreso más prejuicios que argumentos, no llegan a comprender que todo incentivo al consumo, además de mejorar de manera sustentable la macroeconomía de un país, perfecciona la rentabilidad del producto porque se incrementa el volumen de la comercialización. Los opositores acérrimos a esta nueva rama del derecho no terminan de entender que, en última instancia, no se busca terciar en una puja para beneficio de un sector sobre el otro sino para hacer más saludable y eficiente a toda la sociedad de consumo. Pues, para bien o para mal, dentro de una esas sociedades vivimos.

La posibilidad de litigar sin gastos es un beneficio muy importante para los consumidores. Y esa gracia los alcanza a todos sin excepción, sean más o menos pudientes. Pero, sin embargo, lo cierto es que casi siempre los consumidores -que en su inmensa mayoría son trabajadores asalariados- no cuentan ni con recursos financieros ni con tiempo suficiente para involucrarse en un reclamo judicial largo e incierto. Por otra parte, nadie debería ignorar que -casi por regla- un reclamo individual derivado de una relación de consumo fallida es insignificante en términos económicos. Por tanto, es seguro que resultará más costoso pagarle al abogado la redacción de una carta documento que el valor de lo reclamado en esa misiva legal.

Ninguna persona va a recurrir a los servicios de un patrocinante si sabe que en la primera visita deberá gastar más de lo que puede recibir luego de concluir un juicio o reclamo administrativo. Ello sin contar que, siendo optimistas, esas tramitaciones pueden durar dos o más años. Se presenta de esta forma un escenario incierto para el consumidor, donde su compra viciosa corre serio peligro de no ser adecuadamente satisfecha. Esta

inseguridad, que es la contracara de la garantía tácita que señalara en el párrafo anterior, genera cierta aversión al consumo; el individuo asume, sobre todo frente a una adquisición de poco monto económico, una actitud más conservadora que restringe la tendencia al consumo.

Por el contrario, la gratuidad para reclamar justicia en los tribunales alienta a que el consumidor se queje ante cualquier vicio o defecto del bien que adquirió. Participo de la opinión que sostiene que está muy bien que tenga ese aliciente porque son los consumidores quienes mejor controlan la calidad de los bienes y servicios que compran.

Pensemos en un ejemplo cotidiano, pues son ellos los que nos permiten ver las situaciones de consumo en su faz más real. Por caso, pensemos en la señora Olivia Kaplan de Lynch. Ella todos los viernes va al mismo supermercado para llenar la heladera con los alimentos que consume la familia Lynch. Supongamos que esa señora compra un «sachet» de leche en mal estado que luego le da a su infanta. Seguramente cuando a las pocas horas Olivia descubra el motivo de los llantos y retorcionas de la pequeña Elizabetta tendrá un enojo enorme; y esa ira, sumada a la posibilidad de litigar gratuitamente convierte a Olivia en el más eficiente y estricto cuerpo de inspectores públicos (coincidirá el lector con que, además, en la Argentina no tenemos ningún cuerpo de inspectores con esas cualidades). Ninguna empresa embotelladora o distribuidora de leche y ningún supermercado querrá encontrarse con Olivia Lynch en una audiencia de conciliación en Tribunales. Entonces, para evitar ese encontronazo incómodo, es probable que el supermercado no considere que apagar sus heladeras durante la noche sea una buena forma de ahorrar energía o que la embotelladora invierta más dinero en controles de calidad e higiene. Y el ejemplo no es retorcido; si se quiere es pudoroso y evita que me refiera al famoso caso ocurrido en la provincia de Córdoba, en donde apareció flotando en una botella de gaseosa un accesorio de la intimidad adulta que causara más repugnancia que asombro al consumidor (1).

Pero volvamos a la abnegada Olivia Kaplan de Lynch que compró la leche corrupta. Si esa señora tiene que visitar a un abogado y eventualmente pagarle la consulta, luego mandar una carta documento que cuesta unos \$ 50 o más, iniciar una mediación, cuyos gastos son de \$ 80 o más, ir a Tribunales para iniciar un proceso principal y un incidente de insolvencia y esperar dos años o más el resultado de una sentencia, es fácil pensar que a Olivia no le convendrá gastar miles de pesos y perder miles de horas para obtener una recompensa que no llega a \$ 8 en el caso de un litro de leche de una primera marca. Ello sin considerar la eventualidad de que su reclamo principal y/o el incidente puedan resultarles adversos. Pues entonces tendría que pagar una fortuna por la desventura de haber comprado una leche putrefacta. Un consumidor inseguro tiende a convalidar los vicios que padece en el transcurso de las relaciones de consumo.

Sin embargo, algunos doctrinarios piensan que la aplicación automática de este instituto trae consigo la posibilidad de un abuso por parte de los demandantes. Pero en los hechos ese abuso no tiene chance de ocurrir. Es imposible que un usuario, por más facilidades procesales y financieras que el Estado le conceda, ponga en peligro a gigantescas empresas que son las que usualmente trafican masivamente bienes y servicios. ¿O acaso alguien seriamente puede imaginar que la mamá del ejemplo propuesto -con la simple tramitación de su reclamo en Tribunales- vaya a poner en peligro las finanzas de esas corporaciones? A veces me resulta difícil encontrar distinguos entre la ingenuidad y el cinismo que subyace en una idea. La ingenuidad la degrada. El cinismo la corrompe.

Por otra parte, el beneficio de litigar sin gastos automático no arruina el derecho de defensa de la otra parte, porque todo proveedor demandado podrá oponerse a la gratuidad amplia concedida en los términos del art. 53 LDC, que expresamente dice:

«La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio».

Sin ese beneficio una inmensidad de reclamos no llegaría jamás a la Justicia por la sencilla razón de que los costos de tramitar un juicio serían infinitamente superiores a las propinas que eventualmente podrían obtener los afectados. Desde luego, el análisis que restrinja el concepto de gratuidad de la justicia afecta al consumidor. Lo perjudica notablemente. Porque sin ese amparo seguramente no va a asumir los costos de su reclamo y no tendrá otra alternativa que soportar los defectos del bien o servicio que adquirió. En resumen, encarecer los gastos de tramitación judicial para los usuarios y consumidores se traduce en más leche agria para los niños y más amargura para los consumidores.

De esta manera, el proveedor de bienes y servicios resulta doblemente beneficiado. En primer lugar porque deberá soportar menos reclamos judiciales. Como consecuencia directa, disminuyen dramáticamente las chances de que sea alcanzado por una sentencia condenatoria. Pero, sin embargo, en el largo plazo -aunque no lo advierta- su negocio se vuelve más próspero si permite que el consumidor se sienta más poderoso, porque esa sensación de garantía y fortaleza incrementa la confianza hacia un determinado producto y esa mejor expectativa incrementa la tendencia al consumo.

En definitiva, el encarecimiento de la tramitación judicial desmotiva las inversiones tendientes a que los productos sean más seguros. Porque ese gasto no tiene correlato con los riesgos que se asumen si se evita la inversión.

Ningún empresario gasta dinero si no tiene un motivo eficiente para hacerlo. Indudablemente las condenas judiciales ejemplares son una buena inspiración para invertir en seguridad. Y habrá más condenas en la medida en que se simplifique el acceso a los tribunales.

No hay vueltas que darle a este asunto porque está regido por leyes económicas que se repiten en todo el mundo: cuando los costos de litigar son baratos para el empresario y muy caros para el

consumidor, los productos son más inseguros y los servicios más ineficientes.

Por eso decía al comienzo que la cuestión interior del asunto de la gratuidad es mucho más sustancial que la discusión propuesta en la escuela y en los tribunales. Negar el beneficio de litigar sin gastos perjudica doblemente al sector de los usuarios y duplica los beneficios del sector empresario. Y sobre todo, empeora las relaciones de consumo.

No parece razonable pensar que haya sido esa la intención del legislador de la Ley 24.240 y sus sucesivas reformas, particularmente la última concretada a través de la Ley 26.361.

III. Jurisprudencia adversa.

Debo decir con cierta amargura que, a pesar de que el debate parecía de sencilla solución, en su mayoría los jueces de primera instancia apoyan la opinión restrictiva del concepto de gratuidad de la justicia asignándole el único efecto de eximir el pago de la tasa. Es decir, con lógica invertida se sostiene que la justicia gratuita es onerosa.

Estos argumentos apuntan a cuatro direcciones que voy a resumir seguidamente.

A) Gratuidad de la justicia y juicios costosos. Es este el más clásico de los argumentos. Se procura explicar la existencia de dos conceptos legales diferenciados. Por un lado existiría una justicia gratuita referida al pago de la tasa de justicia, de la que sí aceptan que el consumidor está eximido. Al mismo tiempo remarcan que la única forma que tiene el consumidor de resguardarse de un eventual pago de las costas del proceso es iniciando el beneficio de litigar sin gastos. Es decir, estos fallos propician la existencia de dos conceptos legales diferentes, uno referido a la tasa de justicia y otro concerniente a los gastos causídicos. Sin embargo, no revelan cuál sería ese distingo entre

uno y otro concepto. Tampoco explican para qué la ley le concede a los proveedores demandados la posibilidad de oponerse a la gratuidad (conf. art. 53 LDC in fine), si ese beneficio debe ser reivindicado por el actor mediante la promoción de un incidente.

B) La contradicción como fundamento. Muchos magistrados suscriben en sus primeros despachos dos oraciones breves. En una conceden el beneficio de gratuidad; pero en la segunda oración establecen la necesidad de iniciar el beneficio de litigar sin gastos. Al leer estas providencias uno siente la tentación de preguntarse para qué iniciar un incidente que asegure una gratuidad que la misma providencia asegura de antemano. Naturalmente, para no cargar las abultadas tareas de un abogado se recomienda no intentar responder esta pregunta.

C) El lenguaje valorativo. Otras disposiciones avanzan sobre el lenguaje confuso y se meten de lleno en el lenguaje ideológico. Así, al negar la gratuidad automática y amplia establecida en el art. 53 y el 55 LDC algunos magistrados afirman que la justicia gratuita no puede traducirse en un «bill de indemnidad» que permita a los usuarios litigar si asumir los riesgos económicos de una eventual derrota.

Aquí ya hay una valoración. Ella consiste en visualizar a un consumidor voraz y codicioso que utiliza los favores de la gratuidad para entablar demandas compulsivamente. Esta afirmación, además de ser dogmática, no está acompañada por estudios sociológicos de campo que sostengan la existencia de una tendencia al litigio compulsivo o fraudulento que parece señalar el argumento.

D) Analogía con el derecho laboral. Un cuarto grupo de opositores indican que la gratuidad amplia ni siquiera les corresponde a los trabajadores que litigan en el fuero laboral, puesto que en ese fuero la ventaja se refiere exclusivamente al pago de la tasa de justicia, pero no a las costas judiciales. De tal modo, concluyen que concederles a los consumidores lo que se les niega a los trabajadores implicaría una afectación al derecho de igualdad que postula el art. 16

de la Constitución Nacional. En definitiva, utilizando un argumento fugaz, se empeora la condición de los consumidores sin lograr mejorarse la de los trabajadores. No parece, tampoco esta, una interpretación armónica del texto legal. Ni mucho menos del art. 16 de la CN; pues con el mismo criterio tampoco sería justo concederles ninguna gratuidad a un grupo exclusivo de sujetos y negársela a otro. La igualdad que establece el art. 16 CN como todo derecho constitucional no es una regla absoluta que pueda servir para resolver la cuestión que analizamos.

En resumen: ninguno de los argumentos es suficiente para explicar por qué motivo la ley beneficia al consumidor con una exención tributaria y simultáneamente lo agobia con costos que superan al privilegio concedido.

IV. Las presunciones de la ley.

Es importante ver cómo la LDC trata las presunciones de solvencia en el caso de los litigios individuales y cómo lo hace dentro de un proceso colectivo. En ese orden, la ley destaca una culminante distinción entre un individuo, que actúa por derecho propio, y una asociación que lo hace en representación de un colectivo. En el primer caso (reclamo individual) existe una presunción iuris tantum de la insolvencia del consumidor; esta conjetura, al admitir la prueba en contrario de su veracidad, puede ser derribada por la actividad procesal del demandado, conforme lo establece el art. 53 LDC. Respecto de las asociaciones que representan a la clase reclamante, esa presunción de insolvencia es iuris et de iure, sin que se le conceda al demandado la posibilidad de acreditar la solvencia de la parte actora.

Y esta circunstancia no debe causar asombro porque si esas asociaciones fueran solventes, no podrían defender eficazmente a los consumidores porque para adquirir robustez económica se verían obligadas a tener una actividad comercial contraria a la finalidad social que tienen.

Ninguna asociación ajena al comercio o al funcionamiento empresarial puede ser solvente; y ninguna empresa comercial puede ser solvente en la defensa de los derechos del consumidor si su finalidad es lucrativa.

Porque estamos frente a conceptos que son opuestos. Incompatibles entre sí. Uno anula al otro: o se procura un negocio, o se realiza una tarea social de defensa de los consumidores. Imagine el lector si una asociación, para mantenerse, tuviera que financiar sus estructuras mediante pautas publicitarias o aportes financieros de las empresas que luego debería demandar en Tribunales. Imagine el lector una asociación que en sus gacetillas comentara la nueva Ley de Medicina Prepaga, y que entre los patrocinadores del artículo y la revista estuvieran todas, o alguna o una de las empresas de ese sector. ¿Y cómo evitar esta promiscuidad indeseable si no es soportando económicamente el desarrollo de estos organismos?

Si queremos un mercado limpio y transparente es necesario mantener entre todos la importante actividad que realizan las asociaciones que defienden los intereses de los consumidores. Porque sin ellas no hay ninguna posibilidad de que proveedores y consumidores lleguen a una instancia paritaria. Y el mercado requiere de esa paridad para su mejor funcionamiento. La experiencia internacional es inagotable en este sentido. Recientemente nos llegan noticias de España que informan que gracias a una acción colectiva, instada por una de esas asociaciones, la compañía telefónica fue condenada a pagar más de 150 millones de euros porque haciendo abuso de su posición dominante vulneró el principio de libre competencia y de esta forma, indirectamente, afectó a los consumidores que tuvieron menos opciones de consumo (2).

Son este tipo de cuestiones las que están en debate cuando hablamos de gratuidad amplia o restringida. Tratemos de no caer en discusiones tan interminables en sus formas como pequeñas en sus contenidos. No hay ningún inconveniente constitucional en permitir que los consumidores litiguen gratuitamente cuando se trate de

acciones judiciales derivadas de la Ley 24.240. Tampoco lo hay en extender esa gracia a las asociaciones que los representen en procesos colectivos.

V. La integración normativa.

Otro argumento de peso para sostener la idea central de este ensayo es el llamado «principio de integración normativa». El art. 3 de la Ley 24.240 determina y regula los principios esenciales del derecho del consumidor. Entre ellos, destacan dos cuya eficacia es esencial para resolver las frecuentes tensiones que la hermenéutica le impone a los textos legales:

A. el principio de integración normativa;

B. el principio de la interpretación más favorable a los intereses del consumidor, o de preeminencia de la norma en aquellos casos en los que existan dudas.

Veamos qué dice el texto del art. 3 LDC:

«[Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia] - Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la [Ley N° 22.802] de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. [En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica]» [énfasis añadido].

Con relación a esta norma LORENZETTI comenta:

«La primera regla que establece el texto se refiere a la aplicación de la ley, y señala que debe efectuársela de modo integrado con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo. No dice que se integra la norma con otras leyes, sino con las vinculadas al consumidor, con lo cual se reconoce la autonomía del microsistema. [Esta regla es correcta, porque la fuente constitucional confiere al derecho de los consumidores el carácter iusfundamental, lo que significa que el sistema de solución de conflictos normativos no está guiado por las reglas de las antinomias tradicionales]» [énfasis añadido]. (3).

El carácter constitucional de este derecho permite anticipar conclusiones irrevocables:

A. Todo debate que verse sobre relaciones de consumo es regulado por la Ley 24.240.

B. Algunos principios del derecho privado tradicional ceden ante los postulados de esta norma que, dicho sea de paso, es de orden público (conforme lo prescribe el art. 65 LDC).

C. En caso de duda, se estará siempre a favor de la normativa más conveniente a los usuarios o consumidores.

En resumen: cualquier duda que ocasione la interpretación referida a la gratuidad de la justicia debe interpretarse de la manera más favorable a los usuarios y consumidores; sin que pueda dudarse de que el criterio amplio sea el que debe prevalecer.

VI. Un fallo de la sala c del fuero comercial.

La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial da respuesta contundente a todas estas cuestiones. Citamos algunos párrafos destacados. Lo hacemos con la advertencia de que el fallo se refiere a un proceso colectivo, donde la sala optó por el criterio más amplio que sostenemos en este trabajo. En efecto, la Sala

C determinó que en el caso de acciones colectivas, el demandado ni siquiera tiene la posibilidad de oponerse a la gratuidad porque el art. 55 LDC no le otorga esa chance. En otras palabras, este interesante veredicto adelanta que en las acciones colectivas la insolvencia del consumidor se presume *juris et de jure*, impidiendo que el demandado siquiera aporte prueba para derrumbar ese estado.

El fallo es tan claro que exime de comentario o aclaración de mi parte (4). Veamos algunos párrafos:

«No puede dudarse de que el art. 55 de la Ley 24.240 concede -*ope legis*- una exención de pago de los gastos judiciales -desde la tasa judicial y sellados de actuación, hasta todos los demás que suscita la tramitación de un proceso como este»;

«La interpretación del concepto de beneficio de justicia gratuita, abarcativa de todos los costos y costas judiciales, hace operativa la garantía establecida por el art. 42 de la Constitución Nacional. Otra inteligencia del concepto referido importaría hacer decir a la ley lo que la Constitución no quiere»;

«Sería tanto como autorizar que la Constitución le pida permiso a la ley, ya que esta importaría una excepción a la garantía constitucional, que iría en contra del interés de proteger los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. [...] La finalidad de la exención de gastos judiciales es afianzar el derecho a la igualdad ante la ley, garantizada por el art. 16 de la Constitución Nacional [...] Por tanto, en el estado actual del progreso legislativo (conf.art.42 de la Constitución Nacional), no puede entenderse que en el derecho aquí aplicable beneficio de justicia gratuita y beneficio de litigar sin gastos sean institutos procesales de entidad y finalidad diferentes»;

«Las diferencias de palabras se reducen a una disimilitud terminológica, proveniente de diferentes tradiciones normativas, pero de nula incidencia a la hora de determinar el alcance sustantivo del mecanismo de acceso a la jurisdicción de defensa del consumidor,

que, mirado desde el prisma constitucional, no se limita a la demanda, sino que exige garantizar la posibilidad de transitar todo el itinerario procesal hasta el dictado de sentencia firme»;

«Considerar que el beneficio se limita a la tasa de justicia o sellados o impuestos -a los fines de facilitar solo la demanda-, sin alcanzar los demás gastos judiciales, inhibiría a las asociaciones de consumidores de iniciar acciones en defensa de los intereses colectivos que les encomienda proteger la Constitución Nacional».

VII. La Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema sin expedirse sobre la cuestión de manera autónoma dio, sin embargo, un paso trascendente en el sentido que propiciamos en este ensayo, convalidando la interpretación amplia del art. 53 de la LDC, admitiendo que la justicia gratuita es comprensiva del beneficio de litigar sin gastos. Así, con fecha 11 de octubre de 2011, lo resolvió en los autos "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ sumarísimo" , donde dispuso:

«Que el recurso extraordinario es inadmisibile [...] Por ello, se desestima el recurso extraordinario. Sin especial imposición de costas en virtud de lo establecido en el art. 55, párr. 2º de la Ley 24.240» (5).

Y, aunque parezca paradójico, el voto particular de la ministra Argibay, aun imponiendo las costas a la vencida, resulta confirmatorio del criterio que sostenemos, por cuanto ese voto dispone que la gratuidad de los gastos causídicos dependa -exclusivamente- de que la parte invoque a su favor el privilegio del art. 55 LDC. Efectivamente, el voto minoritario dice:

«Por ello, se desestima el recurso extraordinario. Con costas a la actora vencida (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) que no ha invocado a su favor el artículo 55 de la Ley 24.240».

En resumidas cuentas, la Corte Suprema de la Nación ya fijó un criterio frente a los gastos causídicos de los juicios colectivos llevados adelante por asociaciones. Y ese criterio establece que ellas están exentas del pago de las eventuales costas de un proceso. Al mismo tiempo, el Tribunal Superior de la Nación ha resuelto toda posible confusión o duda terminológica al dictaminar que la justicia gratuita y el beneficio de litigar sin gastos son conceptos idénticos.

Comprenderá el lector que en próximos fallos será prácticamente imposible que la Corte Suprema en su actual composición imponga costas al usuario o consumidor derrotado, habiendo ya fijado un criterio tan contundente.

VIII. Conclusiones.

Algunas terminaciones para ordenar las ideas, tan dispersas como incompletas, que pude proponer en este trabajo:

1) Postular la gratuidad de la justicia y negar el beneficio de litigar sin gastos automático es un razonamiento contrafáctico que perjudica la lógica dogmática que debe tener el ordenamiento jurídico normativo.

2) En las acciones de consumo individuales existe una presunción *juris tantum* acerca de la insolvencia del actor, conforme lo establece el art. 53 LDC.

3) Cuando las acciones son colectivas y emprendidas por asociaciones de defensa del consumidor, esa presunción no admite prueba en contra, porque esa posibilidad no está contemplada en el art. 55 LDC.

4) En caso de duda acerca de los alcances de una norma, siempre debe prevalecer la interpretación que más favorezca al consumidor, conforme lo establece el art. 3 LDC.

5) La Corte Suprema de la Nación recientemente ha seguido el criterio que exime de costas al consumidor o usuario derrotado en un recurso judicial, ello nos permite pronosticar que ese será el criterio del Tribunal Superior cuando tenga que resolver un caso concreto.

Referencias Bibliográficas

(1) Tratándose, conforme surge de la botella reservada en el tribunal, de un sobre conteniendo gel íntimo, con uno de sus bordes cortados, de modo tal que la existencia de esta botella de gaseosa a los fines de ser consumida en el mercado y que, por el elemento que contiene en su interior, no cumple con dicho objetivo, implica una abierta violación al art. 5 de la Ley 24.240 y como tal constituye un acto ilícito, conforme el encuadre jurídico previsto por el art. 1066 del CCiv. Es por ello que la cuestión queda comprendida dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, conforme la doctrina de la responsabilidad civil. "Teijeiro o Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes", Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Córdoba, 23/3/2011, Microjuris, MJJ66743 .

(2) Mercado de Dinero [en línea]. Argentina. La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea con sede en Luxemburgo confirmó la sanción impuesta por la Comisión Europea el 4 de julio de 2007 a Telefónica S.A. y Telefónica de España S.A. por la suma de 151.875.000 euros por abuso de posición dominante en forma de estrechamiento de márgenes. En este proceso colectivo, Ausbanc Consumo de España actuó como coadyuvante de la Comisión Europea. La letrada Isabel Cámara asistió el 23 de mayo de 2011 a la vista de doce horas de duración celebrada en Luxemburgo, en la que se consideró probado que entre 2011 y 2006 Telefónica aprovechó su posición en el mercado, ya que era el único operador con red propia para el acceso a la banda de ADSL. Como consecuencia de ello, la empresa obtuvo beneficios extraordinarios millonarios, sostuvo Ausbanc. La sentencia consideró que Telefónica detentaba una

posición de monopolio en la provisión de acceso mayorista regional y una cuota de mercado del 80% en el mercado mayorista nacional español y que ello fue utilizado de modo abusivo tanto en perjuicio de los consumidores como de la competencia. El tribunal confirmó que desde setiembre de 2001 a diciembre de 2006 el margen entre los precios al por menor y al por mayor era insuficiente. De esta manera, Telefónica habría afectado a los demás operadores en el mercado e, indirectamente, a los consumidores ya que el abuso de posición dominante afectó la libre competencia.

(3) Ricardo Luis LORENZETTI: Consumidores, Rubinzal Culzoni, 2009, página 49.

(4) La cinco citas fueron tomadas de: "Proconsumer c/ Farmaplus S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos", CNCom Sala C, del 29/8/2011, Microjuris, MJJ68623 .

(5) Ricardo L. Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Enrique S. Petracchi - Juan C. Maqueda - Carmen M. Argibay (según su voto).

Las acciones de clase en el anteproyecto de Código Civil y Comercial (1)

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial - DC1888

[Consultado el: 19/07/2021]

Sumario:

1) Introducción. 2) Estructura de las acciones de clase en el AP. 3) Los derechos de incidencia colectiva. 4) Los derechos individuales homogéneos. 5) Presupuestos de admisibilidad de una acción de clase. La certificación de la clase. 6) La sentencia en las acciones de clase. 7) Colisión normativa. 8) Terminaciones.

1. Introducción.

En caso de convertirse en ley el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (decreto ley 191/2011, y que en adelante voy a abreviar utilizando las siglas AP) el mítico caso Halabi⁽²⁾ dejará de ser un antecedente pretoriano de cita obligada y pasará a ser ley positiva vigente. Entonces, los colegas que se dedican a esta rama del derecho, sea como actores o como demandados, ya no tendrán que copiar y pegar los largos, y a veces confusos, considerandos contenidos en aquél veredicto, pues ellos - en su mayoría- se han convertido en artículos del AP.-

Tal es la cercanía de ese veredicto con el AP, materia de acciones colectivas, que en el considerando 12 del caso Halabi encontramos una suerte de exposición de motivos que anticipaba la necesidad de una reforma legislativa.-

Considerando¹²: Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Frente a esa falta de regulación que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible...

2. Estructura de las acciones de clase en el AP.

Los fundamentos del AP, que siguen la división tripartita propuesta por la Corte en Halabi, distinguen claramente tres tipos de derechos:

- i) los individuales,
- ii) los colectivos puros que son indivisibles.-
- iii) los individuales homogéneos que son de incidencia colectiva, pero enteramente divisibles

La comisión redactora explica esta situación: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló, en “Halabi”, que “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular”. Es decir que la regla general son los derechos individuales protegidos por la constitución y el código civil, lo que incluye el derecho de dominio, condominio, etc. En el mismo precedente “Halabi” se dijo: “Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (artículo. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación , las asociaciones que

concentran el interés colectivo y el afectado...En consecuencia distinguimos entre: Derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular: se trata del patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran, y los derechos reales o creditorios. Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos: se refiere a aquellos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. Derechos individuales homogéneos: en estos supuestos una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como lo proponemos en materia de responsabilidad. Se distinguen de los segundos porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente. Esta clasificación tiene un impacto decisivo en las normas referidas al patrimonio, contratos y responsabilidad civil.(3)

Los artículos 1745 a 1748 del AP, y bajo el título Daños a los Derechos de incidencia colectiva, legislan sobre estos derechos de aparición relativamente reciente. El AP, al igual que la Corte en Halabi, parte de la existencia de dos tipos de derechos colectivos. Los primeros destacan por ser indivisibles, y que a los efectos de una mejor comprensión del lector voy a llamarlos derechos colectivos puros. Los otros derechos, que también son colectivos por el gran número de eventuales afectados son individuales y divisibles. A estos últimos derechos se los conoce como 'derechos individuales homogéneos'. La Corte Suprema también se refirió a ello al dictar Halabi.-

Considerando 12:“Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos...” “En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea...”“Hay

una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...”

La protección que merecen estos derechos es distinta y, en mi opinión, es correcto que el AP los haya diferenciado en su articulado.-

El artículo 1745 del AP define a los derechos de incidencia colectiva puros, estableciendo quiénes están legitimados para actuar en el juicio y en qué casos procede una eventual indemnización frente al daño que produce el hecho lesivo.-

Por su parte, el artículo 1746 AP trata a los derechos individuales y divisibles. Es decir aquellos derechos que han sido homogenizados a consecuencia de una causa única de afectación.-

Finalmente, el artículo 1747 AP legisla sobre los requisitos que una acción de clase de reunir para que su procedencia sea admitida. En mi opinión esta norma es clave dentro de la propuesta del anteproyecto, y habrá que estar muy atentos a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Pues, según sea interpretada, esta norma podría dar abrir las puertas a un instituto nuevo en nuestro derecho: el proceso preliminar de certificación de clase, a la manera empleada en el derecho norteamericano.-

Para terminar el capítulo, el artículo 1748 AP trata sobre los particulares efectos que tienen las sentencias que recaen en este tipo de procesos.-

Previo a meternos en el análisis de los artículos citados, y ver qué proponen es preciso hacer una advertencia. Sabrá comprender el lector las vacilaciones que inquietan a quien redacta un comentario sobre un proyecto de ley que todavía no es ley, y que legisla sobre algunos institutos que nunca existieron en nuestro medio. Por eso me permito señalar que todas las normas que integran este comentario, si

tienen la suerte política de convertirse en ley positiva, aún tendrán que aguardar un largo período de tiempo para ver cómo son utilizadas por los abogados, cómo serán interpretadas por la judicatura y cómo se armonizan con los textos legales formulados en la ley 24.240.-

Ahora sí avanzo con el tratamiento de los derechos colectivos y las acciones de clase que propone el AP

3. Los Derechos de incidencia colectiva.

El primero de los derechos colectivos que la reforma trata son aquellos los que al comienzo había bautizado con el nombre de derechos colectivos puros, que son indivisibles y que pertenecen a la totalidad de la comunidad, sin admitir exclusiones de titularidades. Veamos cómo los presenta el artículo 1745 del AP.-

ARTÍCULO 1745.- Daño a los derechos de incidencia colectiva. Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada. Están legitimados para accionar: a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional; d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales; e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.-

En el caso de los derechos colectivos puros, el bien jurídico que se intenta proteger es social; es decir, no le pertenecen a ningún sujeto en particular sino a todos los individuos que integran una comunidad integrada. En caso de sustanciarse un juicio que involucre

esta clase de derechos, la sentencia deberá procurar, en primer lugar, que las cosas vuelvan a su estado anterior. Ello es comprensible porque la norma atiende a la protección del medio ambiente, o a derechos personalísimos que no tienen contenido patrimonial intrínseco, aunque sí puedan tenerlo de manera indirecta (Por ejemplo, la contaminación de un río que afecta negativamente el valor de la propiedad de todo el vecindario)

Esta ausencia de un contenido económico intrínseco hace que la indemnización económica sea, en principio, ineficaz para tutelar los derechos colectivos puros. No obstante, esa indemnización pecuniaria no está vedada por la norma, y puede aplicarse atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. En efecto, el artículo 1745 AP deja abierta la posibilidad de aplicar castigos económicos cuando restituir las cosas al estado anterior al hecho lesivo sea imposible o insuficiente.-

Estos derechos, a los que hace mención el artículo 43 de la CN, ya fueron tratados por la Corte Suprema de la Nación cuando el tribunal superior dictaminó sobre el caso Halabi. Recordemos algunos fragmentos del considerando 11 de Halabi:

Considerando 11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.-

“En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna...

“Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. ... Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divi-sibles en modo alguno...”

“De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación...”

Las notas salientes de los derechos colectivos puros son:

1) Tienen rango constitucional, conforme surge del artículo 43 de la CN;

2) Son derechos que se ejercen por la representación de un sujeto legitimado y a favor de todos los afectados;

3) Los derechos de incidencia colectiva refieren a bienes que pertenecen a toda la comunidad sin admitir exclusiones de ninguna clase;

4) Son absolutamente indivisibles, siendo imposible que un individuo se arrogue la titularidad de una parte indivisa de ellos;

5) La sentencia que ponga fin a esto pleitos deberá, en primer lugar, volver la situación al estado anterior al hecho lesivo (por ejemplo ordenar que tal fábrica no tire más los desechos tóxicos sobre tal río),

6) En caso de no ser esto posible, o resultando insuficiente para los fines previstos, la sentencia puede aplicar el sucedáneo indemnizatorio de carácter pecuniario.-

7) Están legitimados para ejercer el derecho el titular afectado y los demás sujetos enunciados en la norma.-

8) Para una eventual restitución de dinero, la norma le otorga absoluta libertad al juez para que decida, por auto fundado, el destino que se le dará a ese dinero.-

Como puede verse, la protección de estos derechos colectivos hace necesaria la implementación de una acción distinta a las que tradicionalmente se utilizan para proteger derechos individuales puros. La acción de clase, o proceso colectivo es el medio idóneo para lograr esa tutela. Es por eso que las normas de este capítulo hablan de cuestiones como la legitimación activa y los efectos de la sentencia recaída en este tipo de procesos. Los derechos de incidencia colectiva, y las acciones de clase van de la mano. (4)

Tensiones y dudas del artículo 1745 AP:

Es fácil anticipar los debates interpretativos que esta norma traerá cuando se convierta en ley. El primero de ellos será el que trate de determinar a quién se refiere la norma cuando al hablar de legitimados dice el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante. La duda surge porque si existen varios afectados agrupados y, por tanto, identificados, ya no estamos en una hipótesis de acción de clase sino dentro de un litisconsorcio activo, regulado por las normas específicas del CPCC.-

No debemos olvidar que uno de los requisitos que hacen necesaria la acción de clase es que la numerosidad de la clase hace que sea imposible agrupar a los afectados en un litisconsorcio.-

Por supuesto que el agrupamiento no quiere decir que estén contenidos todos los integrantes del colectivo. Pero, sin embargo, al no estar precisado en la norma no se sabe si tiene un número máximo de personas que pueden agruparse en defensa de estos derechos colectivos. Dicho de otro modo: ¿ese número de afectados agrupados, tiene algún límite numérico? ¿Hasta cuántas personas podrán agruparse para representar a una clase? ¿Dos, cincuenta, miles?

Por otra parte, también será materia de discusión el punto referido a determinaren qué casos será procedente una sentencia indemnizatoria. La norma establece que en primer término la sentencia tenderá a restituir las cosas al estado anterior al suceso

lesivo, pero que si ello es imposible o insuficiente se aplicará un sucedáneo indemnizatorio. ‘Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización.’

Pero esa indemnización, ¿buscará su finalidad primaria? Es decir, será una suma de dinero que deberá imputarse a realizar determinada obra que vuelva las cosas a un estado idéntico o al menos similar o buscará beneficiar de otra forma a los afectados. El tiempo determinará la interpretación que los jueces y los hombres de derecho en general le dan a esta norma si llega a convertirse en ley.-

4. Los derechos individuales homogéneos.

ARTÍCULO 1746.-. Daño a derechos individuales homogéneos. Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños: a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.-

Al igual que los derechos colectivos puros, los derechos individuales homogéneos también habían sido tratados por la Corte Suprema en el caso Halabi:

Considerando 12):Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados... de los derechos de los usuarios y consumidores.... En estos casos... se afectan derechos individuales

enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea...

Los derechos homogéneos (5) tienen las siguientes características:

- 1) Son individuales;
- 2) Son divisibles;
- 3) Son diferenciados;
- 4) Existe un hecho único que produce la afectación de todos estos derechos, esta causa única hace homogéneo al derecho afectado.-

En suma:

Los derechos individuales homogéneos no son derechos idénticos, sino que se trata de intereses individuales diferenciados que están identificados por la misma causa de afectación.-

En cuanto a la legitimación activa para ejercer estos procesos de sujetos múltiples, el anteproyecto determina que tienen esa legitimación

a) El afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio;

b) El Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;

c) Las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.-

La norma trae una muy importante distinción frente al tratamiento que la ley 24.240 hacía sobre estas cuestiones (Ver

artículos 52 y 54 LDC). Pues, en este caso se admite que el afectado individual sea el representante de la clase. La solución prevista en el AP es congruente con el pensamiento de la Corte Suprema expresada en Halabi. Efectivamente, el considerando 14 concedía al afectado individual la capacidad de representar, de hecho, a una pluralidad de sujetos.-

Considerando 14: Que la pretensión deducida por el abogado Ernesto Halabi puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos definidos en los considerandos 12 y 13 de este pronunciamiento.-

En otras palabras, el anteproyecto, en coincidencia con la actual doctrina de la Corte Suprema, establece que cualquier consumidor que acredite su calidad de afectado individual tiene legitimación activa suficiente para representar a una clase. En su caso, el afectado deberá que la afectación del grupo que representa proviene de una causa, fáctica o jurídica, que es común a toda la clase. Por lo demás la norma vuelve a mencionar como legitimado a los sujetos agrupados, que ya comenté al examinar la norma anterior.-

5. Presupuestos de admisibilidad de una acción de clase. La certificación de la clase.

Veamos esta norma con mucho detenimiento porque a mí criterio, y de acuerdo a cómo se la interprete, podría establecer una profunda modificación en la tramitación de los procesos colectivos. También debemos observar que, desafortunadamente, la norma contiene un severo vicio que la hace completamente inconstitucional. Porque el requisito de solvencia del legitimado, además de ser incongruente con todos principios consumerista establecidos en la ley 24.240, es contrario al artículo 16 de la CN, que promulga el derecho a la igualdad.-

ARTÍCULO 1747.- Presupuestos de admisibilidad. Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta: a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados.-

Veamos en primer lugar las modificaciones importantes que podría incorporar esta norma, y dejo para el final la cuestión referida a su inconstitucionalidad, aguardando que sea modificada antes de convertirse en ley.-

En mi opinión esta norma debe interpretarse como el primer paso hacia lo que el derecho extranjero conoce como la ‘certificación de la clase’, a la manera del Derecho norteamericano.-

El texto legal establece que serán analizadas en forma preliminar cuestiones decisivas para la procedencia de una acción colectiva. Si se las mira con detalle y comparándolas con la Regla 23 del derecho americano notará el lector que son prácticamente idénticas. Pero, sin embargo, incluir la condición financiera del representante como requisito de su idoneidad para representar a la clase hace que esta norma sea inconstitucional, además de incompatible con todo el microsistema legal contenido en la ley 24.240.-

La regla 23 del derecho americano establece 4 requisitos para la procedencia de las class actions; a saber: 1) numerosidad de la clase; 2) tipicidad del reclamo; 3) causa de afectación común u homogénea; 4) idoneidad del representante, para lo cual no exige ningún examen referido a su solvencia financiera. (6)

El artículo 1747 AP requiere para declarar admisible una clase un examen sobre:

- i) la condición técnica y financiera de los legitimados,
- ii) la tipicidad entre el reclamo del representante del grupo y la clase representada;
- iii) la procedencia de la vía utilizada;
- iv) la imposibilidad de constituir un litisconsorcio debido a la numerosidad del grupo afectado.-

Si el magistrado a cargo de la causa tiene que decidir sobre estas cuestiones tan importantes, entiendo que será absolutamente necesario que las substancie. Es decir, será preciso que se ordene un traslado de la demanda, y se escuche a la otra parte, integrándose un debate que incluya pruebas, y cuya finalidad será determinar la procedencia o improcedencia de la acción colectiva. El análisis de los requisitos señalados en la norma requiere exanimación fina y, por tanto, pruebas que le den sustento.-

O sea:

Es muy probable que esta norma funcione como un verdadero proceso preliminar de certificación de clase.-

Entre nosotros, Francisco VERBIC, se ocupa de este instituto propio del derecho sajón:

“El principal ejemplo de esta etapa procesal preliminar (del cual toma el título este apartado) se encuentra en el sistema estadounidense de las class actions, donde el juez debe emitir una decisión que certifica que el conflicto puede ser procesado en forma colectiva. Esta decisión se refiere exclusivamente a la admisibilidad de la acción y debe contener, entre otras cuestiones, la definición precisa de la clase así como de las pretensiones y defensas esgrimidas, designando también al representante legal que llevará adelante el proceso. Sólo a partir del dictado de este proveimiento puede hablarse de proceso colectivo o de clase.”(7)

Volviendo al análisis de la norma contenida en nuestro AP, resulta prácticamente imposible, y contrario a la Constitución Nacional que un juez se expida sobre la solvencia, técnica, ética o financiera de una persona sin sustanciar su dictamen con prueba que lo fundamente. Del mismo modo será imposible para los magistrados analizar preliminarmente las coincidencias entre los intereses de la clase y el objeto de la demanda sin tener más elementos que la demanda presentada por la parte actora.-

La certificación de la clase del juicio colectivo más grande la historia estadounidense (Dukes et al vs. Walmart - 2011) demoró diez años (8) Durante ese inusualmente largo proceso preliminar, el expediente Walmart pasó por todas las instancias judiciales, llegando a la Corte Suprema nacional de aquél país. Por su parte, los actores y la demandada aportaron pruebas referidas a la integración de la clase, tales como testimonios, datos estadísticos, pruebas científicas.-

En Dukes vs. Walmart, se analizaron más de cien testimonios, a nivel nacional, para acreditar si la discriminación de género era un caso aislado o afectaba a toda la clase, en tanto su condición femenina. También se examinaron pruebas científicas estadísticas aportadas por estudiosos que explicaron el fenómeno de la discriminación corporativa. Esas pruebas no fueron examinadas sustancialmente sino que durante la certificación se investigó si esas estadísticas seguían o no un criterio científico apropiado. También se

analizaron los testimonios de otros 120 empleados del almacén gigante que declararon que eran víctimas de discriminación. (9).-

Un primer inconveniente, que seguramente la doctrina advertirá al comentar esta norma, es que la instancia previa de certificación va a producir un alargamiento del proceso. En los países que la utilizan incluso la instancia preliminar supera los dos años. Pero también es cierto que una vez admitida la acción o certificada la existencia de una clase, el debate de fondo se limita mucho y el proceso avanza con mayor celeridad. Estas cuestiones deberán verse en la práctica siendo muy difícil hacer un pronóstico certero.-

Por otra parte, y a favor de la norma, la experiencia indica que la mayoría de las acciones colectivas que hoy en día se tramitan en nuestros tribunales se demoran debido a la que la parte demandada invariablemente presenta excepciones previas y de especial pronunciamiento. El requisito de admisibilidad podría ser una forma de agrupar en una primera parte del proceso todas las cuestiones previas o incidentales del proceso colectivo, tales como la experiencia o idoneidad técnica del legitimado, y la clara identificación del grupo afectado y la legitimación formal del representante de la clase.-

En esta etapa del proceso se podría sustanciar:

1. La legitimación activa en sus dos aspectos, poniendo especial atención a los puntos referidos a la clara identificación del grupo afectado.-

2. Las cuestiones relativas al tiempo de prescripción del reclamo;

3. La procedencia o irrelevancia de las pruebas aportadas por las partes.-

- 4 La existencia de una causa de afectación común a todo el colectivo. Por ejemplo, si la demanda se debe a una cláusula abusiva

inserta en un contrato, se podría determinar qué número de personas firmaron contratos que contengan esa cláusula. También se podría investigar si el proveedor comercializa determinado producto de igual manera en distintos lugares del territorio, o en cuántos estados provinciales desarrolla su actividad.-

5. Si la clase puede o debe ser dividida en subgrupos para facilitar el desarrollo del pleito.;

Hay múltiples aspectos que rodean a estos complejos procesos, que pueden analizarse en una etapa previa, aliviando la tarea posterior, o interrumpiendo un juicio que no tiene razón de ser. Como bien señala VERBIC:

“En este orden de ideas, resulta evidente la conveniencia de determinar tempranamente si el conflicto será objeto de tutela colectivo o no, lo cual puede lograrse a través del establecimiento de una etapa procesal donde, previo contradictorio, el juez se limite a resolver específicamente al respecto, sin entrar al estudio del fondo del asunto...” (10)

En definitiva, habrá que ver cómo los jueces deciden utilizar a esta norma. Sin embargo, el texto debió ser contundente en este aspecto, y exigir la sustanciación de la admisibilidad de la acción evitando que el magistrado cargue con esa responsabilidad, y –sobre todo - impidiendo la tentación en la que puede caer algún juzgador de rechazar demandas sin otro requisito que una fundamentación abstracta. Efectivamente, la norma en su actual redacción le permite al juez rechazar in limine cualquier acción que considere no admisible.-

Inconstitucionalidad de la norma. Sin perjuicio de lo dicho, la norma tiene un serio problema de inconstitucionalidad que resulta insalvable:

Establecer que la solvencia económica del legitimado sea un requisito para aceptar su legitimación es contrario al artículo 16 de la

CN e incongruente con el microsistema legal propuesto en la ley 24.240.-

Efectivamente, la norma en comentario crea una incongruencia irremediable con los artículos 53° y 55° LDC, que establecen el principio de Gratuidad de la Justicia, tanto en los procesos individuales como en las acciones de clase.-

La primera de las mencionadas normas establece que: "...Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio."

O sea:

Es imposible la convivencia en un mismo ordenamiento jurídico de dos artículos, en el cual uno exige la solvencia económica del legitimado, y el otro lo beneficia con la gratuidad del proceso.-

Y la misma contradicción puede atribuirse con respecto al artículo 55° LDC, norma que al tratar esta cuestión con relación a las asociaciones de defensa del consumidor es aún más severa que la anterior puesto que ni siquiera admite que la contraparte pueda la solvencia económica de la ONG. (11) Es decir, en el caso de tratarse de una representación de clase llevada adelante por una Asociación, la insolvencia de la institución se presume juis et de jure, sin que sea posible derribar este beneficio.-

Artículo 55 LDC: Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita.-

En un trabajo de reciente publicación, junto con el Dr. Pablo Gómez comentábamos el tema de la gratuidad de la justicia; en particular analizábamos la gratuidad que beneficia a las asociaciones:

Paradójicamente, si las asociaciones fueran solventes no podrían defender eficazmente a los consumidores porque para adquirir esa solvencia se verían obligadas a tener un giro comercial contrario a la finalidad social que tienen. (12)

La solvencia de una asociación sin fines de lucro es incompatible con su finalidad, pues para lograrla debería tener un giro comercial incompatible con el rol que deben cumplir estos organismos. Para ser solvente debería recibir dinero del mercado, y convertir su actividad en lucrativa o quebrar en poco tiempo.-

Es decir:

Una asociación solvente es, ni más ni menos, un proveedor de servicios cuya actividad forzosamente debe ser rentable para no quedar expuesto a una quiebra sin remedio.-

Por tanto:

El requisito de solvencia exigido en el artículo 1747 del ap, o es un error involuntario que deberá subsanarse, o es un sinsentido que rápidamente será atacado por la doctrina.-

6. La sentencia en las acciones de clase.

En este caso se hace necesario transcribir tanto el artículo 1748 del AP como el artículo 54º LDC, porque a pesar de contener algunas similitudes, el AP trae algunas novedades.-

ARTÍCULO 1748.AP Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. 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.-

1) La norma del AP establece que la sentencia que caiga en los procesos colectivos, que traten sobre derechos individuales homogéneos, pasará en autoridad de cosas juzgada solamente cuando la demanda sea acogida favorablemente. Esta solución es compatible con la que está prevista el artículo 54° LDC.-

2) Cuando la sentencia rechace el reclamo colectivo, los afectados individuales podrán intentar o continuar las respectivas acciones de daños y perjuicios. Esta solución no estaba específicamente contemplada en el artículo 54° de la LDC.-

3) El artículo 1748 AP establece que en caso de ser acogida favorablemente la sentencia, los beneficiados podrán solicitar la liquidación y ejecución de la sentencia, a título personal y ante el juez correspondiente a la jurisdicción de su domicilio. Es esta otra innovación que no estaba prevista en el artículo 54° LDC que establecía la vía incidental, dentro del mismo proceso, para que los afectados individuales liquidaran la extensión de su perjuicio, y ejecutaran a la demandada perdidosa. Pero entiendo que se trata de una opción a favor de los consumidores que ganen el pleito, quienes podrán elegir entre continuar la vía incidental del proceso principal, o ejecutar su derecho en los tribunales correspondientes a la jurisdicción de su domicilio.-

7. Colisión normativa.

Otro aspecto preliminar que no puedo soslayar es una posible tensión entre las normas del AP y aquellas contenidas en la ley 24.240. Entiendo que frente a una eventual colisión entre las mandas legales del AP y las establecidas en la ley 24.240, será esta última la ganadora de la puja a no ser que la diferencia de criterio legal mejore la posición del consumidor o usuario afectado, en cuyo caso se aplicará la norma

más benéfica auspiciada por el AP; ello conforme lo disponen el artículo 3° de la LDC, que todos conocemos. En esa dirección parecen ir los artículos 1094, 1095 y 1709 del AP, que se anotan a continuación.-

ARTÍCULO 1094 AP.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.-

ARTÍCULO 1095 AP.- Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.-

ARTÍCULO 1709 AP- Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código.-

Una primera interpretación normativa indica que salvo que medie derogación expresa, las normas contenidas en el AP no podrán restringir los derechos consagrados por la ley 24240.-

O sea:

El ap no altera el microsistema legal autónomo construido por la ley 24.240, y reforzado por la ley 26.361 (13)

En cita al pie de página el lector encontrará la encendida defensa que Luis LORENZETTI hace de la autonomía y primacía de la ley del consumidor sobre otros textos legales vigentes en nuestro

ordenamiento jurídico. Coincidió con el jurista, que además tuvo tan distinguida participación en la creación del AP, al ser nombrado como presidente de la comisión reformativa, por autoridad presidencial contenida en el Decreto 191/2011 (14)

En otras palabras:

La ley 24.240 fue creada para funcionar como un microsistema legal autónomo y solamente perderá esa condición cuando sea total o parcialmente derogada.-

8. Terminaciones.

(i) El AP viene a consolidar la clasificación tripartita de derechos postulada por la Corte Suprema de la Nación en el caso Halabi;

(ii) Se establece la existencia de derechos individuales, derechos colectivos puros, y derechos individuales homogéneos;

(iii) El artículo 1094 del AP mantiene la jerarquía de la ley 24.240, estableciendo que en caso de colisión de normas esta será prevalente, y que las dudas interpretativas se resuelven a favor de la pretensión del usuario o consumidor;

(iv) El requisito de solvencia económica del representante de la clase es inconstitucional e incompatible con la ley 24.240;

(v) En materia de procesos colectivos, el artículo 1747 abre la posibilidad de instrumentar un proceso preliminar de certificación de clase;

(vi) Resulta imprescindible que la eventual certificación de la clase constituya en sí mismo un proceso lo más abreviado posible pero contradictorio.-

Referencias Bibliográficas

(1) Artículo publicado en el Suplemento Derechos del Consumidor del 01/06/2012 en base al Anteproyecto de Reforma conocido a esa fecha

(2) Cada vez que se aluda a Halabi en este trabajo, la referencia completa es: Halabi Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional - ley 25873 - dto. 1563/04 | amparo ley 16986. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de febrero de 2009. Cita: MJ-JU-M-42008-AR | MJJ42008

(3) FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

(4) Ahora bien, si asumimos como premisa que en nuestro ordenamiento jurídico existen bienes colectivos podemos afirmar que su lesión genera un conflicto de similares características. Resulta en cierto punto indiscutible que la vulneración de un bien que participa de las notas señaladas hace un memento, origina un conflicto con características diferentes a las que puede presentar un conflicto derivado de la vulneración de un bien individual. (Francisco VERBIC. Procesos Colectivos. Ed. Astrea, año 2007, página 30).

(5) En otro trabajo expliqué que lo homogéneo no es el derecho, que siempre permanece idéntico a sí mismo, sino la causa de afectación. La causa fáctica o jurídica que provoca el daño es lo que homogeniza al derecho. (Ver. Fernando Shina La legitimación activa en las acciones de clase. ¿Quién es el defensor y quiénes los defendidos en las acciones de clase? Publicado el 4 de mayo de 2012. Ed. elDial.com. Citar: (elDial.com - DC1852).

(6) Federal Rules of Civil Procedure. Rule 23... a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;(2) there are questions of law or fact common to the class;(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(7) Francisco VERBIC. Procesos Colectivos. Ed. Astrea, año 2007, página 340 y341.

(8) El objeto de esa demanda realizada por las trabajadoras de la supertienda consistió en una acusación de política discriminatoria de género, impidiendo que las mujeres logren ascenso en la misma proporción que sus colegas y varones, y además que sus tareas siempre eran peor remuneradas que las realizados por los empleados de sexo masculino.

(9) WAL-MART STORES, INC. v. DUKES ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT No. 10–277. Argued March 29, 2011—Decided June 20, 2011 Cite as: 564 U. S. (2011)

(10) Francisco VERBIC. Procesos Colectivos. Ed. Astrea, año 2007, página 340.

(11) En otro trabajo que publicamos con el Dr. Pablo Gómez, nos ocupamos de toda la cuestión referida a la gratuidad de los procesos iniciados en el marco la ley 24.240. (Ver Los Derechos Constitucionales y la relación de consumo. Derecho de litigar sin gastos y justicia gratuita. ¿Una bicicleta sin pedales? Publicado el 12 de abril de 2012. Ed. elDial.com. Citar: (elDial.com - DC1816). Fernando E. Shina y Pablo Gómez).

(12) Fernando E. Shina y Pablo Gómez. Los Derechos Constitucionales y la relación de consumo. Derecho de litigar sin gastos y justicia gratuita. ¿Una bicicleta sin pedales? Publicado el 12 de abril de 2012. Ed. elDial.com. Citar: (elDial.com - DC1816).

(13) El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho constitucional. Por tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no ser recurrencia a la analogía, y que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aún derogatorio de normas generales. El microsistema está compuesto por las siguientes normas:- La norma constitucional, que reconoce la protección de consumidor y sus derechos. – Los principios jurídicos y valores del ordenamiento, ya que el microsistema es de carácter principiológico, es decir, tiene sus propios principios y por esta razón es que la ley 26.361 señala que debe prevalecer la interpretación de los principios favorables al consumidor (art. 3) Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 50

(14) Decreto 191/2011 Bs. As., 23/2/2011...Por ello, LA PRESIDENTA DE LA NACION ARGENTINA DECRETA: Artículo 1º — Créase la “COMISION PARA LA ELABORACION DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACION Y UNIFICACION DE LOS CODIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION”. Art. 2º — La Comisión creada por el artículo anterior, tendrá a su cargo el estudio de las reformas al CODIGO CIVIL y al CODIGO DE COMERCIO DE LA NACION que considere necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo. Art. 3º — La mencionada Comisión se integrará con los señores Ministros de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, doctores Ricardo Luis LORENZETTI, quien actuará como Presidente, y Elena HIGHTON de NOLASCO y la Profesora Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, quienes contarán con el apoyo de un Secretario. Los mismos desempeñarán sus cargos “ad honorem”. Art. 4º — La Comisión

deberá elevar un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación en el plazo de TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días corridos, a partir de la fecha de su constitución. Dicho plazo podrá ser ampliado a pedido de la Comisión. Art. 5° — La Comisión dictará su propio reglamento, se reunirá periódicamente y decidirá por mayoría. Art. 6° — Para el cumplimiento de su cometido, la Comisión contará con el apoyo técnico y administrativo de la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa dependiente de la SECRETARIA DE JUSTICIA del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Art. 7° — Facúltase al Ministro de Justicia y Derechos Humanos, para designar al Secretario de la Comisión creada por el presente acto, a cursar las comunicaciones y emitir los actos de implementación que resulten necesarios para el cumplimiento del presente. Art. 8° — Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. Fdo.: FERNANDEZ DE KIRCHNER. — Nilda C. Garré.

Los daños punitivos en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial

Otro retroceso en las precarias relaciones de consumo en la Argentina

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial - DC1904

[Consultado el: 19/07/2021]

Sumario:

1. La Sanción Pecuniaria disuasiva. 2. Los Daños Punitivos actuales. 3. Conclusiones.

1. La Sanción Pecuniaria disuasiva.

En caso de convertirse en ley el Proyecto de Código civil y Comercial, el instituto del Daño Punitivo (en adelante DP), incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 26.361, quedará modificado (eufemismo de arruinado definitivamente). Si prospera esta reforma los DP serán virtualmente eliminados de nuestro sistema normativo. Lamentablemente estamos a un paso corto de obtener un logro que parecía bastante difícil de conseguir: empeorar las relaciones de consumo en la Argentina. La modificación del artículo 52 bis LDC es otro duro golpe al Derecho del Consumidor. El mayor reproche que le formulo a la norma proyectada es que convierte un daño indemnizable, que beneficiaba al consumidor afectado, en una sanción cuyo rédito irá a parar dónde lo determine el juez de la causa. La nueva norma se llamará Sanción Pecuniaria Disuasiva. Anticipo mi opinión profundamente desfavorable a este cambio.-

Veamos la redacción proyectada y la actual para hacer un adecuado análisis de las modificaciones propuestas.-

La sanción Pecuniaria Disuasiva

“Artículo 52 bis.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.”

2. Los Daños Punitivos actuales.

Art. 52 bis - Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.-

No obstante, previo a cualquier comentario, es justo señalar que en los cuatro años de vigencia de los Daños Punitivos, el instituto no prendió en nuestro medio –ni doctrinario ni jurisprudencial –; al menos no lo hizo con las expectativas prometidas cuando fue incorporado por la ley 26.361.-

Lo cierto es que los DP trajeron muchas vacilaciones doctrinarias y jurisprudenciales, y muy pocas sentencias efectivas, las que además fueron de montos muy reducidos.-

Nunca los Magistrados hicieron un uso eficiente y sistemático del instituto que, por tanto, no llegó a cumplir finalidad; es decir, actuar como una amenaza lo suficientemente grave como para disuadir eventuales conductas nocivas que usualmente practican impunemente en el sector de proveedores masivos de bienes y servicios. En un trabajo muy bueno, recientemente publicado, el autor Adriano Díaz Cisneros explica bien esta situación: “Tras la reforma de la Ley 24.240 y la incorporación de la multa civil a favor del consumidor, se conocen pocas sentencias que reconozcan este instituto y las que lo hacen muchas veces es por un monto simbólico, que frustra su finalidad disuasoria de prevención de daños. La propuesta de este trabajo es que la resistencia que encontramos a los «daños punitivos» no se fundamenta en razones jurídicas sino, sobre todas las cosas, en un elemento ajeno al derecho, un elemento ideológico.” (1)

En el mismo artículo, el autor reflexiona: “Aquellos que resisten los daños punitivos rara vez fundamentan con éxito su postura en aquella norma que deberían citar para ello: la Constitución Nacional (sin perjuicio de lo cual, esto lo analizaremos más adelante). Cuando leading cases del derecho comparado provienen de Estados Unidos, un país que tiene una Constitución que es un texto en el cual se inspiraron nuestros constituyentes, parece un objetivo muy difícil intentar fundamentar en nuestra Norma Superior esta hostilidad. Apelan a razones culturales, localistas, señalando a los daños punitivos como un instituto que sería lejano a nuestras tradiciones, «germano-

romanistas» (2). En realidad esto no es un fundamento sino un prejuicio: no se puede decir que algo es malo porque fue hecho por extranjeros, o por personas de otros países, o razas o de otras culturas, ya que eso no es sino un recelo. (2)

Tiene razón Díaz Cisneros: el elemento más notable que utilizan los detractores del instituto es ideológico; su aversión obedece a prejuicios y no a razones de peso. Desgraciadamente, esos prejuicios prevalecieron en el legislador reformista. Los fundamentos dados por la comisión reformista atienden esos prejuicios ideológicos, y dejan de lado experiencias importantes el Derecho extranjero: El instituto que referimos proviene de un campo ajeno a la responsabilidad civil, tradicionalmente enfocada en la reparación. Es culturalmente distante, porque su desarrollo se ha producido en Estados Unidos de América, y no en el área Latinoamericana o europea que han sido las tradicionales influencias en nuestro derecho. Es todavía novedoso donde se aplica, porque está en constante revisión. (3)

O sea, la modificación propuesta sobre los daños punitivos locales no se debe a una falla técnica o a un vicio ético de la herramienta que, repito, nunca llegó a probarse eficazmente por los jueces, sino a que: (i) el instituto proviene de un Derecho extranjero (como todo nuestro derecho, empezando por nuestra Constitución Nacional, de evidente influencia de la Carta Magna estadounidense); (ii) que nuestra tradición es latinoamericana y europea y no sajona (¿qué querrá decir esto?); (iii) que la teoría general de la responsabilidad debe estar centrada en la reparación del daño (concepción que en la mayoría de los países se dejó de usar hace muchas décadas porque se demostró que esa idea de la responsabilidad no era eficaz para prevenir los daños, y que en muchos casos, los potenciaba; (iv) finalmente, la comisión reformadora reflexiona que los DP son novedosos y que están en permanente cambio.-

En mi opinión, precisamente la circunstancia que los DP sean novedosos y cambiantes hace que prefiera propiciarlos, aún aventurando nuevos cambios, antes que eliminarlos, evitando tomar los riesgos de la novedad.

Paciencia.-

Veamos ahora el funcionamiento de la norma propuesta en el Proyecto de Código Civil y Comercial.-

1) Debe pedirla la parte. Al igual que el actual 52° bis, el proyectado por la reforma también supedita la aplicación de la sanción a que la parte la solicite expresamente en su presentación. De esta forma se excluye la posibilidad de que sea el juez quien lo aplique de oficio. En efecto la redacción actual dice "...a instancia, del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil..." La redacción de ambas normas no difiere sustancialmente. La reforma establece que "...El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria..."-

2) Deja de ser una indemnización. Como lo señalara antes, el cambio sustancial es en que el artículo proyectado no se permite que la sanción pecuniaria sea recolectada por el titular afectado sino que "...La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada..." Es decir que el juez de la causa, por resolución fundada, será quien determine el destino de los fondos colectados en concepto de Daños Punitivos. La actual redacción postula que las sumas se integran a la indemnización que beneficia al consumidor o usuario afectado: "...el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor..."

En mi opinión, la reforma propuesta constituye un serio retraso en la marcha que las relaciones de consumo venían teniendo en los últimos veinte años. En ese sentido pienso que si finalmente esta norma se convierte en ley será la peor modificación que sobre la ley 24.240 se haya hecho desde su nacimiento en el año 1993.-

En ese sentido coincido con la opinión de Carlos Ghersi: es una reforma hecha a la medida del sector empresario. Cito al autor: “Cuando se dijo en tantos diarios y reportajes televisivos que este Código cambiaría la vida de los argentinos es realmente así, porque hemos retrocedido. Sin duda se trata de un código neoliberal y con fuerte predisposición a favor de las empresas, que tira por tierra luchas de largos años de muchos investigadores, docentes y abogados, especialmente en lo que atañe al derecho de las personas, los contratos, el derecho de daños y los derechos de los consumidores, sin perjuicio de que aún estoy estudiado la parte de reales y familia, sobre las que por ahora no emito opinión. Como colofón de estas palabras de tanta desilusión, analizaré lo atinente a algunas cuestiones de los derechos de los consumidores. (4)

Lo que hace que los DP sean efectivos es, precisamente, la posibilidad de que el particular afectado obtenga una recompensa económica luego de su larga e incierta travesía por los tribunales. Si no tiene ese incentivo económico en miras, cabe preguntarse quién llevará adelante una acción judicial (con sus tiempos irracionales, y sus costos impredecibles) si lo que se recaude en ella irá a parar a donde el juez se le dé la gana, con la única limitación de tener que fundar los motivos de su discrecional elección.-

Héctor Bassano y Graciela Pinese apuntan muy bien a este aspecto cuando señalan: “La multa se otorga a favor del consumidor, es decir que enriquece a la víctima, lo cual se torna en un elemento de incentivación del reclamo y la contracara es que será un elemento de disuasión de incumplimientos por los proveedores, sobre todo de incumplimientos pequeños que llevados a cabo en gran escala permiten concentrar grandes beneficios y repartirlos entre pequeñas pérdidas de muchos consumidores.”(5)

Si no hay un enriquecimiento de la víctima o, cuando menos, la expectativa de que su reclamo le ocasione un rédito –QUE DE NINGUNA MANERA ES ILEGAL – se va a caer en la exageración, un poco ingenua y bastante cínica, de atomizar de tal forma los

reclamos derivados que para los proveedores será una verdadera bagatela incumplir cuantas obligaciones la ley de defensa del consumidor les imponga. Si no hay promesa de riqueza para unos, y amenaza de castigo para otros se pulveriza unos de los pilares esenciales de esta rama del derecho.-

Además hay una incongruencia insalvable en la redacción propuesta:

En los hechos se postula que la norma sólo se aplica a pedido de parte, pero por el otro lado se desmotiva a las partes que quieran pedirla porque todo lo que se colecte por ese rubro irá a parar a una institución sin que el particular afectado reciba nada.-

Es decir, que debe concluirse que el legislador reformista tiene cierta aversión a la idea implícita de los daños punitivos, que dicho sea de paso, no es otra que prevenir los daños hacia el futuro, provocando disuadir conductas potencialmente dañosas.-

Veamos un ejemplo. La norma únicamente se activará cuando un consumidor, que además de padecer las consecuencias de una relación de consumo que le fue adversa, se tome la molestia de emprender, bajo su costo, un pleito en tribunales asumiendo el tiempo que se pierde en esos trámites inciertos.-

Finalmente, si luego de dos o tres años (siendo optimistas, claro) gana la batalla tribunalicia, el juez le indicará en la sentencia que toda plata recolectada en concepto de daño punitivo (sin dudas el rubro más importante en este tipo de pleitos) irá a parar a una organización que el mismo juez elegirá.-

En resumen, todo el esfuerzo que hizo este consumidor litigante, y que probablemente beneficie a miles o millones de personas, (supóngase que logra que una cláusula abusiva sea retirada de un contrato de transacción masivo, como por ejemplo los de telefonía celular) será premiado con una botella de gaseosa, o 15

minutos para que hable gratis desde su celular, o un paquete con 30 mensajitos de texto para que distribuya saludos entre sus amigos.-

Y no es un ejemplo risueño o meramente académico sino completamente real; pues eso mismo aconteció en la causa Tejeiro, donde el juez de primera instancia de la provincia de Córdoba le había impuesto a la demandada daños punitivos por un valor de 2 millones de pesos (y daños morales por un valor de \$ 1,500) pero luego la Cámara de Apelaciones revoca la aplicación de ambos rubros quedando en pie, solamente, la obligación de entregarle al actor una botella de gaseosa.-

Cito los textos pertinentes de los fallos recaídos en la primera y segunda instancia.-

En primera instancia se estableció:

RESUELVO: I) HACER LUGAR A LA DEMANDA INTERPUESTA POR LUIS MARIANO TEIJEIRO Ó TEIGEIRO Y EN CONSECUENCIA CONDENAR A CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G., I) A ENTREGARLE UNA BOTELLA DE GASEOSA, CONDENA QUE PODRÁ HACERSE EFECTIVA SOBRE LA QUE SE ENCUENTRA DEPOSITADA EN EL TRIBUNAL, II) A ABONARLE EN EL TÉRMINO DE DIEZ DÍAS LA SUMA DE PESOS UN MIL QUINIENTOS EN CONCEPTO DE DAÑOS MORAL Y LA SUMA DE PESOS DOS MILLONES EN CONCEPTO DE DAÑOS PUNITIVOS, BAJO APERCIBIMIENTO DE LEY. (6)

Pero en segunda instancia se resolvió así:

...POR EL RESULTADO DE LOS VOTOS QUE ANTECEDEN EL TRIBUNAL: RESUELVE:- 1) HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA APELACIÓN DEJANDO SIN EFECTO LAS CONDENAS A INDEMNIZAR EL DAÑOSMORAL Y A PAGAR LA MULTA CIVIL DEL ARTR. 52 BIS L.D.C.- (7)

Los comentadores doctrinarios de siempre deberían explicarles muy bien este último fallo a todos los integrantes de la sociedad de consumo (alrededor de 40 millones de personas).-

Deberían hacerles comprender los motivos por los cuales cualquier reclamo en tribunales demora tres o más años. También deberían explicarles que si ganan ese pleito obtendrán como única recompensa una regia botella de gaseosa. Y, de paso, también deberían avisarles - a todos los consumidores de gaseosas del país - que encontrar un profiláctico, o cualquier otra porquería flotando en la gaseosa no es una cosa tan mala, ni que ocasione ningún perjuicio que no pueda ser reparado con los \$ 10 que vale una bebida cola en el supermercado.-

También podrían encontrar en este fallo ‘aleccionador’, y en el proyecto de reforma que comento, una buena ocasión para explicarnos, nuevamente, la teoría del enriquecimiento sin causa de la víctima, y sobre todo, el efecto disuasivo que sobre gigantes empresas multinacionales vinculadas a la industria de aguas gaseosas, o cervecera, o a la fabricación de celulares, o a la prestación de la actividad aseguradora, o a la prestación del servicio de telefonía fija o móvil, o fabricantes de automotores etc., etc., etc., ejercen indemnizaciones por la suma de \$ 10.-

El absurdo, también es un método de comprobación matemático. Y este fallo postula un absurdo indefendible. Y lo mismo puede decirse de la proyectada reforma sobre el artículo 52° bis LDC: es el fin de los daños punitivos como herramienta útil (en casi todo el mundo) para mejorar las relaciones de consumo de toda la sociedad.-

Los jueces también deberían tomar conciencia de la importancia del concepto sociedad de consumo; pues en ella viven. Es fundamental que los magistrados tengan una preparación mejor, y más acorde con nuestros tiempos. Es preciso que tengan un mayor acercamiento al Derecho Comparado. En los países desarrollados el estudio de las relaciones de consumo está muchísimo más avanzado

que en el nuestro, y los jueces deben recoger esas experiencias para que también nosotros podamos superarnos. Cada vez se hace más necesario que los magistrados dominen, por lo menos, dos idiomas además del propio. Estamos muy atrasados en estos temas, y el mundo sigue acelerando.-

La conclusión de este sombrío panorama es inevitable:

HABRÁ MÁS IMPUNIDAD PARA LOS PROVEEDORES DE BIENES Y SERVICIOS.-

VA A EMPEORAR LA CALIDAD EN QUE SE OFRECEN LOS BIENES Y SERVICIOS.-

En suma: es una norma que conspira fatalmente contra la defensa y protección de los consumidores y usuarios.-

Si se quería evitar el tan temido (ridículamente temido) enriquecimiento sin causa de la víctima, quizás hubiera sido más racional repartir, entre el damnificado y una institución a determinarse, el premio de esa sanción. Pero excluir al damnificado de toda recompensa equivale a herir de muerte al instituto.-

En el citado artículo del autor Díaz Cisneros, se recuerdan algunos de los fundamentos legislativos para incorporar a los DP a nuestro ordenamiento jurídico. Destaca, entre ellos el argumento sostenido por la legislador Stella Maris Córdoba, quien decía: Resulta de interés citar, de los Antecedentes parlamentarios, las palabras de una de las impulsoras del proyecto de la Ley 26.361, la legisladora Stella Maris Córdoba: «Quiero detenerme en este punto porque todos conocemos la frustración colectiva que arrastran muchos argentinos que a veces dejan fracasar su reclamo en un conflicto que se produce en la relación de consumo, en virtud de que les pesa acudir a la vía judicial para resolver problemas que pueden ser de menor cuantía. Son miles los casos de esta índole. Si bien esta frustración produce un perjuicio económico para quien ve afectado su derecho individual,

también tengamos en cuenta cómo se benefician quienes causaron ese perjuicio con todos esos casos individuales cuyos titulares dejan fracasar sus derechos. Quiero destacar cuánto se enriquece aquel que perjudica al consumidor con miles de reclamos que se abandonan en el camino». (8)

Los particulares afectados, al estar incentivados por un eventual premio económico, tienden a vigilar con mayor severidad a sus proveedores. Y, lógicamente, cuando no existe esa motivación los consumidores tienden a ser más sumisos con el proveedor que los maltrató. Pues bien: de esa indeseable sumisión nace un formidable y profundamente injusto enriquecimiento que se vuelca sobre el sector de la producción de bienes y servicios. Los consumidores deben ser alentados a protestar, a quejarse, y deben hacerlo sin miedo, como si fueran los inspectores más severos, estrictos e insobornables.-

O acaso no sabemos que los cuerpos de inspectores públicos, que son los que habitualmente hacen los controles, son insuficientes en el mejor de los casos, y seriamente cuestionados por su eficacia y transparencia. Nuestro país, nos guste o no nos guste, está seriamente cuestionado en todo lo referido a su transparencia institucional. Es un hecho. No hay medición internacional que coloque a la Argentina en un lugar de privilegio cuando de limpieza institucional se habla. En ese lamentable marco, ¿qué institución pública o privada merecerá la confianza generalizada de su probidad?

Por otra parte, si lo que se quería evitar era el enriquecimiento sin causa de la víctima, ¿por qué se propicia ese mismo enriquecimiento pero a favor de una institución? ¿Además, sabrán saben los jueces a dónde enviar esos fondos? ¿Tienen ellos conocimiento de cuáles son las instituciones más aptas para recibirlos? ¿Qué criterio de elección seguirán? ¿Qué participación tendrá en todo este asunto el Estado? ¿Por qué fijar una nueva sanción, si el artículo 47° LDC, ya prevé una sanción administrativa que ingresa a las inagotables y siempre insuficientes arcas públicas?

Todas estas cuestiones se irán resolviendo con el tiempo. Pero no tengo ningún optimismo frente a las respuestas previsibles.-

3) El monto de la sanción. En cuanto al monto de la multa la nueva norma prevé que el mismo se fije en cada caso concreto “Su monto se fija prudencialmente”, mientras que la actual redacción del artículo 52 ° bis establece un tope indemnizatorio de \$ 5.000.000. En ese sentido la reforma es superadora del texto original. Cada compañía tiene una realidad patrimonial distinta y en algunos casos el tope previsto resultaba irrisorio. Piense el lector en una corporación que luego de un derrame de petróleo provoca un desastre ecológico, y que todo su castigo consista en la modesta suma de 5 millones de pesos.-

Por otra parte, siendo nuestro país muy propenso a convivir con fenómenos inflacionarios es altamente inconveniente fijar multas fijas, porque en poco tiempo esos valores fijos se distorsionan por el inevitable efecto de la inflación. Por caso, los 5 millones que previó la ley 26.361 son muy distintos a los cinco millones de pesos de nuestros días.-

4) El quantum de la sanción. En cuanto a los criterios para determinar su quantum, la norma proyectada dice: “...Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas...”. También este aspecto resulta superador del texto vigente que solamente dice: “...la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...”.-

Es necesario que los jueces y las partes, al pedir y fijar daños punitivos, tengan una visión completa del asunto. En otros trabajos señalé la necesidad, cada vez más revitalizada, de hacer un análisis económico del derecho al momento de fijar sanciones o

indemnizaciones. La norma parece seguir esa dirección, sobre todo en la parte que expresamente postula que debe considerarse la ventaja económica que se obtuvo o se proyecta obtener con el ilícito. (9)

5) Punición irracional. La norma trae una incorporación inquietante al establecer que “...Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo...” Según la redacción del texto el juez de la causa, y de oficio, podría dictaminar que una punición resulta irrazonable. En mi opinión, esa cuestión debería ser planteada por la parte afectada, apelando toda medida irracional que sobre ella caiga, y expresando los agravios que sean pertinentes. ¿Por qué se exige que la aplicación de la sanción proceda únicamente a pedido de parte, y se libere oficiosamente al juez la facultad de anularla? No hay una lógica que puede explicar esta pregunta.-

En resumen, entiendo la facultad de anular de oficio la sanción empeora la redacción de la norma proyectada. En su apartado final, la norma propone que “...En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida...” Y, desde luego, también podría arribarse a la misma solución luego de que la parte afectada apele el decisorio que lo perjudica.-

6) La Solidaridad. El texto vigente establece que “...Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan...” Esa solidaridad legal fue excluida de la redacción del proyectado artículo 52° bis. Sin embargo, entiendo que quedando vigente y sin modificaciones el artículo 40, dicha solidaridad resulta igualmente aplicable.-

3. Conclusiones.

1) El proyecto de reforma elimina los Daños Punitivos incorporados a nuestro derecho vigente por la ley 26.361;

2) Se crea un instituto nuevo llamado Sanción Punitiva disuasiva.

3) Los montos que se recauden no le corresponde a la parte que lo solicita, sino que se destina a una institución a determinarse;

4) El juez de la causa elige, discrecionalmente pero por resolución fundada, el destino de los fondos percibidos por ese concepto.-

Referencias Bibliográficas

(1) Díaz Cisneros, Adriano, publicado el 24 de julio de-2012. Ed. Microjuris.com Cita: MJ-DOC-5887-AR | MJD5887

(2) Díaz Cisneros, Adriano, publicado el 24 de julio de-2012. Ed. Microjuris.com Cita: MJ-DOC-5887-AR | MJD5887

(3) Ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

(4) Ghersi, Carlos A. Anteproyecto de Código Único 2012. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas? Microjuris.com 13-abr-2012. Cita: MJ-DOC-5755-AR | MJD5755

(5) Osvaldo Héctor Bassano y Graciela Gloria Pinese. El daño punitivo y punición a favor del débil jurídico. Citar: (elDial.com - DC177A) Publicado el 02/12/2011

(6) Teijeiro ó Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 5 de Córdoba. 23-mar-2011 Cita: MJ-JU-M-66743-AR | MJJ66743 | MJJ66743 (Citar elDial.com - AA6DDE)

(7) Teijeiro (o) Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sala Tercera, del 17 de abril de 2012 Cita: MJ-JU-M-71797-AR | MJJ71797 | MJJ71797 (elDial.com - AA75E0)

(8) Díaz Cisneros, Adriano, publicado el 24 de julio de-2012. Ed. Microjuris.com Cita: MJ-DOC-5887-AR | MJD5887

(9) Ver Fernando Shina. Los Daños Punitivos en el Derecho Argentino. Experiencia del Derecho Comparado, publicado el 4 de marzo de 2011. Citar: (elDial.com - DC1537)

El daño directo en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

Por la senda del atraso (1)

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial - DC1944

[Consultado el: 19/07/2021]

Sumario:

1) El Daño directo en la actualidad. 2) El Daño Directo en el Proyecto. 3) Conclusiones

1) El daño directo en la actualidad.

En caso de convertirse en ley el Proyecto de Código civil, el instituto del Daño Directo, incorporado a nuestra ley positiva por la ley 26.361 quedará modificado.

Art. 40 bis - Daño directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC). El acto administrativo de la autoridad de aplicación será

apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial.

En primer lugar debo decir con beneplácito que no se concretaron mis peores sospechas que indicaban que la norma sería directamente derogada. Esa era la idea en la versión original de la reforma. Sin embargo, al pasar por el Poder Ejecutivo la versión final del Anteproyecto, se decidió mantener la vigencia de la norma pero cambiando su redacción original.

Dicho esto, se acabaron los festejos porque la reforma propone, una vez más, un retraso para la marcha de las relaciones de consumo. Y a esta altura no me parece exagerado afirmar que si se convierte en ley, la reforma será la regresión más severa que experimente el Derecho del consumidor argentino en los últimos veinte años, siendo comparable a los vetos que el entonces Presidente Menem le impusiera, durante casi diez años, a los artículos 13 y 40 de la primera versión de la ley 24.240.

Es, como dice Carlos Ghersi (2), una reforma hecha a la medida del sector de los proveedores de bienes y servicios. En verdad, me permito agregar, parece hecha a la medida de su impunidad, pero también de su corta vista. Pues resulta muy fácil advertir, leyendo un poco sobre la experiencia otros países, que las legislaciones más proteccionistas de los consumidores, lejos de retraer el consumo producen su expansión. Porque un consumidor que se siente legalmente protegido es más propenso a consumir y eso, indefectiblemente, aumenta el volumen de ventas y por consiguiente la rentabilidad del sector productivo. Por ejemplo, y sin profundizar, es difícil encontrar leyes más severas con los proveedores de bienes y servicios que las que rigen en los Estados Unidos, sin embargo, es

igualmente difícil encontrar una sociedad de consumo más fortalecida que la de aquél país. Pero en Argentina, desafortunadamente, hasta los razonamientos más sencillos se invierten y asumen formas parabólicas que este redactor de ensayos incompletos es incapaz de descifrar.

El Daño Directo fue otro de los institutos nuevos que la ley 26.361 incorporó a nuestro ordenamiento jurídico. Desde sus orígenes, la norma generó polémicas, rechazos en doctrina y jurisprudencia, y poca aplicación en la sede administrativa.

En primer lugar voy a dar mi opinión personal sobre esta norma porque tuve oportunidad de usarla en mis días como Asesor Legal de la Dirección General de Defensa del Consumidor de la Provincia del Chubut. No tengo reserva en decir que, más allá de su pobre redacción, la norma es útil y bien recibida por los usuarios y consumidores quienes al finalizar exitosamente su queja en la sede administrativa, pueden obtener un módico premio económico en concepto de indemnización por el perjuicio padecido. En los años que desempeñé mi tarea administrativa he escuchado de parte de algunos de mis colegas críticas feroces (y exageradas) contra el Daño Directo. Según esas opiniones, que respetuosamente considero un poco pacatas, la irrupción del Daño Directo iba a debilitar sin remedio los cimientos del Derecho y de la República. Sin embargo, nada de eso ha ocurrido y las fortalezas de la Estado seguramente no se han aflojado por un texto legal que permite a la Administración imponer indemnizaciones que nunca pueden superar los cinco o seis mil pesos de una moneda en permanente devaluación. De manera tal que habría que buscar las causas de nuestro bajo rendimiento republicano en otras partes antes que en la redacción del artículo 40° bis LDC.

Pero volviendo a la norma que comento, también debo aceptar que su redacción actual es muy defectuosa. Yo mismo he criticado esa redacción tan imperfecta en diversos artículos doctrinarios. (3)

En ese sentido, la reforma proyectada sobre la norma mejora su redacción, pero empeora su contenido porque definitivamente impide que los daños morales sean incluidos dentro del daño directo. Es como si no se terminara de entender que en materia de relaciones de consumo, casi siempre, los daños están referidos a pérdidas de tiempo, amarguras, y frustraciones ocasionadas por un servicio malo o por un bien inservible.

Debo reconocer que me sorprende, desfavorablemente, que estudiosos tan destacados del Derecho nacional no lleguen a comprender la esencia de las relaciones de consumo. No se logra entender que DAÑA mucho más el enojo de no poder conectarnos a internet cuando sabemos que un hijo nos espera sentado frente a su computadora, que los tres o cuatro pesos que vale esa comunicación. No se puede reparar ese infortunio concediéndole al usuario una indemnización ridícula equivalente al valor del servicio fallido. No existe reparación en esos términos, porque hablar con un hijo vale mucho más que el dinero que cuesta la llamada estropeada. Es como comparar el valor de los pulsos telefónicos, con el pulso inquieto del llanto y la tristeza. ¿Es eso tan difícil de entender?

Hablando de relaciones de consumo, si el daño pudiera segmentarse y dividirse en rubros, tal como lo hace el derecho para fijar indemnizaciones, seguramente la parte emocional del perjuicio superaría por mucho a la parte material. En las relaciones de consumo hay una regla fija que se repite inalterable: los daños morales superan a los daños materiales. Invito al lector (y también a los juristas encargados de llevar adelante cualquier reforma legislativa) a que hagan la prueba de regalarle a un niño de 4 años un robot precioso, lleno de ruidos, movimientos y colores que deslumbran a cualquiera desde la vidriera de la juguetería, pero que se lo entreguen sin las pilas correspondientes; a los pocos segundos podrán comprobar si el escándalo de los llantos y las penas es congruente con los \$ 4 que cuesta una pila AA.

Del mismo modo, es ingenuo, cínico y bastante cruel pensar que con § 20 se soluciona el martirio de quien no pudo hablar con quien fuera su amante, y quizás convencerla de que las noches acentúan la lentitud de los olvidos. ‘Pagaría mil veces el valor del mensaje de texto para poder pedirte perdón’, promete al vacío quien anticipa un porvenir largo y oscuro. Y maldice otra vez a su compañía telefónica.

Es esa la esencia de los daños al consumidor; y esta nueva reforma nos regala un robot sin pilas que únicamente funciona en el bazar del jurista.

2) El daño directo en el Proyecto.

La norma proyectada tiene la siguiente redacción

“Artículo 40 bis.- Los organismos de aplicación pueden fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la ley de creación les ha concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) están dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) conforme con la ley de creación, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias; d) sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente. Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.”

Veamos ahora los aspectos salientes del texto propuesto en la reforma.

1) Los bienes y los servicios. En primer lugar se mantiene al daño directo como una herramienta propia de la y exclusiva para la sede administrativa: “Los organismos de aplicación pueden fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo”

Pero surge una primera objeción que resulta insoslayable. El texto sugiere que quedan excluidos de esta reparación los daños materiales ocasionados por los servicios, limitación que no encuentra ningún fundamento lógico, y que choca con el principio de igualdad postulado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Ello así, porque quien resulte afectado por la adquisición de un bien tendrá un derecho que, sin embargo, no le corresponderá a quien padezca un daño ocasionado por un servicio defectuoso.

En su actual redacción, esa divisoria inconstitucional no existe porque ambos rubros (bienes y servicios) quedaban equiparados a los efectos de la ley 24.240. Así, el actual texto vigente prescribe:

“Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.”

En mi opinión, deben ser incluidos en la reparación tanto los daños ocurridos en ocasión de la adquisición de un bien como de un servicio, pues la ley no hace distinciones al momento de consagrar la protección de los consumidores y usuarios. Esperemos que haya sido una omisión del reformista y que sea resuelta por las comisiones legislativas que analicen la norma antes de su aprobación.

Veremos cómo recibe y trata esta cuestión la jurisprudencia y la doctrina especializada. Y cómo las oficinas de defensa del consumidor interpretan esta norma que ya trae esta dificultad.

2) Requisitos - Idoneidad. Para que la administración, local o Federal, pueda aplicar esta indemnización deberá pasar una serie de requisitos. El primero de los cuales es la idoneidad técnica, su independencia de criterio, y su imparcialidad.

Así, el texto proyectado dice:

“Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: ...b) están dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas”

Ahora bien: ¿cómo se hará para juzgar la especialización técnica, la independencia y la imparcialidad indubitadas de la administración? Es un misterio. Se supedita su aplicación a requisitos que no se explica cómo se logran, o cómo se impugnan. Nada dice la ley, y nada podría decir con relación a estas cuestiones.

Si la certificación de idoneidad, independencia e imparcialidad, le corresponde darla al poder ejecutivo (y no cabe otra posibilidad), se cae en un contrasentido. Porque ninguna administración va a dictaminar que la organización burocrática que dispuso para llevar adelante el control de una ley tan importante es inepta. Es difícil pensar, por ejemplo, en un gobernador que elija un Director General para llevar adelante esa función, y que luego un Consejo perteneciente al mismo gobierno provincial le impida asumir alegando que la persona designada por el gobernador no pasó el examen de idoneidad.

Además, la autoridad de aplicación de la LDC es un organismo perteneciente al Poder Ejecutivo nacional o provincial, y esa sola circunstancia hace imposible que sea independiente. ¿Qué

significa ser independiente? ¿De quién debe serlo? ¿Puede ser independiente del Poder Ejecutivo un organismo que depende del Poder ejecutivo?

Por otra parte, si los funcionarios son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la legislatura, se corre el peligro de crear un procedimiento burocrático tan largo que resulte incompatible con la celeridad que estas oficinas necesitan.

En definitiva, el texto legal no resuelve ninguno de los inconvenientes que su redacción defectuosa ocasiona.

Todos los planteos referidos a la de falta de idoneidad y parcialidad pueden ser hechos por el particular, o por la empresa afectada en el marco del mismo proceso administrativo; incluso pueden hacerlo al apelar en la sede judicial la resolución condenatoria que se les imponga; pero en todo caso ellos siempre tuvieron la posibilidad de hacerlo con lo cual la reforma —en este punto— era innecesaria y solo agrega confusión.

En definitiva todo parece indicar que este inciso del artículo se convertirá en otro conjunto de palabras vacías de imposible aplicación. A los usuarios de esos servicios públicos nos conformaría que los funcionarios elegidos por el Poder Ejecutivo, nacional o provincial, tengan la capacitación suficiente para llevar adelante una labor tan compleja como la de ser contralor de una ley tan importante; eso sería el objetivo, y su logro es mucho más significativo que la redacción de textos grandilocuentes que con el tiempo solo causan gracia o nos hacen poner colorados. La conclusión podría formularse con un interrogante simple: ¿Era necesario redactar un texto tan pomposo y vacío de contenido?

3) Ejecutoriedad. La norma proyectada establece:

“...c) conforme con la ley de creación, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias...”

Sin embargo, este agregado, no le pone ni le saca nada al artículo actualmente vigente. Una vez notificada la resolución definitiva de la administración, la parte que sufre sus consecuencias puede apelarla en la sede judicial, pero si no lo hace, o si haciéndolo resulta vencida en esa instancia, el dictamen administrativo se ejecuta como una sentencia.

4) Apelación. En el proyecto se establece también que: “...d) sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente.”

Tampoco se modifica el régimen actual de apelaciones. Por lo demás, toda resolución administrativa es y debe ser apelable en la sede judicial; pues en caso contrario sería violatoria de la Constitución Nacional. En ese sentido, no debe olvidarse que en nuestro ordenamiento se jurídico el Poder Judicial es el contralor constitucional de última instancia.

5) Exclusión del daño moral del daño directo. Una de las críticas más severas que mereció el actual artículo 40 bis era que la definición que traía resultaba imposible de entender.

Efectivamente, la norma en su actual redacción dice:

“Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

En efecto, esta definición no permitía determinar con claridad qué daños estaban incluidos dentro de la categoría de daño directo, y

por consiguiente podían ser considerados en el procedimiento administrativo. En especial quedaba la duda acerca de si el daño moral estaba o no contenido dentro del artículo 40° bis LDC.

Estando en funciones administrativas, en la oficina de Defensa del Consumidor de la provincia del Chubut hice uso de esta norma, interpretando que los daños morales también podían resarcirse en la sede administrativa, siempre con las limitaciones impuestas por la propia norma. Sin embargo, desafortunadamente para mí y los usuarios y consumidores de la Provincia del Chubut, este criterio nunca fue aceptado por los tribunales de alzada de la provincia, ni por la doctrina imperante a nivel nacional.

Quizás para evitar esta clase de conflictos, el texto proyectado por la reforma, si bien no define al daño directo, indica con absoluta claridad qué rubros quedan excluidos.

La norma expresamente dice:

“Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales”

Más allá de no estar de acuerdo con esta nueva redacción, y me remito a lo ya dicho, párrafos atrás, hay una cuestión de lógica formal que se intenta solucionar con una torpeza que la lesiona. Este artículo le impide a cualquier consumidor o usuario del país reclamar en la sede administrativa (que es el único procedimiento íntegramente gratuito que existe) por las cuestiones tipificadas en el artículo 8° bis de la ley 24.240. Esa norma establece que la discriminación, el trato vergonzante y vejatorio son conductas violatorias de la ley y, como tales, deben ser castigadas. Transcribo la norma:

Art. 8° bis - Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

En una palabra: si prevalece el criterio adoptado por el proyecto de la reforma, esta importantísima norma no podría ser utilizada plenamente por los usuarios y consumidores en la sede administrativa. Porque si bien esta infracción, una vez verificada, podría llegar a merecer alguna de las sanciones previstas en el artículo 47° LDC, el titular afectado no podría acceder a la recompensa establecida en el artículo 40° bis proyectado. Es ridículo, ¿verdad?

Desde luego, el afectado podría, luego de terminado el trámite administrativo, ir a la sede judicial en reclamo de una indemnización pecuniaria, pero en los hechos esa persona se vería obligada a emprender dos procedimientos que son igualmente largos e inciertos. Además, es muy difícil que una persona concorra a los tribunales, con los costos que esa actividad presupone, reclamando por un maltrato ocasional recibido de un proveedor. Lo más probable es que el afectado por esta infracción tan cercana a los Derechos Humanos, sencillamente decida olvidar el asunto, dejando al maleducado, al

discriminador y al violento completamente impune. En definitiva, es otro pésimo aporte del legislador reformista.

6) Extensión del daño directo. La actual norma permite fijar indemnizaciones a la autoridad administrativa de aplicación, con ciertas limitaciones en los montos. En efecto, la norma dice:

La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).”

Esta limitación en el quantum del daño directo tenía su explicación en que no siendo la autoridad administrativa la encargada natural de fijar indemnizaciones por daños, se le permitía hacerlo en una escala muy reducida, tal como lo indica la norma.

La norma proyectada nada dice al respecto, por lo cual sólo cabe interpretar que tal limitación no existe y que, por tanto, podrá aplicar indemnizaciones mayores. Desde ya adelante un posible inconveniente.

Si los particulares advierten que, dentro del procedimiento administrativo gratuito, previsto en la ley 24.240, pueden obtener importantes indemnizaciones, esa circunstancia puede ocasionar un verdadero aluvión de denuncias que realmente no creo que ninguna organización burocrática nacional o provincial sea capaz de satisfacer. Por otra parte, resulta ciertamente peligroso que un funcionario administrativo, con las limitaciones indicadas al comentar el inciso b) de esta norma, tenga facultades jurisdiccionales tan amplias. Era mejor, como ya lo sostuve en reiteradas oportunidades, ensanchar la categoría de daños resarcibles, y mantener las limitaciones referidas a los montos indemnizables en la sede administrativa.

No me complace pensar lo que puede llegar a hacer con esta norma un funcionario autoritario, poco formado en derecho y menos afecto a las formalidades legales, con semejante poder jurisdiccional. Es, en mi modesta opinión, un experimento que sería aconsejable evitar por el momento en la Argentina.

3) Conclusiones.

1) El artículo 40° bis proyectado sólo resulta aplicable en el marco del procedimiento administrativo previsto en la ley 24.240;

2) En principio, se establece que la recompensa a que habilita la norma sólo beneficia a los afectados por la adquisición de bienes, quedando excluidos los usuarios de servicios;

3) Las decisiones administrativas condenatorias tienen autoridad de cosa juzgada y pueden ejecutarse como si fueran sentencias;

4) Las resoluciones administrativas son apelables, de acuerdo al procedimiento indicado en la ley 24.240;

5) Queda expresamente excluido de la categoría daño directo, el daño moral;

6) El artículo proyectado no establece limitaciones en cuanto al monto resarcible en concepto de daño directo. Es otro desacierto de la reforma.

Referencias Bibliograficas

(1) Artículo publicado con anterioridad a la aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación por la Cámara de Senadores el 20/11/2013.

(2) Cuando se dijo en tantos diarios y reportajes televisivos que este Código cambiaría la vida de los argentinos es realmente así, porque hemos retrocedido. Sin duda se trata de un código neoliberal y con fuerte predisposición a favor de las empresas, que tira por tierra luchas de largos años de muchos investigadores, docentes y abogados,

especialmente en lo que atañe al derecho de las personas, los contratos, el derecho de daños y los derechos de los consumidores, sin perjuicio de que aún estoy estudiado la parte de reales y familia, sobre las que por ahora no emito opinión. Como colofón de estas palabras de tanta desilusión, analizaré lo atinente a algunas cuestiones de los derechos de los consumidores. Carlos Ghersi. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas? Ed. Microjuris.Com. Publicado el 13 de abril de 2012. Cita: MJ-DOC-5755-AR | MJD5755

(3) Fernando Shina. Una interpretación piadosa del Daño Directo. Ed. elDial.com DC14A8) Publicado el 22/01/2009 “La defectuosa redacción del artículo 40^a bis de la ley 24.240, recientemente incorporado por la Ley 26.361, hace necesario que una posterior reforma corrija este inconveniente.-Sin perjuicio de ello, se trata de una norma de gran utilidad para el mejor desarrollo de las relaciones de consumo. Por esa razón, es necesario interpretarla en armonía con los principios protectorios del Derecho del consumidor.-Si se admite que la Autoridad de Aplicación no puede incluir a los daños morales dentro del artículo 40^a bis LDC, no podrá admitirse la deducción de sumas de dinero que establece la norma en su párrafo 4º. Aprobar la deducción de indemnizaciones que obedecen a rubros indemnizables diversos constituiría un enriquecimiento sin causa del proveedor en perjuicio del usuario o consumidor.-Conforme lo establece el artículo 3º de la Ley 24.240, los casos dudosos deben ser interpretados de la forma que resulten más favorables a los intereses de los usuarios y consumidores. El artículo 40^a bis ha generado interpretaciones doctrinarias y judiciales muy diversas, lo cual obliga a optar por aquella que más beneficie a los consumidores. Resulta evidente que la incorporación del daño moral al daño directo es más conveniente para los usuarios y consumidores. El daño directo puede ser establecido de oficio sin que se viole el Derecho de defensa de la parte que debe soportarlo. Ello así, porque la defensa está asegurada con la imputación previa de la infracción....

La prescripción en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

La celebración del retroceso (1)

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial - DC198E

[Consultado el: 16/07/2021]

Sumario:

(1) Introducción; (2) Todo tiempo pasado fue mejor; (3) La desarticulación del microsistema legal autónomo; (4) La importancia del artículo 3° LDC; (5) La cuestión del Orden Público; (6) El nuevo artículo 50 LDC. La venganza del pasado...; (7) Conclusiones.

1. Introducción.

Todos los hombres saben, o intuyen, que la memoria habita intranquila en el pasado. La evocación trata de reconstruir pieza por pieza todos nuestros acontecimientos, como si la vida fuera un juego de figuras geométricas que nunca coinciden. Sin embargo, y a pesar de la audacia de esta reflexión, son pocos quienes se animan a llevarla al extremo de pensar que es el pasado lo que evoluciona, y que recordar es la única forma de modificar el porvenir y aliviar las penas cotidianas. Quienes llegan a ese estado sublime de la conciencia suelen aconsejarnos que nos dediquemos a recordar sucesos que jamás ocurrieron y así darles la chance de que tengan una vida en el futuro, aunque seguramente en un cuerpo ajeno.

Si se piensa bien sobre este asunto, no está mal que nuestros recuerdos lastimen a otros, porque seguramente recordaríamos más cosas si la memoria nos doliera menos. “Ya no me quiero acordar de su sonrisa” dice en llantos quien sabe que le sobra tiempo porque su vida se apagó cuando supo que esa sonrisa sería imitada mil veces, pero nunca más se repetiría. Para quienes la nostalgia es un rasgo tan acentuado de su personalidad, el pretérito es una plastilina igual a la que usan los chicos para amasarla hasta que toma la forma que ellos imaginan, o recuerdan. Así, aquello que conocemos como destino es la inercia de una memoria infantil lenta como el pulso, y ajena a los controles de la conciencia adulta.

También hay un grupo de filósofos desolados que sostienen con amargura que la historia universal de la humanidad es un interminable borrador condenado, como Sísifo, a la perpetuidad del proceso de corrección literaria; un ensayo inconcluso que nadie se atreve a terminar, o un círculo infinito que de tanto circular jamás avanza. Así, los hechos del pasado nunca terminan de ocurrir y la noción de tiempo se reduce a la acumulación de memorias dispersas que se repiten incesantemente, como si el tiempo mismo fuera una trama literaria que nunca termina de componerse.

Para los héroes más o menos indiscutidos, como Hamlet y Spiderman, los muertos poseen una memoria trascendente tan intensa que con frecuencia ocasiona lentos e ingratos insomnios a los que aún estamos vivos. Así, la memoria del padre ausente debilita el sueño del hijo que lo representa interinamente en la tierra. “Sir, in my heart there was a kind of fighting that would not let me sleep.”(2), dice Hamlet cuando aún ignora que esos molestos desvelos le serían compensados con su inmortalidad.

Cuando reflexiono sobre las reformas que se pretenden imponer a la ley 24.240 (en especial a la ley 26.361) tengo la impresión, un poco trágica, de que para el reformador la memoria es la venganza del pasado. Un rencor almacenado durante dos décadas que lo lleva a destruir todo lo que pacientemente se había construido

en los últimos veinte años. Entre la primera versión de la ley 24.240 (1993) y la última reforma de la ley 26.361 (2008) hubo progresos innegables. La reforma proyectada se parece a una memoria punitiva que viene a aplastar todo el entusiasmo desordenado y adolescente de las citadas normas.

No encuentro otra explicación para esta auténtica celebración del retroceso. Todos los artículos de la ley 24.240 que la reforma modifica empeoran la condición del consumidor. Es como si el reformador se hubiera dedicado, metódicamente, a la tarea de hacer añicos cada uno de los logros que lentamente pudimos construir durante años hasta llegar a la ley 26.361. No tengo muchas dudas que fue esta última norma la que terminó de ofender los ánimos del sector de los proveedores de bienes y servicios.

II. Los avances de la ley 26.361. Dice bien Rusconi cuando afirma que: “La reforma a la LDC aprobada por la ley 26.361 impactó de manera fundamental en su campo de incidencia ampliando significativamente los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. Amplificó considerablemente el concepto de consumidor, los viernes de consumo y lo mismo ocurrió con la delimitación de la denominada relación de consumo.”(3)

Tanto en el caso de los daños punitivos, que ya comentara en un trabajo anterior (4), como el de la prescripción que ahora comento, se proyectan reformas sobre normas tan jóvenes que ni siquiera han tenido tiempo de ser interpretadas por una jurisprudencia consolidada. Y no es mejor el temperamento que la reforma le impuso al artículo 1º, LDC, también modificado por la ley 26.361 y que prometo analizar en un trabajo próximo.

Cierro esta introducción quejosa con una cita de Carlos Ghersi que sintetiza mi penosa opinión sobre los cambios legislativos venideros. Sin embargo, le aclaro al lector que hago estos repasos con buen ánimo. Siempre sostuve que aún con sus defectos de redacción, y de algunas confusiones conceptuales, y otras omisiones

injustificadas, la Ley 26.361 trajo a nuestra dogmática jurídica un puñado de innovaciones que obligaban al optimismo, aún a quienes somos muy tacaños a la hora de repartir esperanzas. Sin embargo, esa norma es la gran perdedora en la faena reformista.

Ojalá podamos evitar su concreción.

Ahora sí la cita de Carlos: “Cuando se dijo en tantos diarios y reportajes televisivos que este Código cambiaría la vida de los argentinos es realmente así, porque hemos retrocedido. Sin duda se trata de un código neoliberal y con fuerte predisposición a favor de las empresas, que tira por tierra luchas de largos años de muchos investigadores, docentes y abogados, especialmente en lo que atañe al derecho de las personas, los contratos, el derecho de daños y los derechos de los consumidores, sin perjuicio de que aún estoy estudiado la parte de reales y familia, sobre las que por ahora no emito opinión. Como colofón de estas palabras de tanta desilusión, analizaré lo atinente a algunas cuestiones de los derechos de los consumidores. (5)

2. Todo tiempo pasado fue mejor.

Este es el actual texto que regula la importantísima cuestión de la prescripción en las relaciones de consumo. Dentro de poco ingresará al vasto índice de nuestras melancolías.

Art. 50 LDC - Prescripción. “Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de TRES (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.”

Veamos las características salientes de este texto legal.

Como es sabido, los plazos de prescripción establecidos en la Ley de Defensa del consumidor son distintos a los previstos en otros textos legales, como el código civil u otras leyes especiales. Esa falta de identidad en los términos de la prescripción fue arreglada por una regla inquebrantable contenida en la propia LDC: el favor debilis. Este principio determina que siempre que haya textos legales que prevén plazos de prescripción distintos, se estará al término que más favorezca al consumidor o al usuario. Como bien dice LORENZETTI: “El plazo de tres años modifica en principio la prescripción decenal que es la regla en materia de acciones personales y la bianual en materia de responsabilidad por daños en los casos que prevé la ley, aunque insistimos que la reforma de la ley 26.361 permitiría aplicar el plazo más favorable de la legislación que rige cada supuesto.”(6)

3. La desarticulación del microsistema legal autónomo.

La noción de microsistema es útil para explicar estas cuestiones. A partir de la reforma constitucional del año 1994, los derechos del consumidor alcanzaron la mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Vuelve a acertar Rusconi cuando afirma que: “El conglomerado normativo que conforma el Estatuto del Consumidor y su interpretación deben ser coherentes con los lineamientos que surgen del artículo 42, CN –primera norma por su jerarquía – y de la LDC, norma que ocupa el segundo rango en esta estratificación por ser la que consagra las bases legales de protección diferencial y, además, desde la cual enana el mentado régimen legal especial.”(7). En la imaginaria tabla de posiciones de los derechos, en primer lugar se ubica la Constitución Nacional, y enseguida le sigue la LDC, que reglamenta los derechos del consumidor. La Constitución nacional recepta en sus artículos 42 y 43 los derechos fundamentales del consumidor, mientras que la LDC los reglamenta en su articulado.

LORENZETTI explica esta situación: “El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo.”(8)

Esta circunstancia obliga a que las soluciones a posibles conflictos normativos deben buscarse, en primer lugar, dentro de la misma ley 24.240. Por eso se dice que el Derecho del consumidor es un sistema legal autónomo.

Entiendo que la reforma propuesta desarticula este microsistema, al menos en materia de prescripción, donde lo hace vulnerable. Quizás sea ésta una de las cuestiones más graves de la reforma.

4. La importancia del artículo 3° LDC.

Entre los principios más destacados de esta estructura normativa sobresale el final del segundo párrafo del artículo 3° LDC, que prescribe:

“En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.”

Esta regla general es decisiva para el funcionamiento del microsistema porque constituye, ni más ni menos, su núcleo central.

El artículo 3° LDC funciona como un árbitro de última instancia que interviene ante el concurso de varias normas que puján por aportar una solución distinta ante un mismo problema; por ejemplo, cuando los términos de una prescripción son regulados de distinta forma por dos o más textos legales. Por imperio del citado artículo cuando haya un concurso de normas concurrentes prevalecerá aquella que contenga la disposición más favorable para el consumidor.

Dante Rusconi apunta correctamente al problema señalando que: “Sin perjuicio de que la solución actual surgía del entorno esencial de toda la materia, la nueva redacción del artículo 3° ha dado por terminado todo el debate al respecto, puesto que ahora quedó establecido que el axioma ‘in dubio pro consumidor’ es de aplicación a todos los ‘principios’ establecidos en la ley 24.240. Obtenemos así, en una correcta perspectiva, un panorama mucho más flexible del ámbito de actuación de la regla interpretativa favorable a la parte débil de los vínculos de consumo, la que opera a lo largo de los preceptos normativos específicos de la ley 24.240, pero además trasciende sus límites, convirtiéndose en una pauta hermenéutica general que orienta sus principios, a la luz de la cual se deberán juzgar todas las conductas que desarrollen los sujetos que interactúan en las relaciones de consumo.”(9)

Es decir, que toda cuestión que ocasione dudas o interpretaciones diversas en materia de prescripción debe ser resuelta a la luz de esta hermenéutica. Así, el segundo párrafo del artículo 50° establece que: “cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazo de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario.” Se requiere armonizar este artículo con el principio rector sentado en el artículo 3°. Y esa hermenéutica no puede ser otra que la de permitir que el usuario busque en otro sistema normativo las soluciones más provechosas para sus intereses. Cito nuevamente a Rusconi: “El mismo temperamento tutelar y superador de disputas ha sido adoptado por la ley 26.361 respecto del plazo de prescripción regulado en el artículo 50, de la ley 24.240. En primer lugar la norma establece que el plazo de prescripción de tres años se refiere a las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la ley, pero lo que más importa aquí es que expresamente la LDC aclara que cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazo de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. Con lo cual, si otras leyes establecen plazos de prescripción más cortos que el establecido en el artículo 50, ley 24.240...estos son inaplicables en la medida que

perjudiquen al consumidor. Ello ocurre, por ejemplo, con el artículo 58, ley 17.418, que establece un plazo de prescripción de un año para las acciones fundadas en el contrato de seguro...Igualmente, el plazo de tres años del artículo 50, LDC, quedará extendido a diez años en el caso de acciones de responsabilidad civil contractual, puesto que el artículo, 4023, C.Civ., establece un término prescriptivo más favorable a los derechos de los consumidores.”(10)

En suma, en nuestro actual sistema, que pronto vamos a despedir y recordar como a un héroe efímero que perdió su batalla, los plazos de prescripción siempre juegan a favor de los usuarios y consumidores. La reforma proyectada se opone a esta regla, con el rigor de un anacronismo ciego que detiene el progreso, hace más lento el porvenir, y le pone obstáculos al crecimiento de la rama más joven y pujante de nuestro derecho nacional.

5. La cuestión del orden público.

El artículo 65°, de la ley 24.240, determina que la “presente ley es de orden público.” En suma: la LDC es una ley de orden público que regula derechos constitucionales. Entre el Orden Público y los derechos constitucionales hay una vinculación estrecha; la categoría de orden público de esta ley es la consecuencia inmediata de los derechos constitucionales que ella regula. En ese sentido, LORENZETTI explica: “En esta parte nos proponemos examinar el orden público aplicado a las relaciones jurídicas contractuales y precontractuales de consumo. La vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional.”.(11)

En ese mismo sentido, Rusconi precisa: “Como anticipábamos, la naturaleza de ‘orden público’ de la ley 24.240 no es una característica innata o proveniente de la esencia de la materia, sino que se trata de una cuestión de política legislativa. Con ello, el legislador ha querido dotar a la LDC de una jerarquía imperativa que

impida que sus preceptos puedan ser dejados de lado por la voluntad de los particulares.”(12)

La noción de Orden Público viene a consolidar derechos que tienen un especial interés para la sociedad. LORENZETTI al respecto señala: “El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho del Consumidor...en los casos que se presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho consumerista. Se trata de uno de los denominados ‘derechos civiles constitucionalizados’” (13)

En sumario:

a. La ley 24.240 es de ‘Orden Público’, conforme lo establece el artículo 65° LDC.

b. El ‘Orden Público’ se define como una categoría que incluye valores éticos, morales y económicos fundamentales para la organización de una sociedad.

c. Los derechos del consumidor, son Derechos constitucionales, conforme la nueva redacción del artículo 42° de la Constitución Nacional.

d. La noción de ‘Orden Público’ consolida el rango jerárquico de los Derechos del consumidor dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En suma:

Siempre se aplicará el plazo de prescripción que resulte más favorable al consumidor o al usuario. Porque lo contrario implicaría una abdicación de derechos prohibida expresamente por la ley.

6. El nuevo artículo 50 LDC. La venganza del pasado...

En caso de convertirse en ley el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, el instituto de la Prescripción, con las

modificaciones incluidas en la ley 26.361 quedará modificado y estropeado. Anoto la norma proyectada.

“Artículo 50.- Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas.”

La redacción de este nuevo artículo 50 es congruente con la reforma proyectada; pues también restringe los derechos que la ley 26.361 había establecido para los usuarios y consumidores. Todas las reformas propuestas son tan claramente contrarias al consumidor y usuario que no puedo pensar en una equivocación de los reformistas. Por el contrario, y como ya dijera en la introducción de este ensayo, creo que deliberadamente han llevado a cabo su labor de desnutrir al máximo posible todos los privilegios que la ley 26.361 les había concedido a los consumidores y usuarios.

Ya de lleno en el análisis de la norma aparece una primera cuestión que no puedo pasar por alto. El artículo, al eliminar la frase “acciones judiciales y administrativas”, que en el proyecto ya no acompañan a la palabra sanciones, vuelve a preparar el escenario para que nuestra academia se dedique a su pasatiempo favorito: las discusiones innecesarias. Y no tengo dudas de que la omisión fue deliberada, para generar incertidumbre y jurisprudencia contradictoria; es decir para que todos sigamos perdiendo el tiempo, y gastando aburridas discusiones que podrían evitarse con una redacción clara podía zanjarse.

Veamos.

¿Qué es lo que prescribe la norma?; ¿la prescripción de las acciones referidas a las relaciones de consumo, o la prescripción de las sanciones que aplica la autoridad de aplicación administrativa? Si esta última fuera la interpretación elegida (seguramente lo será por lo conveniente que resulta para las corporaciones proveedoras de bienes

y servicios) las acciones judiciales de consumo ya no tendrían una regulación específica en su propia ley y deberán buscar las soluciones en las leyes especiales que regulan cada situación. Esto es gravísimo, y provoca un deleite inesperado al sector de los proveedores de bienes y servicios.

Se aclara, por si hiciera falta, que todas esas leyes especiales prevén plazos de prescripción más desfavorables para el usuario y consumidor; quizás el ejemplo más paradigmático de esta situación sea el de la ley 17.418 que regula los contratos de seguros donde el artículo 58 establece un plazo de prescripción de un año. El proyecto de reforma pulveriza sistemáticamente todos y cada uno de los privilegios que había incorporado la ley 26.361 a nuestro Ordenamiento Jurídico.

La nueva redacción elimina todo lo referido a los plazos más breves contenidos en otras leyes y disposiciones. Vemos que nuevamente la reforma atenta contra los principios rectores del derecho del consumidor, en este caso omitiendo hacer una aplicación más amplia del principio 'in dubio pro consumidor', postulado en el artículo 3° LDC, y aceptado mayoritariamente por la doctrina nacional. Como ya lo expresé en el punto 3, la reforma desarticula la idea de microsistema legal autónomo. Y quizás ésta sea una de las cuestiones más graves y negativas que pueda reprochársele a una reforma que se autoproclama como liberal y progresista. Pero, lo cierto es que nos encontramos frente a un severísimo retroceso legislativo que perjudica a los consumidores; es decir, nos perjudica a todos.

Nuevamente coincido con Carlos Ghersi cuando dice: Realmente esperábamos más claridad de este anteproyecto y más respeto por la Ley 26.361 de los derechos del consumidor. Nos encontramos con disposiciones ambiguas, algunas con problemas de redacción y otras francamente que responden a los intereses de las empresas -especialmente compañías de seguros, medicinas prepagas,

compañías de transportes, etc. y que son inconstitucionales, especialmente la reparación de daños. (14).

7. Conclusiones.

Concluyo este trabajo con algunos remates que servirán de síntesis al lector de estos quejosos apuntes.

a. La reforma modifica el actual régimen de prescripción en las relaciones de consumo;

b. Se establece un plazo de prescripción de tres años, pero se elimina la posibilidad de aplicar la ley especial más benigna en caso de colisión de normal;

c. La reforma desarticula la noción de microsistema legal autónomo, pues al eliminar el segundo párrafo del artículo 50° LDC que permitía la aplicación del término más conveniente al usuario o consumidor, se deja de lado el principio rector establecido en el artículo 3° LDC;

d. La norma proyectada es de redacción confusa y va a ocasionar doctrina y jurisprudencia contradictoria, con grave perjuicio para los usuarios y consumidores, y evidente ventaja para los proveedores de bienes y servicios.

Referencias Bibliográficas:

(1) Artículo publicado con anterioridad a la aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación por la Cámara de Senadores el 20/11/2013.

(2) Traducción: Señor, mi corazón está lleno de penas en conflicto que me impiden dormir.

(3) Dante Rusconi. Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2009, página 135

(4) En caso de convertirse en ley el Proyecto de Código civil y Comercial, el instituto del Daño Punitivo (en adelante DP), incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 26.361, quedará modificado (eufemismo de arruinado definitivamente). Si prospera esta reforma los DP serán virtualmente eliminados de nuestro sistema normativo. Lamentablemente estamos a un paso corto de obtener un logro que parecía bastante difícil de conseguir: empeorar las relaciones de consumo en la Argentina. La modificación del artículo 52 bis LDC es otro duro golpe al Derecho del Consumidor. El mayor reproche que le formulo a la norma proyectada es que convierte un daño indemnizable, que beneficiaba al consumidor afectado, en una sanción cuyo rédito irá a parar dónde lo determine el juez de la causa. La nueva norma se llamará Sanción Pecuniaria Disuasiva. Anticipo mi opinión profundamente desfavorable a este cambio. (Fernando Shina. Los Daños Punitivos en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial. Publicado el 3 de agosto de 2012. Ed. elDial.com. Citar: DC 1904).

(5) Carlos Ghersi. Anteproyecto de Código Único 2012. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas? Microjuris.com. Publicado el 13 de abril de 2012. Cita: MJ-DOC-5755-AR | MJD5755

(6) Ricardo Luis Lorenzetti. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni., año 2009, página 613

(7) Dante Rusconi. Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2009, página 130.

(8) Ricardo Luis LORENZETTI. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 50.

(9) Dante Rusconi. Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2009, página 125.

- (10) Dante Rusconi. Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2009, página 134.
- (11) LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 24. El subrayado es propio.
- (12) Dante Rusconi. Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2009, página 126.
- (13) LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 45. El subrayado es propio.
- (14) Carlos Gherzi. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas? Ed. Microjuris.com. 13 de abril de 2012. Citar MJ-DOC-5755-AR

El bystander en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial - Invitado a una decapitación

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial - DC19F2

[Consultado el: 16/07/2021]

Sumario:

1. Introducción. 2. La norma que viene y la norma que se va. 3. El Tiempo compartido y clubes de campos y cementerios. 4. El bystander o el tercero expuesto a la relación de consumo. 5. El bystander y el contrato de seguro. 6. El irreductible optimismo de Waldo Sobrino. 7. Las críticas a la actual figura del bystander. 8. La defensa del invitado a una decapitación. 9. Colofón

1. Introducción.

(A) En el año 1935 fue publicada en su idioma original (el ruso) Invitation to a beheading, la novela del magistral escritor (también ruso) Vladimir Nabokov. En 1959, la obra fue traducida al inglés por Dimitri Nabokov bajo la estricta supervisión de su padre, quien para entonces ya estaba radicado en Estados Unidos, ya había publicado Lolita con notable éxito de crítica y taquilla, y de a poco iba recobrando en Norteamérica la fortuna que había perdido durante la revolución bolchevique.-

Invitado a una decapitación cuenta los infortunios de Cincinnatus, un inverisímil ciudadano de un país imaginario que es condenado a muerte por imprecisos disturbios en su personalidad. Pero su condena no establece el día en que tendrá lugar la horrible

ejecución, forzando al exótico personaje a una vigilia sin interrupción. La creación de esta atmósfera tan angustiada hizo que los comentaristas literarios vieran en *Invitación...*, la obra más Kafkiana de Nabokov. Pero el ruso, que se sabía el mejor escritor con vida de su época, y no hacía ningún esfuerzo por disimularlo, rechazaba cualquier comparación con el checo, y decía que ni siquiera había leído un cuento breve Kafka.-

La personalidad de Nabokov tenía características tan acentuadas como su incomparable escritura, y quizás eso explique parcialmente porqué sólo aceptaba ser comparado con otros titanes rusos como Tolstoi y Gogol. Pero es mejor deleitarse con alguna de sus veinte o más novelas inolvidables, antes que tratar de descifrar la compleja psiquis de este genio sin igual.-

Ya consagrado en la literatura, y en el negocio editorial, Nabokov se retira junto Vera, su mujer, a Suiza donde muere en el año 1977. No hay crítico literario que no distinga a Vladimir Nabokov como uno de los escritores más sobresalientes del siglo pasado. En mi opinión, fue el mejor de todos. Y lo sigue siendo.-

En un pasaje de la novela se lee: *Just like a man grieving because he has recently lost in his dreams something that he had never had in reality, or hoping that tomorrow he would dream that he found it again...*" (2) (Vive apenado, como quien durante un sueño reciente ha perdido algo que nunca tuvo; esperando que, quizás mañana, en otro sueño, lo vuelva a encontrar...).-

(B) Cuando preparaba la redacción de este artículo pensaba en Nabokov. Y debo decir que cuando estamos a punto de escribir un ensayo pensar en V.N. es una de las peores cosas que nos pueden pasar, porque la involuntaria voluntad de repetir su impronta, junto con la inevitable frustración que cualquier imitación 'nabokoviana' suscita, es la mejor manera de evitar la intentona literaria. Y quizás ese sea otro aporte de Nabokov a la literatura actual: impedir que se siga escribiendo tan mal, o al menos lograr una forma de pudor que frene algunas publicaciones olvidables.-

No obstante, me animo a hacer estas reflexiones con la persistente voluntad que tengo de unir la ficción con la realidad, y la buena literatura con el ensayo jurídico no tan bueno.-

También admito que lo hago con la intención de evitar que la reforma reforme lo que pretende reformar. Estoy convencido de que los cambios propuestos van a empeorar las relaciones de consumo en mi país, y siento casi el deber cívico de resistirme a esa decadencia tan previsible como evitable.-

(C) Perder lo que no se tuvo es como recordar lo que nunca ocurrió. Y algo muy parecido a la tragedia padecida por Cincinnatus le va a pasar al Derecho del Consumidor cuando –finalmente - la proyectada reforma se convierte en ley.-

¿Serán escuchados a tiempo estos pedidos finales de clemencia?

El artículo 1° de la ley 24.240, reformado por la ley 26.361, y que trajo a nuestro ordenamiento jurídico la figura sajona conocida como bystander, o tercero expuesto a un relación de consumo, es el próximo invitado a la decapitación de derechos que se propone hacer la reforma del Código Civil.-

Al igual que Cincinnatus, aguardamos el momento en el que la guillotina reformista descabece otro de los derechos que la ley 26.361 les había otorgado a los usuarios y consumidores de la Argentina. Y fue tan breve la vida del bystander criollo, y tan restringida su aplicación en los tribunales que a veces pienso que probablemente haya sido un sueño breve, como todas las innovaciones propuestas en la ley 26.361, y que lograron poner a nuestro país en una vanguardia que luego de la reforma vamos a perder, irrevocablemente. Tampoco sabemos cuándo vamos a recuperar lo que todavía no hemos perdido, y ya estamos añorando.-

Desde su aparición el bystander vernáculo fue víctima de críticas feroces, y nunca dejó de estar en la mira de las poderosas corporaciones, especialmente de los seguros, que siempre sospecharon que su aparición era una amenaza real a sus mejores sueños corporativos. Y ciertamente lo era. Y por ese motivo en poco tiempo asistiremos, como invitados, a su decapitación.-

2. La norma que viene y la norma que se va.

El consumidor en el Proyecto

“Artículo 1º.- Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”

El consumidor en la actualidad

Art. 1º - Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.”

3. El Tiempo compartido y clubes de campos y cementerios.

Previo a meternos de lleno en la problemática del bystander, es preciso hacer un breve comentario sobre esta figura que también será modificada.-

La actual redacción del artículo 1º LDC incluye dentro de la relación de consumo aquella que se origina en la adquisición de los llamados ‘tiempos compartidos’ clubes de campo y ‘cementerios privados’. Esas relaciones jurídicas específicas, no fueron previstas en la norma proyectada en la reforma.-

Sin embargo, según mi opinión, tal inclusión no era necesaria, pues en la medida de que la relación esté integrada entre un proveedor y un consumidor la relación estará amparada por toda la normativa establecida en la ley 24.240.-

En ese sentido, toda cuestión dudosa debe resolverse con armonía con lo establecido por los artículos 2º y 3º LDC. Anoto ambas normas:

Art. 2º - PROVEEDOR. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de

aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.-

Art. 3° - Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.-

Es decir, que en la medida que la compra haya sido efectuada a un proveedor en los términos del artículo 2° LDC, la relación de consumo y, por tanto, amparada por los principios protectorios de la mencionada ley.-

4. El bystander o el tercero expuesto a la relación de consumo.

Indudablemente la gran polémica que esta norma traerá se relaciona con la eliminación del último párrafo del artículo 1°LDC, de la ley 24.240 que también considera consumidor "... a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.".-

Ello significa, desgraciadamente, que se ha derogado la figura del bystander incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por imperio de la ley 26.361.La equiparación del 'tercero expuesto' y sujeto de derecho legitimado para ejercer una pretensión legal en el marco de una ley protectoria de orden público, fue uno de los grandes logros que habíamos alcanzado en materia de derechos del consumidor. Fue, como dice Rusconi, un verdadero cambio de

paradigmas comparable a una revolución normativa. “De este modo nos encontramos por primera vez en nuestro derecho positivo con la figura del bystander, nacida en el derecho anglosajón..., representándose con ese vocablo a todas aquellas personas que, en grado potencial, podrían encontrarse afectadas de alguna forma por las consecuencias de una relación de consumo que les resulta completamente extraña...Este verdadero golpe de timón en los rumbos del sistema legal de tutela produce un quiebre en la óptica desde la cual fueron abordados hasta el presente el estudio y la implementación de los derechos del consumidor, colocándose ahora el interés colectivo por encima del interés individual...”(3)

Efectivamente, la aceptación del bystander en nuestra dogmática jurídica significó el cambio de un modelo jurídico agotado por uno nuevo más acorde con nuestros tiempos. Incorporar a la familia de legitimados a todos los integrantes de la sociedad de consumo, sin exigirles otro recaudo que el de ser parte de esa sociedad, fue un paso significativo para superar el interés individual y acercarnos al interés social. “Esta renovada mirada hace que el nuevo derecho del consumidor argentino ejerza su verdadera función de derecho socializador, ocupándose del sujeto inmerso en la sociedad de consumo, influenciado, condicionado y agraviado por el mercado disminuido –y hasta sometido – en sus libertades; que no negocia ni discute con los proveedores sino que adhiere, asiente o presta conformidad.”(4)

Es eso lo que vamos a perder cuando la podadora reformista pase por encima del artículo 1º y le quite estas 11 palabras: quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.”.-

5. El bystander y el contrato de seguro.

Es indudable que el sector más comprometido por la aparición de este sujeto de derecho tan inquietante son las compañías aseguradoras. Para que la cuestión se vea con mayor contundencia y claridad, vale la pena tomar la nota de la explicación que nos da Carlos

Gherzi en su reciente artículo que de manera sugerente y sin sutilezas titula. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas?, que “Ha quedado fuera de las relaciones de consumo el expuesto, así por ejemplo, el peatón que es accidentado desde un transporte de pasajeros (público o privado; tren, subte, automotor, etc.), el que cruza una vía del ferrocarril para ir a su casa que está del otro lado, etc.; un verdadero retroceso, totalmente justificado por el lobby de las empresas de transportes y las compañía de seguros. (5)

Tiene razón Carlos. Con la penosa redacción del artículo 1° que proyecta la reforma hay un universo de personas que quedará fuera de la protección que la ley 24.240 les otorga. Si bien la reforma proyectada mantiene la figura del tercero ajeno a la relación contractual, al establecer que: “...Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios...”, establece que el supuesto afectado, para tener la protección de la ley 24.240, debe estar adquiriendo un bien o utilizando un servicio. Es decir, luego de aprobada la reforma ya no habrá protección genérica del consumidor social como integrante de esa sociedad de consumo que de tanto consumir, consumió buena parte de su seguridad.-

6. El irreductible optimismo de Waldo Sobrino.

Optimista hasta el fin de sus días, el inimitable Waldo Sobrino sostiene que la cuestión que a mí tanto me aflige no es tan grave. Para Waldo el tercero, víctima de un accidente de tránsito, a pesar de la reforma seguirá siendo un consumidor afectado amparado por la ley 24.240.-

Esta construcción, a la que adhiero con menos optimismo que su autor pero con repetido fervor y entusiasmo, se basa en que de acuerdo al artículo 68 de la ley 24.449, el seguro obligatorio tiene por finalidad exclusiva proteger a terceros, y esa circunstancia haría que ese tercero beneficiario mantenga esa condición frente a la ley 24.240

y sus principios protectorios. Veamos una cita de este interesante pensamiento de Waldo:

“Complementando ello, se debe tener muy presente que el Art. 68 de la Ley 24.449, establece el Seguro de Responsabilidad Civil, de carácter “Obligatorio”, para un solo y exclusivo “beneficiado”: las Víctimas de los Accidentes de tránsito ((6)). Como consecuencia de ello, es que en forma ineluctable, aquel que se encuentra beneficiado por una relación de consumo, es decir, la víctima de un accidente de tránsito, que para ser protegida, se dictó una norma especial para beneficiarlo (v.gr. Art. 68 de la Ley 24.449, que ordena el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de Automotores, con la finalidad única y exclusiva de brindar amparo a las Víctimas de Accidentes de Tránsito), no puede dejar de ser considerado como un: Consumidor (de seguros). En efecto, en la mayoría de los países desarrollados del mundo, la finalidad clara, específica y excluyente, es: la protección de la Víctima de un Accidentes de Tránsito.(7)”

Ojalá que mi querido amigo vuelva a tener razón en esta ocasión, y que sus ideas prevalezcan sobre las mías como tan frecuentemente ocurre. Pero, sin embargo, mi pesimismo encuentra fundamento en un hecho objetivo. La figura del bystander fue resistida por la doctrina, y escasamente aplicada por una jurisprudencia que se viene mostrando demasiado conservadora para la velocidad que los tiempos actuales exigen. La norma no fue acogida cuando era ley positiva vigente, y no hay motivos para que me ilusione pensando que ahora, que fue eliminado ese párrafo del artículo 1° de la ley 24.240 vaya a renacer de la mano del artículo 68 de la ley 24.449.-

Pero no son muchas las alternativas que nos quedan, y será un gusto estrenar y defender en tribunales esta sagaz idea de Sobrino. Y ojalá que muchos otros lo hagan, y así logremos convencer a los jueces que dejar sin amparos a las víctimas de accidentes, por su condición de terceros ajenos a una relación jurídica de consumo es grave. Y es malo. Muy malo.-

7. Las críticas a la actual figura del bystander.

Es un hecho prácticamente incontrovertible que la decapitación del bystander se debe al incesante lobby de las poderosas compañías de seguros y al de las empresas de transportes.-

Veamos algunos de los argumentos utilizados y que nos muestran las preocupaciones que había generado ‘el tercero expuesto a la relación de consumo’.-

Volviendo al análisis de las consecuencias de incorporar el concepto de consumidor «bystander» en nuestro sistema, no puede perderse de vista que las empresas de seguros son personas jurídicas creadas con el fin lícito de prestar un servicio, consistente en la asunción de riesgos a cambio del pago de una prima. Resulta entonces en cierto modo contrario a principios constitucionales básicos -tales como el principio de igualdad ante la ley o bien el derecho de propiedad- que deban responder más allá del riesgo asumido al inicio del contrato. Ello así, puesto que las primas son fijadas en la medida de los riesgos cubiertos y, por otra parte, el actuar de las aseguradoras se da en el marco de una póliza aprobada por el propio Estado...Si bien existe una marcada tendencia a la socialización del derecho de daños, ello no puede ir en detrimento de otros actores del sistema, realizando interpretación es de la ley demasiado extensivas que desnaturalicen negocios jurídicos. Es decir, que la aplicación de la ley no debe eximir al juzgador de un cuidadoso análisis de las circunstancias del caso, resolviendo de modo razonable y resguardando por igual los derechos de ambas partes, es decir, tanto del consumidor como del proveedor .Lo contrario implicaría vulnerar garantías constitucionales.(8)

Tomo esta cita doctrinaria porque contiene las críticas que desde siempre se le hicieron a la ley 24.240, y particularmente a la figura del bystander. Los subrayados destacan los pilares de este pensamiento.-

Los enumero:

1) La figura del bystander incorporada a nuestro ordenamiento jurídico perjudica, principalmente, a las empresas aseguradoras;

2) La figura del bystander es inconstitucional porque pone en peligro derechos constitucionales como los de igualdad y propiedad;

3) La figura del bystander obliga a las aseguradoras a cubrir riesgos que no fueron previstos, y pagados, al inicio de la relación contractual con su cliente.-

4) La redacción actual del artículo 1º LDC, es tan excesiva que desnaturaliza el negocio jurídico del seguro;

5) La eliminación del bystander es necesaria para igualar los derechos de los proveedores con los de los usuarios.-

6) Romper el presupuesto central de la Ley 24.240 que establece la existencia de una parte débil y una parte fuerte en la relación de consumo. Negar la asimetría de origen que existe entre los proveedores de bienes y servicios y los usuarios y consumidores. Impedir cualquier fórmula que busque el equilibrio de estas fuerzas dispares.-

8. La defensa del invitado a una decapitación.

Son pocas las dudas que tengo respecto a que la figura del bystander resulta peligrosa fundamentalmente para el sector de prestadores de seguros. En una nota muy lúcida Dante Rusconi explica:

"La extensión con la que ha sido incorporado el 'tercero consumidor' a la Ley 24.240 posibilita, al menos en el plano teórico, que esta figura comprenda también al tercero damnificado en el

seguro de responsabilidad civil. Si el tercero consumidor puede ser todo aquél que de 'cualquier manera' esté expuesto a una relación de consumo, noción que contempla infinidad de inciertos y potenciales legitimados, tal lo visto antes, por qué no considerar que el tercero damnificado, expuesto a la relación de consumo habida entre asegurado y aseguradora, tiene derecho como consumidor y podrá ejercerlo contra la aseguradora del causante del daño. Si un peatón puede ahora demandar al fabricante del vehículo cuyo defecto de fabricación le genera un daño mientras circula por la calle, con quien hasta ese preciso momento no tenía vinculación alguna, por qué no podrá demandar a la compañía aseguradora del embistente. El vínculo en ambos casos es difuso y eventual, el peatón lesionado carece de toda conexión respecto tanto del fabricante del vehículo defectuoso como de la compañía aseguradora del responsable del vehículo generador de accidente y, sin embargo, se encuentra expuesto (de cualquier manera) a ambas acciones de consumo ".(9)

Coincido con el autor en los siguientes puntos que remarco por su claridad:

(i) El bystander tipifica, como ningún otro instituto de nuestro ordenamiento jurídico, al tercero damnificado en el seguro de responsabilidad. Antes de la ley 26.361, ese sujeto damnificado tenía que demandar al agente dañador, contra quien tenía acción directa, y éste, a su vez debía citar en garantía a su compañía aseguradora. La figura del bystander abre la posibilidad de que pueda interpretarse que la víctima del siniestro accione directamente contra la compañía aseguradora.-

(ii) Si el bystander es considerado un consumidor tiene todos los amparos y protecciones que la ley 24.240 le concede a los usuarios y consumidores. Por lo tanto, el damnificado en el seguro de responsabilidad civil, no sólo tendría acción directa contra la compañía de seguros, sino que el reclamo será juzgado utilizando la ley 24.240 que desplaza a la ley 17.418. Es decir, la compañía de seguros pierde dos cuestiones fundamentales; la cuestión de la acción

directa, y la aplicación de una ley que en la mayoría de los casos sienta principios que le son adversos a los proveedores de bienes y servicios.-

(iii) Es incuestionable que un transeúnte que es lesionado en un siniestro automovilístico, cualquiera sea la mecánica o particularidades del siniestro, reúne las dos condiciones que constituyen al bystander; a saber: a.- En primer lugar, es un tercero ajeno a la relación contractual entre el cliente asegurado y la compañía aseguradora; b.- en segundo término es incuestionable que ese tercero, ajeno al negocio jurídico de base entre asegurador y asegurado, es el tercero expuesto por excelencia a esa relación de consumo; c.- Ergo: el damnificado, por ser un tercero expuesto a una determinada relación de consumo es un consumidor y adquiere para sí todos los amparos previstos en la ley 24.240. Entre otros, la legitimación activa para demandar en forma directa a la compañía aseguradora.-

Waldo Sobrino, sin la menor voluntad de disimular su pensamiento, explica esta cuestión con muchos y muy buenos argumentos. También comparto –nuevamente - el criterio que el autor sostiene desde mucho tiempo antes que el resto de la doctrina nacional.-

Este argumento, que ahora comparto con el lector, profundiza el pensamiento tangencialmente explicado en el punto 6 de este ensayo. Por eso vale la pena volver sobre otro artículo del autor donde también expone su criterio. Veamos lo que decía Sobrino en el año 2011: Continuando con todo el análisis antes realizado, es que corresponde ahora estudiar si las víctimas de un siniestro pueden ser consideradas como consumidores de seguros...Ello es así dado que cuando el asegurado contrata un seguro de responsabilidad civil lo hace por una cuestión eminentemente práctica y concreta: tiene un riesgo, al cual él está expuesto como victimario; y -como cara y ceca-hay una persona (todavía desconocida -pero real-) que está expuesta al riesgo de ser dañada. Y para esa «exposición al riesgo» es que justamente el asegurado contrata un seguro de responsabilidad civil (v.

gr. relación de consumo), para cuando llegue el momento en que esa teórica exposición al riesgo se concrete en un daño real y efectivo a una víctima. Para esas circunstancias específicamente se contrata el seguro de responsabilidad civil... Tanto es así que -en nuestra opinión- para la aseguradora el seguro no es un contrato aleatorio, dado que las tasas de prima se cobran de acuerdo a tablas actuariales muy elaboradas, que establecen con bastante precisión la probabilidad de producción de un siniestro (ergo, daño a las víctimas). Así entonces, ab initio si bien la aseguradora no sabe quien será la víctima, sí conoce la posible cantidad de víctimas (a quienes va a tener que pagar el siniestro), basándose en la ley de los grandes números (9) y el cálculo de probabilidades (10), utilizándose todos los conocimientos derivados de la ciencia actuarial (11). De esta manera, cualquier damnificado cuyo dañador esté amparado por un seguro de responsabilidad civil voluntario (12), desde la misma contratación del seguro, está expuesto a dicha relación de consumo. Por ello, es que la víctima de un siniestro de un seguro de responsabilidad civil de carácter voluntario también es un consumidor de seguros. (10)

Hice un resumen de los argumentos presentados para facilitarle las cosas al lector y que pueda ir directo al punto de interés:

(i) La razón de ser de un seguro, que además es obligatorio por ley 24.499, no es otra que reparar los daños ocasionados a una eventual víctima;

(ii) No es cierto que en las primas no sean previstos los daños causados a las víctimas. Si bien ese cálculo no tiene precisión aritmética absoluta, las estimaciones de probabilidad estadística se acercan bastante a esa precisión. Ello determina que desde el inicio de una relación contractual de seguros la compañía aseguradora no conoce la identidad de las víctimas pero sí la cantidad estadística de esas víctimas en un plazo de tiempo.-

(iii) El avance y desarrollo de la técnica actuarial hace que el contrato de seguros sea cada vez en menor medida un contrato

aleatorio. El profesional sabe de antemano y con bastante precisión el universo de reparaciones que tendrá que afrontar.-

(iv) La víctima de un siniestro, por ser un tercero expuesto a la relación de consumo, y al estar comprendido dentro de la definición de consumidor que da el artículo 1° LDC, tiene acción directa contra las compañías aseguradoras de su agente dañador.-

Estas cuestiones fueron las que sacaron de quicio a la corporación de los seguros. Y salieron a hacer lobby. Y, al parecer lograron su cometido. Nuevamente perdió el usuario. Nuevamente se consagra legalmente la impunidad de un sector que parecía invulnerable hasta la sanción de la ley 26.361.-

Si bien la redacción actual podía pecar de una amplitud excesiva, al establecer una premisa tan universal (el que de cualquier manera esté expuesto a la relación de consumo), la nueva fórmula propuesta en la reforma resuelve las polémicas de la peor manera; es decir, trasladando –una vez más - al sector más débil todas las consecuencias adversas del rentable y codicioso negocio del seguro.-

Está claro que el sector de los proveedores de bienes y servicios pugnan por volver al estado de desigual igualdad postulada en el artículo 1197 CC, cuya vigencia arrastra un siglo y medio de inequidades.-

9. Colofón.

Desgraciadamente, nos encontramos frente a un severo retroceso en el ámbito de esta nueva rama del derecho. Quizás no resulte exagerado afirmar que desde su nacimiento en el año 1993, este sea el revés más notable y preocupante que ha padecido el Derecho de los Consumidores en la Argentina.-

Realmente esperábamos más claridad de este anteproyecto y más respeto por la Ley 26.361 de los derechos del consumidor. Nos encontramos con disposiciones ambiguas, algunas con problemas de redacción y otras francamente que responden a los intereses de las

empresas -especialmente compañías de seguros, medicinas prepagas, compañías de transportes, etc. y que son inconstitucionales, especialmente la reparación de daños. Por último, queremos resaltar que el anteproyecto en lo que acabamos de analizar ha perdido sistematicidad, que era lo que poseía como positivo el Código Civil de Vélez Sarsfield (disentir con su contenido) y la reforma del profesor Borda, por lo cual entendemos que este anteproyecto no puede aprobarse a libro cerrado, debe debatirse, especialmente en las universidades públicas y privadas. (11)

Es este el primer artículo de mi autoría que será publicado en 2013. Por eso quiero aprovechar la ocasión, y desearle mis mejores augurios de felicidad y prosperidad al hipotético lector que siempre me acompaña.-

Cuando escribo me complace pensar en un lector atento y amable que siempre mejora el rumbo oscilante de estas redacciones; sé que muchas de las ideas que propongo carecen de la profundidad que requiere una reflexión para dejar de ser una mera insinuación de la vanidad. Esa circunstancia duplica mi gratitud al paciente lector. Y me comprometo en la búsqueda de mejores pensamientos.-

Referencias Bibliográficas

(1) Shina, F. "La Responsabilidad Objetiva: El artículo 1113 del Código Civil". Ediciones Jurídicas de Cuyo. En 2009 publicó " La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado". Ed. Universidad. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor. Ha disertado en diversas conferencias y seminarios sobre el tema.

(2) Como Vladimir Nabokov, Invitation to a Beheading

(3) Dante Rusconi. Manual de Derecho del Consumidor. Abeledo Perrot, año 2010, página 163 y 164

(4) Dante Rusconi. Manual de Derecho del Consumidor. Abeledo Perrot, año 2010, página 163 y 164

(5) Carlos Gherzi. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas? Ed. Microjuris.com. 13 de abril de 2012. Citar MJ-DOC-5755-AR

(6) SOBRINO, Waldo; Ponencia "Las 'Victimas de Siniestros' son 'Consumidores de Seguros' ("...contra lo que pueda parecer, nunca se debe olvidar, que la Constitución Nacional, forma parte del derecho positivo argentino..." -Genaro Carrió-); presentada en el "III° Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Septiembre de 2010.

(7) Waldo Sobrino. Las víctimas de accidentes de tránsito siguen siendo consumidores en el anteproyecto de Código Civil de 2012. Publicado: Diario "La Ley", de fecha 30 de Agosto de 2012

(8) Manzanera, Elina B. Nuevas interpretaciones en materia de derechos del consumidor. Microjuris.com, 23-abr-2012. Cita: MJ-DOC-5762-AR | MJD5762

(9) Dante Rusconi. Manual de Derecho del Consumidor. Abeledo Perrot, año 2010, página 169 y 170.

(10) Waldo Sobrino. Las víctimas de siniestros son consumidores de seguros, publicado en Microjuris.com, el día 28 de octubre de 2011. Cita: MJ-DOC-5579-AR | MJD5579

(11) Carlos Gherzi. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas? Ed. Microjuris.com. 13 de abril de 2012. Citar MJ-DOC-5755-AR

El fallo PADEC y la legitimación activa de las asociaciones para estar en juicios de clase

por Fernando E. Shina.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Cita online: TR LALEY AR/DOC/4590/2013

[Consultado el: 19/07/2021]

Sumario:

I. Introducción.- II. El origen de las equivocaciones. El amparo y los juicios de clase.- III. Padec v. Swiss Medical. La coronación de la legitimación activa para las ONG que defienden a consumidores y usuarios.- IV. De Halabi a Padec. Evolución constante y congruente de la Corte Suprema.- V. El Considerando 16. La identificación del grupo afectado.- VI. La legitimación activa y la ley 24.240.- VII. Los montos en juego.- VIII. Conclusiones.

Un homenaje al impar caballero Tristram Shandy y al maestro Laurence Sterne.

I. Introducción.

1. Siempre me resultó interesante saber por qué nos domina esa tendencia, equidistante entre la saludable obsesión académica y la morbosa delectación por perder el tiempo, a discutir con innecesaria profundidad cuestiones sin importancia, dejando que las cuestiones verdaderamente importantes caigan en un profundo olvido. Como a menudo me ocurre encontré la respuesta en la literatura. En las digresiones.

El arte de la digresión narrativa se define como un ir venir desde y hacia ninguna parte, dejando que las palabras nos lleven de una idea a la otra sin concluir ninguna; como si la idea misma fuera una carrera de relevos en donde el compañero de equipo recibe el testimonio de su predecesor, y continúa la marcha hasta llegar a la meta. Pero, a poco de comenzada la carrera se advierte que su finalización se prorroga indefinidamente; así, el lector intuye el final pero cada intuición es burlada por la aparición de otra idea, que la modifica y le hace tantos agregados que el lector termina por perderla en la memoria, o en la distracción que le ocasiona el nuevo tema; de esta manera, casi circular, los sucesivos eventos que nunca terminan de terminar van ocupando el lugar que deja el otro. Cada reemplazo suma una nueva idea pero, al mismo tiempo, nos aleja de su conclusión. De eso trata la digresión: de distraernos. El texto se nos presenta como un desfile infinito de ideas que aparecen y desaparecen sin ninguna explicación.

2. En la literatura, las digresiones llegaron al éxtasis narrativo de la mano de Laurence Sterne (1) y su magnífica, e inolvidable obra *The Life and Opinions of Tristram Shandy, Gentleman* (2) y cuya aparición data de 1759.

Este maravilloso texto es de tal originalidad que con el paso del tiempo se elevó a la categoría de joya de la literatura universal. En brutal síntesis, el narrador -Tristram Shandy- se esfuerza durante toda la extensa obra (mi edición tiene unas 700 páginas) en darnos explicaciones que, sin embargo, nunca nos explica del todo. Las anécdotas y opiniones de este singular caballero entran y salen del libro sin otro orden que la genialidad del capricho narrador.

A modo de ejemplo, Shandy nos dice al iniciar el Capítulo decimosegundo: "El deudor y el acreedor se diferencia entre sí en el tamaño de sus respectivas bolsas, del mismo modo que el bufón y el objeto de la bufonada se diferencian por sus memorias respectivas. Pero, a este respecto, como dirían los escolásticos, la comparación se refiere a cuatro términos que —dicho sea de paso— se apoya en una

o dos patas más que alguna de las mejores de Homero. Me explicaré en el primer caso...". (3). De esta manera, el impar caballero Shandy sigue meditando durante todo el libro; su única finalidad es distraer al lector y privarlo de una conclusión, como si concluir una idea fuera matarla. ¡Una obra maestra!

3. En el caso de la legitimación activa de las ONG para impulsar acciones de clase, hay algo parecido a la digresión perpetua que propone Sterne. Sin embargo, la genialidad de Shandy es desplazada por una sensación incómoda de estar perdiendo el tiempo. Y créame el lector: no es lo mismo disgregar que perder el tiempo.

La introducción pretende ser una crítica que nos incluya a todos los que hace años trabajamos dentro de esta rama del derecho. Porque es notable comprobar que, durante cinco años, derrochamos esfuerzos de conciencia para determinar si correspondía aplicar la doctrina Halabi para resolver la legitimación activa de las asociaciones pro-defensa de los consumidores y usuarios que impulsan acciones de clase, según las modalidades rioplatenses.

Tampoco está demás decir que esas modalidades, desafortunadamente, incluyen: una legislación caótica, insuficiente y asistemática; la imitación de modelos que no se conocen, o no se entienden, o no nos sirven; la redacción de textos legales que contienen todos los errores que harían repetir de grado a un escolar réprobo, etc. Pero, como dirían los más jóvenes: 'es lo que hay', y con esas normas tenemos que salir a tribunales y dar la batalla que a cada uno nos tocó en suerte o en destino.

4. Así, aturcido por el ruido que producen los murmullos (Y tampoco corresponde equiparar la murmuración a la digresión) no hemos notado que Halabi era una acción de amparo y que las acciones de clase no lo son; más aún: no tienen nada que ver con un amparo. Por tanto, solo por analogía y por la aparición de una laguna debemos buscar soluciones en otro lugar que no sea la propia ley que regula su

funcionamiento (Aun con los defectos e insuficiencias antes señalados).

Todos los que tenemos algo que ver con las acciones de clase locales hemos completado nuestras vacilaciones con las peripecias de Halabi, al que le hemos hecho decir y omitir y silenciar tantas cosas que se ha convertido en una especie de Tristram Shandy urbano, moderno, y leguleyo. Me complace pensar que este reconocimiento metafórico hubiera merecido la aprobación parcial del propio Sterne; porque de alguna forma prueba que sus meditaciones inconclusas fueron eficaces para vencer al tiempo, e inspiradoras para talentos más modestos.

5. Pero volviendo al caso Halabi. Aún en nuestros días sigue siendo usado indistintamente (yo diría solidariamente) por los abogados de los consumidores y las respectivas asociaciones, por los defensores de los proveedores de bienes y servicios, por los jueces de la primera instancia que rechazan las defensas opuestas por los proveedores, por los magistrados que avalan esas defensas y rechazan - sin piedad y menos argumentos - las acciones colectivas. También lo utilizan las distintas Salas de apelaciones que revocan o convalidan esas sentencias de primera instancia. Todos, absolutamente todos, usamos el caso Halabi para transitar el arduo camino de las class actions criollas y justificar con sus contenidos la justeza de nuestro reclamo, o de nuestra defensa, o de nuestra sentencia.

Tanta promiscuidad intelectual obliga a una conclusión lógica. Es obvio que algún bando de entusiastas (me vuelvo a incluir) utilizó mal este precedente, o que alguna camarilla lo interpretó incorrectamente, o que alguna sentencia no debió utilizarlo, o bien - ¿por qué no? que se trata de un veredicto reversible que sirve para decir algo y, en simultáneo, negarlo. Es decir, el fallo Halabi quizás deba ser visto como una genial digresión de las que tanto gustaban a Tristram Shandy. Pero eso equivaldría a decir, sin cinismo, que Halabi no sirvió para mucho más que confundirnos un buen rato.

6. Concluyo esta introducción y el merecido homenaje a este grande de la literatura universal que fue Laurence Sterne con una reflexión más mundana, pero seguramente más útil para el amable lector que todavía me acompaña:

Es sumamente aconsejable que los abogados especialistas (me incluyo de nuevo), y los jueces de las distintas instancias que tengan que resolver acciones de clase presten más atención al artículo 54° de la ley 24.240 que a recitar los considerandos del caso Halabi.

II. El origen de las equivocaciones. El amparo y los juicios de clase.

1) Veamos algunas diferencias entre las acciones de clase y los amparos. En ese orden, hay que señalar que los procesos colectivos —casi siempre — tienen un objeto combinado y múltiple. Porque procuran que una sentencia determine varias cosas; a saber:

a.- Es muy frecuente que se demande por una nulidad, que bien puede ser una estipulación contractual abusiva. Y en este punto no debe olvidar el lector que en nuestros días la comercialización de los bienes y servicios tienen dos características determinantes. Uno es que ese mercadeo a escala se realiza de manera masiva. La otra característica es que todo contrato de consumo es un contrato de adhesión que nunca es negociado por el consumidor. Por ese motivo, no es infrecuente que los contratos de adhesión estén plagados de cláusulas indeseables.

b.- También es usual que la demanda implique un cese de la conducta nociva para evitar daños futuros. La gran ventaja que se puede obtener para el consumidor es impedir que se lo siga engañando. En mi opinión, la prevención hacia el futuro es el mejor resultado que puede esperarse de esta clase de procesos colectivos.

c.- Finalmente, también se intenta reivindicar los daños y perjuicios ocasionados (en el pasado) por la conducta ilícita.

En sumario: en las acciones de clase destaca el objetivo de detener una conducta para que deje de ocasionar perjuicios, y también una intención de recuperar algo de la plata que esa conducta infractora hubiera ocasionado durante todo el tiempo que la prescripción lo permita.

2) El amparo colectivo y la acción de clase colectiva tienen muy poco en común. No tienen, en rigor, nada en común que no sea que en ambos casos hay una pluralidad de intereses afectados. Es decir, el único denominador que emparenta a estas acciones es conceptual: la trascendencia de los aspectos individuales y la prevalencia de lo colectivo. Tanto el amparo colectivo como las acciones de clase se hacen fuertes en los aspectos sociales que los rodean.

Y la Corte Suprema, tanto cuando trató el amparo promovido por Halabi, como al resolver la acción de daños promovida por la asociación Padec puntualizó la importancia de la cuestión individual trascendente. En efecto, en el Considerando 10 de Padec repite lo que había dicho en el considerando 13 de Halabi. Anoto la parte pertinente de ambos considerandos. Verá el lector que son exactamente iguales. Pues bien: esa identidad es la única que existe entre un amparo colectivo y una acción de clase.

Considerando 10 Caso Padec 2013:"... El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho..."

Y

Considerando 13 Halabi 2009: "...El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como

ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho."

Para concluir definitivamente la cuestión de las similitudes, la Ministra Argibay en el considerando 5° de su voto propio dice:

Considerando 5° del voto propio de la Ministro Argibay: "Que de tal modo, el Congreso ha creado una acción, que no es estrictamente una acción de amparo, a favor de las asociaciones de consumidores y usuarios cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores y usuarios" (Art. 55, de la Ley N° 26.361) que no se ve impedida por la circunstancia de que existan consumidores o usuarios con un interés patrimonial diferenciado e incluso contrapuesto con el defendido por la asociación accionante, pues contempla una vía por la cual dichos intereses pueden ser puestos a salvo de la cosa juzgada mediante una oportuna petición de exclusión."

Veamos los aspectos más importantes de reflexión de la Ministra:

a.- Las acciones de clase están expresamente previstas en la ley 24.240 y no deben ser confundidas con los amparos colectivos que participan de otra naturaleza jurídica y otra legislación;

b.- Las asociaciones están legitimadas para llevar adelante estas acciones por imperio del artículo 55° LDC. (Más adelante se hará un desarrollo más extenso de este concepto);

c.- La circunstancia de que cada miembro del colectivo tenga un interés diferenciado no es un impedimento para la procedencia de las acciones de clase. (4)

3). Es probable que la confusión entre las acciones de clase y los amparos colectivos que intenté desarrollar en este Capítulo, sirva para explicar que hayamos usado con tanta promiscuidad las ideas embrionarias que la Corte dejó al resolver Halabi

No obstante, debo admitir que Ernesto Halabi abrió una puerta que estuvo cerrada durante años, y por ese solo movimiento hacia el futuro se merece la fama que hoy le toca y que estimo será duradera.

4) A pesar de que mis recuerdos siempre superan en alegrías a mis proyectos, voy a intentar una fórmula optimista para terminar este Capítulo que habla de confusiones. Pero, el hecho de haber perdido cinco años buscando una solución (en verdad, tratando de evitarla) para una cuestión tan sencilla que podía resolverse en los escasos segundos que demora la lectura del artículo 55° de la Ley 24.240, prorroga la llegada de ese optimismo que anhelo.

Y como si esto fuera poco, debo decirle al lector que ni siquiera el reciente fallo Padec dictado por la Corte el pasado 21 de agosto de 2013 puso fin a esta interminable discusión sobre la legitimación activa de las asociaciones para actuar en juicios de clase. Porque son muchos los fallos que, a posteriori de ese veredicto de la CSJ, siguen dictaminando sobre la legitimación activa de las ONG exactamente igual a como lo venían haciendo antes de Padec

Pero, a pesar de esas indiferencias, la Corte Suprema volvió a dictaminar sobre la cuestión. Y, en mi humilde opinión, lo más destacado del fallo Padec no es la repetición de lo que ya se había dicho en Halabi, sino el voto propio de la Ministra Argibay quien en el considerando 5 parece decirnos: no discutan más banalidades, y lean la ley. También es notable y auspicioso lo resuelto en el considerando 16 del voto de la mayoría. Más adelante presentaré un desarrollo más extenso de estos considerandos. Pues en ellos baso mi optimismo siempre moderado y tacaño.

III. Padec v. Swiss Medical. La coronación de la legitimación activa para las ONG que defienden a consumidores y usuarios.

1) En el caso Padec c/ Swiss Medical, de fecha 21 de agosto de 2013 la Corte Suprema de la Nación consolidó su criterio favorable a conceder legitimación activa a las asociaciones de defensa de los usuarios. Como más adelante se explica, esa doctrina siguió el camino de otros dos precedentes dados por esta misma Corte en los últimos años. En efecto, entiendo que el fallo Padec es congruente con los precedentes Halabi (2009) y Cavalieri (2012).

Esto significa que al momento de redactar este ensayo, que no hace más que distribuir las incertidumbres propias de las innovaciones, hay tres fallos de la Corte Suprema y una ley vigente que auspician esa legitimación.

2) Pero, sin embargo, y como señalara más arriba, todavía hay muchos jueces de primera instancia (sobre todo en el fuero comercial) y varias Salas de ese mismo fuero que siguen dictando sentencias sin mencionar la existencia de esa doctrina consolidada de la CSJ.

Lo asombroso es que esos mismos fallos siguen hablando de Halabi (2009) que es un amparo y que tiene muy poco que ver con las particularidades de los casos que en concreto están resolviendo, y no mencionan ni una palabra del caso Padec, que trata sobre la nulidad de una estipulación contractual abusiva y dañina.

En una palabra, son sentencias antojadizas, dogmáticas, prescindentes de criterios dados por los tribunales superiores y, peor aún, prescindentes de los textos legales. A su turno, deberán ser revisadas por la Corte Suprema, con alguna advertencia que les indique a los jueces que para apartarse del criterio del superior jerárquico es necesario presentar razones más trascendentes que la opinión personal.

3) En lo personal, pienso que estas reticencias más rápido o más tarde van a ceder; y esos jueces, morosos de modernidad, deberán ajustar su temperamento a las nuevas necesidades sociales. Un juez

que no acompaña el movimiento lento pero constante de la sociedad no puede servirle porque todo pensamiento estático deviene anacrónico,

Y digo esto con el mayor respeto, pero también con la firme convicción de que los juicios colectivos vinieron para quedarse y no es probable que vayan a desaparecer. Por tanto, hay que extremar esfuerzos para entenderlos y favorecer su tramitación. Es preciso que las reglas sean más claras para todos; y —sobre todo - las relaciones de consumo más transparentes para sus verdaderos beneficiarios: los consumidores y usuarios de la Argentina. Es decir: todos nosotros.

4) Por el contrario, pronóstico que en el tiempo que viene las acciones de clase irán aumentando en cantidad, y también en la complejidad de sus contenidos. Y está muy bien que así ocurra porque su utilidad en el sofisticado escenario de las relaciones de consumo es insoslayable. Piense el lector que cada compañía líder de telefonía celular tiene aproximadamente 20 millones de clientes. No podemos resolver asuntos de la nueva era tecnológica con códigos rituales decimonónicos y con ideologías rancias y obsoletas. Es el tiempo que nos pasa a la asombrosa velocidad que internet le impone a nuestras vidas. Y no tiene remedio. O nos adaptamos o nos retiramos del juego.

IV. De Halabi a Padec. Evolución constante y congruente de la Corte Suprema.

1) Como decía, tres son los fallos más recientes que forman la doctrina de la Corte relacionada con la legitimación activa de las ONG para actuar en juicios colectivo. Uno, que es emblemático porque inició un camino sin retorno a favor de la legitimación de las asociaciones (Halabi 2009). El otro fallo, a pesar de su resultado negativo, es congruente con el que lo precede (Cavalieri 2012). Porque, recordemos al lector, que en Cavalieri la Corte desestimó la legitimación activa de la asociación por no verificarse una condición que, si se verificaba, la hubiera legitimado. Es decir: en el caso

Cavalieri la legitimación activa de las asociaciones estaba aceptada contrario sensu.

Y finalmente, el 21 de agosto de 2013, la Corte se expidió por tercera vez consecutiva sobre la legitimación activa en favor de las Asociaciones. (Padec).Y esta vez lo hizo de manera contundente, repitiendo los conceptos centrales elaborados en Halabi y agregando nuevas precisiones en un fallo que marcará un antes y un después en el mundillo de quienes nos dedicamos a las acciones de clase criollas.

En sumario: el criterio de la Corte Suprema, frente a la legitimación de las ONG quedó definitivamente consolidado con el dictado del veredicto en la Padec del 21 de agosto de 2013.

Veamos más detenidamente esta evolución histórica, haciendo un breve comentario de los precedentes para luego analizar en extenso el fallo Padec.

1) Halabi Ernesto c/ P.E.N. Ley 25873 dto.1563/04) es el precedente que comienza a fijar las bases de una doctrina favorable a la legitimación activa de las asociaciones en materia de intereses individuales homogéneos. Las bases de esa doctrina están, en mi opinión fundadas en el considerando 12:

Considerando 12 Halabi: Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos 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. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Este el considerando es el que más avanza en materia de acciones colectivas. En él se fijan los siguientes aspectos relevantes; a saber:

a.- Se delimita la tercera categoría de derechos, integrada por aquellos que siendo divisibles e individuales que se transforman en homogéneos por la existencia de una causa única de afectación común.

b.- Esos derechos, divisibles pero homogenizados, tienen derecho a la tutela efectiva prevista en los diversos artículos de la ley 24.240,

c.- Es razonable que una misma sentencia, de efectos expansivos a toda la clase, solucione de un solo golpe el problema cuando sea posible identificar la existencia de una causa única que afecta a una pluralidad relevante de individuos.

2) Caso Cavalieri. El segundo precedente de la CSJ es Cavalieri Jorge y otro c/Swiss Medical s/amparo" del 26 de junio de 2012 (C. 36, L. XLVI). En Cavalieri, la Corte se pronuncia otra vez a favor de la legitimación de las asociaciones a las que se refiere el artículo 43 de la Constitución Nacional.

En Cavalieri la CSJ reitera su doctrina, porque en el Considerando 6° señala que ya tuvo oportunidad de expedirse:

Considerando 6 Caso Cavalieri: "Que esta Corte ha tenido oportunidad de expedirse en torno de la legitimación procesal en

acciones tendentes a la defensa de intereses individuales homogéneos en el precedente Halabi...

La remisión que hace la Corte a otro precedente (Halabi), donde había resuelto afirmativamente la cuestión referida a la legitimación, no puede significar otra cosa más que la consolidación del criterio positivo sobre esa cuestión. Porque, además de afirmarse que las asociaciones pueden defender válidamente los intereses individuales homogéneos, el Superior establece que, conforme lo decidido en Halabi, la procedencia de este tipo de acciones requiere:

- 1) La verificación de una causa fáctica común;
- 2) Una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los hechos
- 3) La constatación de que el ejercicio individual no aparezca plenamente justificado.

Sentados estos requisitos, en el considerando 7) la Corte dice: : Que en autos no concurre el primero de los presupuestos mencionados, toda vez que la asociación no ha logrado identificar la existencia de ese hecho -único o complejo- que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos.....En tales condiciones, no se advierte que la situación planteada ...lesione intereses individuales homogéneos que la asociación pueda válidamente defender al no extraerse siquiera de manera indiciaria la intención de la prepaga de negarse sistemáticamente a atender planteos de sus afiliados semejantes a los del señor Cavalieri (Ver Considerando 7. Los subrayados son propios).

Para terminar con el caso Cavalieri, es preciso mencionar que se resolvió que la asociación NO tenía la legitimación activa necesaria para estar en autos. Pero, la negativa del tribunal no se debió a cuestiones conceptuales, sino a limitaciones de la prueba aportada por la actora. Efectivamente, en Cavalieri, la asociación actora no logró

probar la existencia de un hecho único que afecte a una pluralidad relevante de intereses. Y por eso se le negó la legitimación. Pero, si esos requisitos se hubieran acreditado, indudablemente, la asociación hubiera sido legitimada para actuar en el pleito.

3) Caso Padec. El tercero de los casos dictados por la CSJ es la causa Padec c/. Swiss Medical del día 21 de agosto de 2013. Se propone, a modo de cierre, un breve análisis de los argumentos centrales utilizados nuevamente por la CSJ en Padec; a tal fin citamos los considerandos 9 y 13.

"9) Que esta última categoría de derechos se encuentra admitida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional e incluye, entre otros, los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y a los derechos de sujetos discriminados. En estos casos puede no haber un bien colectivo involucrado, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea" (PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales — Corte Suprema de la Nación del 21 de agosto de 2013 - P 361 XLIII. Los subrayados son propios).

"13) Que, en este orden de ideas cabe destacar que la asociación actora tiene entre sus propósitos... 'la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados de jerarquía constitucional...' y ...'la defensa de los derechos de los consumidores cuando sus intereses resulten afectados y/o amenazados, mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales...En consecuencia, no se advierten óbices para que deduzca, en los términos del párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional, una acción colectiva de las características de la intentada en autos.'"(PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales — Corte

Suprema de la Nación del 21 de agosto de 2013 - P 361 XLIII. Los subrayados son propios).

En Padec la CSJ ratifica los siguientes criterios en materia de acciones colectivas; a saber:

(i) Se mantiene la clasificación tripartita de los derechos dada en Halabi, sosteniendo la existencia de una categoría de derechos individuales, de incidencia colectiva, pero homogéneos;

(ii) Esta categoría de derechos encuentra protección constitucional en el segundo párrafo del artículo 43 de la CN norma que expresamente legitima a las asociaciones de defensa del usuario y consumidor —entre otros legitimados— para ejercer la efectiva tutela de sus derechos;

(iii) la circunstancia de tratarse de derechos individuales y enteramente divisibles no es óbice para la procedencia de la acción colectiva;

(iv) Lo relevante para definir la existencia de derechos individuales homogéneos es la identificación certera de una causa única de afectación;

(v) Los derechos de los usuarios y consumidores tienen raigambre constitucional toda vez que son específicamente receptados por el artículo 43° de la CN;

(vi) El considerando 12 de Padec no deja margen para dudas, con relación a los sujetos legitimados para iniciar y tramitar acciones de clase. Lo anoto:

"Que, en cuanto los sujetos habilitados para demandar en defensas de derechos como los involucrados en el sub lite, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya

citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano..." (CSJN. Fallos XLIII Padec c/ Swiss Medical, del 21 de agosto de 2013. El subrayado es propio).

Es tan claro el fallo que obliga una sola conclusión: al mismo tiempo que legitima a nuestra defendida deslegitima la sentencia que se apela; ello, por los siguientes motivos:

(i) No deben confundirse las acciones de clase, que tienen regulación legislativa propia y autónoma con la acción de amparo que guió el caso Halabi;

(ii) La legitimación de las asociaciones surge de la una ley correctamente sancionada por el Congreso de la Nación en ejercicio de sus atribuciones;

(iii) La legitimación activa de las asociaciones surge, no de una interpretación pretoriana sino por imperio del artículo 55° LDC.

(iv) Las acciones de clase no tienen ninguna incompatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico;

(v) El fundamento constitucional de esta clase de acciones surge del artículo 43 de la CN;

(vi) De paso, la Corte nos anticipa un pronóstico que debemos atender seriamente: estamos yendo derecho a un sistema de juicios colectivos similar al desarrollado en Estados Unidos.

2) La causa única de afectación. Otra de las cuestiones que quedó firme con el fallo Padec es que lo trascendental en materia de acciones colectiva no es la diversidad del daño padecido, sino la existencia de un hecho único que cause la lesión a una pluralidad de derechos individuales. Este criterio presentado en Halabi fue ratificado en Padec. Veamos.

Considerando 13 Halabi: Que la procedencia de este tipo de acciones requiere 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 aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

Considerando 10 Padec: 10) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere 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 aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. De manera que, el primer elemento a comprobar es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido

como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los Artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

En definitiva, el núcleo de las acciones de clase está dado por tres cuestiones; ellas son:

a.- Existencia de una causa fáctica común;

b.- La trascendencia de los aspectos individuales;

c.- Impedir que se bloquee el acceso a la justicia, ya sea porque el monto del pleito sea de menor cuantía o porque el sujeto involucrado sea vulnerable al punto de requerir tutela de leyes protectorias.

V. El Considerando 16. La identificación del grupo afectado.

La Corte Suprema le dedica una buena parte del considerando 16 a explicar la dinámica de las acciones de clase, y como se ponen en marcha a través del artículo 54° LDC.

Veamos.

"Que, finalmente, se impone señalar que el tribunal de origen deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del artículo 54 de la ley 24.240. A tales efectos, deberá: identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso, arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio..." (CSJ — FALLOS —P 361 XLIII. Padec c/ Swiss Medical, del 21 de agosto de 2013).

En una palabra, la Corte Suprema les encomienda a los jueces de instancia:

- a. Identificar a la clase;
- b.- Controlar la idoneidad del representante de la clase;
- c.- Organizar un procedimiento que garantice la notificación de la clase previamente identificada.

En pocas palabras, la Corte Suprema señala que los jueces de grado deben cumplir lo establecido en el artículo 54° LDC.

Este considerando, en mi opinión, es de suma importancia porque buena parte de las defensas intentadas por el sector de los proveedores de bienes y servicios se basa en que la indeterminación del grupo anula la posibilidad de tramitar el proceso colectivo. También debo admitir, a desgana, que algunos fallos hicieron lugar a este equivocado argumento.

Hemos rebatido esas defensas y hemos apelado esos fallos, explicando una y otra vez que el grupo, si bien está indeterminado al inicio de la demanda, es absolutamente identificable luego de la prueba. Es la propia compañía la que proveyó el servicio defectuoso o vendió el producto vicioso. La empresa sabe mejor que nadie a quién engaña. Más aún lo tiene identificado al detalle, con altas, bajas y modificaciones. Piense el lector en un usuario de seguros que firma un contrato que contiene cláusulas abusivas, ¿acaso la compañía no sabe quién es cada uno de sus clientes que firmó el contrato malo?

Por otra parte, y para cerrar el círculo, el artículo 53° LDC establece: "Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio." Pues bien,

una buena parte de esa colaboración consiste en identificar a los posibles afectados.

Y la Corte Suprema se hace eco de esta situación. Por eso en el importantísimo considerando 16 les dice a los jueces de grado que la indeterminación provisoria de la clase es motivo para que incrementen los esfuerzos para precizarla, y no para desestimar la acción. Veremos en los próximos meses si los Magistrados acatan o no esta manda del Superior contenida en el considerando 16 del caso Padec.

VI. La legitimación activa y la ley 24.240.

En su voto propio, al que hacía mención al comienzo de este ensayo, la Ministra Argibay acierta al decir que la cuestión referida a que la legitimación a favor de las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios, no es una cuestión de libre interpretación, sino que se trata de un aspecto claramente establecido por la ley:

"Al ser ello así, la legitimación activa de la entidad surge directamente del art. 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional del amparo en relación con este tipo de derechos, para promover el dictado de una sentencia con efectos sobre todo un grupo de personas que no son parte en el juicio..." (CSJ — FALLOS —P 361 XLIII. Padec c/ Swiss Medical, del 21 de agosto de 2013.).

Como antes decía, hemos perdido casi cinco años discutiendo algo que estaba escrito en la ley con una claridad que eximía de cualquier interpretación. Repito la cita, porque es elocuente: "...la legitimación activa de la entidad surge directamente del art. 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional del amparo..."

La Ministra da cuenta de que esta larguísima discusión referida a la legitimación activa de las asociaciones para impulsar juicios de clase, ni siquiera debió comenzar porque la ley en un párrafo la concluye.

VII. Los montos en juego.

Otro clásico error que venimos padeciendo quienes actuamos en acciones de clase a favor de usuarios y consumidores, está referido al monto de los reclamos. En este caso, es común que algunas sentencias rechacen la acción porque las sumas dinerarias involucradas en el pleito no son de menor cuantía; por el contrario, en algunos casos son cifras abultadas.

Pero, en mi opinión, también en el caso de los montos en juegos, parte de la doctrina y la judicatura está equivocando su interpretación del caso Halabi.

Se malinterpreta a la Corte Suprema cuando trata esa cuestión en el considerando 13 de Halabi. (Que se repite en el Considerando 10 de Padec c/ Swiss Medical. Veamos.

Considerando 13 Halabi). "...Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos..." (Halabi Ernesto c/ P.E.N. Ley 25873 dto.1563/04).

Considerando 10 de Padec: Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente

protegidos.. (Padec c/ Swiss Medical — CSJ — Fallos P 361 — XLIII, del 21 de agosto de 2013)

La Corte, efectivamente, supedita la procedencia del reclamo colectivo a que el interés individual, por ser tan escaso, no justifique la promoción de una demanda. Pero, también aclara que esa condición no resulta aplicable cuando se está frente a reclamos que afectan — entre otras — a las relaciones de consumo y, en general, a grupos vulnerables o débiles.

Es decir, la Corte Suprema evalúa dos conceptos de relacionados con el acceso a la justicia:

a) el interés individual afectado y su relación económica con una tramitación judicial;

b) el grupo afectado y su vulnerabilidad.

Por el contrario, algunos doctrinarios, y algunas sentencias examinan uno solo uno de esos elementos (la cuantía del reclamo) prescindiendo del segundo (la vulnerabilidad subjetiva). Desde luego, esa omisión de una cuestión tan importante esteriliza el argumento utilizado para negar la legitimación activa de las asociaciones.

VIII. Conclusiones.

Para evitar la enorme tentación de que mis vacilaciones sigan el camino del Caballero Shandy, presento estas breves terminaciones que procuran concluir ordenadamente el trabajo y también orientar al lector.

1) No deben confundirse las acciones de clase con los amparos colectivos;

2) Las acciones de clase en nuestro país están reguladas en la ley 24.240, específicamente en los artículos 54 y siguientes de la LDC;

3) Las ONG que actúan en defensa y representación de usuarios y consumidores están legitimadas para llevar adelante acciones de clase;

4) La legitimación activa les viene por imperio del artículo 55° de la LDC;

5) En distintos fallos la CSJ estableció que tres eran los elementos indispensables para la procedencia de las acciones de clase; a saber: a) causa única de afectación; b) interés trascendente de la esfera individual; c) favorecer el acceso a la justicia;

6) La Corte Suprema elaboró una doctrina sobre las acciones de clase que se inicia con Halabi en el año 2009, continúa con Cavalieri en el año 2012, y concluye con Padec, en agosto de 2013;

7) Es tarea de los jueces de instancia, colaborar para identificar perfectamente a la clase; asimismo los magistrados deben organizar métodos de notificación que sean eficientes para llegar a la mayor cantidad posible de miembros de la clase.

Referencias Bibliográficas

(1) Laurence Sterne, escritor inglés (1713-1768). Es admirable la corta biografía del escritor. Se trata de uno de los escritores más influyentes de la literatura inglesa que, sin embargo comenzó a escribir cuando tenía más de 40 años y murió con menos de 60 Su obra más destacada es, sin dudas, Tristram Shandy. Ese memorable libro se puede conseguir fácilmente en las distintas ediciones que circulan por las buenas librerías de Buenos Aires.

(2) Vida y opiniones del Caballero Tristram Shandy.

(3) Vida y Opiniones del Caballero Tristram Shandy. Ed. Cátedra, año 1996, página 86

(4) Es de esperarse que los jueces que entienden en asuntos de clase hagan una buena lectura de este considerando porque son muchos los fallos que, equivocadamente, rechazan acciones colectivas fundando la negativa en el interés diferenciado de cada uno de los miembros de la clase.

Las Asociaciones de Defensa de los Consumidores

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial - DC1D3C

[Consultado el: 16/07/2021]

Sumario:

1) La legitimación. 2) La autorización para funcionar. 3) Las restricciones legales impuestas a las asociaciones. 4). Los reclamos sustanciados en las asociaciones.

En el Derecho del consumidor, las instituciones no gubernativas, que se dedican a la defensa y protección de los usuarios y consumidores, ocupan un rol muy importante. Todas estas organizaciones actúan con la debida autorización del Estado, siendo obligatorio que se inscriban en un Registro especial.

Toda la actividad que realizan las asociaciones de defensa del consumidor es rigurosamente controlada por el Estado; en la mayoría de los casos requieren asistencia estatal para cumplir su objetivo de defensa y protección de los consumidores.

La actividad de estos entes está regulada en el artículo 55° a 58° de la ley de defensa del consumidor. Analizaremos someramente cada una de estas normas:

1. La legitimación.

El artículo 55°.

Art. 55 - Legitimación. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley. Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita.

a) Legitimación Activa. Se desprende del artículo en comentario que las personas jurídicas, debidamente inscriptas y reconocidas por la autoridad de aplicación –federal y local –, tienen una función primordial: representar a los usuarios y consumidores afectados en una relación de consumo. Estos organismos realizan una tarea fundamental que no podría realizar el Estado, o que de hecho no realiza: representar a los usuarios en todas las acciones colectivas que actualmente tienen lugar en nuestro medio. Esta legitimación surge nítida en el texto del artículo. Sin embargo, hace casi diez años que se discute su legitimación activa para estar en juicios colectivos. Y lo más extraño es que todavía haya jueces que siguen insistiendo en deslegitimar el accionar de estos organismos.

No nos molesta el disenso y mucho menos el debate, pero sí el dispendio jurisdiccional y la irritante pérdida de tiempo. No es justo que existiendo fallos de la CSJ tan claros y contundentes, los jueces de grado y algunas salas de apelaciones se den el innecesario lujo de ignorarlos por completo, como si no existieran y como si no fueran dados por Tribunales de Superior jerarquía. Se debe evitar el derroche de tiempo y dinero que implica llegar hasta la Corte Suprema. No es lógico que algunos jueces se nieguen a evolucionar o quieran imponer su propia evolución a una sociedad que les reclama un ritmo evolutivo más intenso. Los debates, en todo caso, se deben dar en los ámbitos

académicos, no en las oficinas en donde se nos paga para cumplir un trabajo.

Pero estas opiniones negativas, día a día quedan más rezagadas por la aparición de nuevos fallos de la CSJ que falla a favor de la legitimación que ellos niegan. El tema es tan claro y evidente que en la causa Padec c/ Swiss Medica, la entonces Ministra Argibay se detuvo sobre esta circunstancia y en su voto propio dijo: “Al ser ello así, la legitimación activa de la entidad surge directamente del art. 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional de la acción de amparo con este tipo de derechos , para promover el dictado de una sentencia sobre todo un grupo de personas que no son parte el juicio, conclusión que, cabe acorar, no implica abrir juicio sobre el fondo del asunto.” (2).

En definitiva, la legitimación activa de las asociaciones está prescripta por la ley positiva vigente, conforme lo establece el artículo que comentamos. También se muestran contestes con esa letra legal, la mayoría de las Salas de apelaciones de los distintos fueros. La Corte ha sido tan clara frente a la legitimación de las ONG que ya se puede hablar de una verdadera doctrina judicial consolidada.

Por todo esto es que nos preguntamos, ¿qué más hace falta para que la insistencia de una idea que contradice todos estos sustentos sea considerada una simple opinión personal sin utilidad jurídica? Mientras tanto, seguimos tardando años y años a la espera de un fallo de la Corte Suprema que debería resolverse en dos o tres semanas en las instancias de grado.

b) La gratuidad. La segunda nota que se destaca en la norma es la gratuidad que gozan las asociaciones en el marco de su intervención judicial. Los alcances y los efectos de la gratuidad también son discutidos por los mismos juristas que se oponen a la legitimación activa de las ONG pro-consumidores. La Corte Suprema (en varias causas) se pronunció sobre la gratuidad amplia,

equiparable en sus efectos y consecuencias al beneficio de litigar sin gastos regulado en los artículos 78 y siguientes del CPCN.

Los textos legales, la doctrina de la CSJ y nuestra absoluta convicción nos llevan a sostener que las asociaciones –legalmente autorizadas–, pueden litigar en favor de los usuarios y usuarios en forma absolutamente gratuita, lo que incluye tanto el gravamen de acceso a la justicia, como los demás gastos que irroge la tramitación del proceso.

2. La autorización para funcionar.

El artículo 56°.

Art. 56.- Autorización para funcionar. Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Se entenderá que cumplen con dicho objetivo, cuando sus fines sean los siguientes:

a) Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor;

b) Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores;

c) Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos;

d) Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo;

e) Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados;

f) Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés;

g) Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores;

h) Promover la educación del consumidor;

i) Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.

Las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios (en adelante asociaciones) deben cumplir dos trámites esenciales antes de ponerse en funcionamiento. En verdad son tres, porque antes que nada deben estar constituidas bajo la forma de una persona jurídica, siguiendo las regulaciones que ello implique. Luego, esa persona ideal debe tener una finalidad específica. Finalmente, cumplidos esos recaudos previos, el organismo debe solicitar autorización para actuar como una asociación de defensa del consumidor, ante la Autoridad de aplicación correspondiente a su jurisdicción.

Las asociaciones, para obtener la autorización deben tener que cumplir un objeto específico, que incluya:

(i) Defensa. Las asociaciones deben estar capacitadas para actuar en defensa de los derechos, individuales y colectivos, de los usuarios.

Este recaudo debería ser materia de reflexión de los doctrinarios que se quejan de la proliferación de juicios de consumo,

sin advertir que la propia Ley 24.240 les exige que estén listas para hacer los reclamos judiciales o. Y si no son aptas para emprender seriamente esas acciones no podrían recibir la autorización de la Autoridad de Aplicación.

(ii) Información. No nos cansamos de repetir que el gran déficit de las relaciones de consumo es el poco conocimiento que los usuarios tienen (tenemos) sobre las cosas que consumen. Ese desconocimiento es cuidadosamente alimentado por los proveedores de bienes y servicios que ofrecen información escasa y defectuosa sobre los productos que comercializan. Por eso no sorprende que las asociaciones deban tener la misión central de informar las cuestiones que usualmente se disimulan o se ocultan, para comercializar bienes y servicios. En muchos aspectos, la información es la contracara de la publicidad engañosa. Más aún, todas las publicidades constituyen una información defectuosa, pero desgraciadamente han ocupado el lugar de la información ausente. En pocas palabras: quien nos informa sobre las limitaciones y riesgos del producto es la misma persona que nos vende el producto.

(iii) Educación. La educación es uno de los pilares fundamentales del crecimiento de una nación. Los sistemas educativos públicos eficientes y rigurosos son la única herramienta que tienen los países para progresar. Dicho de otro modo: sin educación no hay progreso. Y exactamente lo mismo debe decirse del consumo que, en definitiva, no es otra cosa que una expresión cultural. Las personas consumen mejor y en forma más dichosa cuando están bendecidas por la educación de excelencia que, afortunadamente tuvimos y que desgraciadamente perdimos por nuestra inexplicable indiferencia.

En ese contexto, las asociaciones deben propiciar planes educativos y mejorar la construcción cultural que exigen las sociedades de consumo modernas. Ello, en congruencia con el artículo 60° LDC.

En definitiva, para funcionar como una organización de defensa del consumidor hay que hacer varias cosas. Primero, hay que constituirse como persona jurídica, luego tener una finalidad educativa y solidaria con los sectores más desaventajados de la sociedad de consumo; finalmente, debe solicitarse autorización a la autoridad de aplicación que deberá otorgarla o denegarla por resolución fundada.

Son tantos, y tan rigurosos los obstáculos que hay que sortear para ser una asociación de defensa de los consumidores que autores como Farina hablan de una doble autorización: “La norma en comentario dispone que la asociación de consumidores y usuarios debe ‘requerir autorización’ a la autoridad de aplicación, lo cual implica para estas entidades la necesidad de una doble autorización: la común, para actuar como asociación con personería jurídica, que otorga el pertinente órgano local de fiscalización estatal (art. 33, parr. 2º, Cód. Civil), y la específica que otorga la autoridad de aplicación de la ley 24.240(arts. 41 y 42) para poder actuar conforme a las atribuciones que le confiere esta ley.”(3)

El segundo cuerpo del artículo 56º contiene 9 incisos. Ellos se refieren a las actividades que debe realizar una asociación. No creemos que se trate de una enunciación taxativa, ni que su incumplimiento genere otra cosa que no sea el acostumbramiento a dictar leyes abstractas cuyo cumplimiento nadie exige. Es decir: es otra norma vacía de contenido. Los objetivos genéricos impuestos a las asociaciones (defensa, información, y educación de los usuarios y consumidores) eran suficientes para definir su ámbito de acción.

Los incisos que se agregan al artículo no presentan ninguna complicación interpretativa, pero tienen todas las complicaciones de los enunciados que se enuncian por la sola conveniencia de enunciarlos. En verdad, el último de los incisos confirma la inutilidad de los 8 incisos que lo preceden. En efecto, la última estipulación dice: i) “...Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.”

Si las asociaciones deben realizar cualquier acción tendiente a favorecer a los consumidores y usuarios, ¿qué necesidad había de incorporar una lista de tareas que muy pocos cumplen, y nadie puede controlar su cumplimiento? ¿Para qué generar dudas y confusiones sobre si los enunciados son taxativos y exigibles o si se trata de un recitado de generalidades para encender inmoderados aplausos que retumben en la conciencia hasta ensordecirla?

Veamos, el inciso e) dice: “Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados...”

Analicemos un poco estas cuestiones tan incómodas. El artículo 40^a bis LDC, utiliza para fijar el daño directo una pena máxima que a su vez se mide de acuerdo a variables ofrecidas por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDECS). Pero ese organismo está fuertemente sospechado (eufemismo que enuncia una completa certeza) de arruinar deliberadamente todas las estadísticas nacionales. Entre otros desastres memorables, el organismo ha devaluado falsamente los montos necesarios para llenar una canasta básica que es la utilizada para fijar la indemnización del daño directo.

Para que se entienda bien esta situación bochornosa: si la unidad de cálculo indemnizatorio es el precio de una canasta básica que el Organismo dice que vale \$ 3 pero que todos saben que vale \$ 6(4), se le está reduciendo en un 100% el cálculo indemnizatorio a quien reclama en la sede administrativa. Por ejemplo si la sentencia lo premia con 3 canastas básicas de indemnización, se le asignarán \$ 9 cuando en verdad debe recibir \$ 18.

En sumario. Es el propio organismo que debe atender los reclamos de los usuarios y consumidores es uno de los proveedores que más los defrauda. ¿Acaso alguna asociación demandó al INDEC por semejante fraude a los usuarios? Desde luego que no, y si lo hiciera sus días estarían contados. Pero tampoco lo hizo ninguno de los otros legitimados para actuar en defensa de intereses colectivos,

como el Defensor del Pueblo, o el Ministerio Público Fiscal, conforme los autoriza expresamente el artículo 52° LDC.

Por eso siempre decimos que las relaciones son una cuestión cultural, y que sus efectos y alcances trascienden la esfera individual. Estamos todos involucrados en la difícil tarea de sacar a la República de sus ostensibles atrasos que nos perjudican a nosotros y a las generaciones venideras.

3. Las restricciones legales impuestas a las asociaciones.

El artículo 57°.

Art. 57. - Requisitos para obtener el reconocimiento. Para ser reconocidas como organizaciones de consumidores, las asociaciones civiles deberán acreditar, además de los requisitos generales, las siguientes condiciones especiales:

- a) No podrán participar en actividades políticas partidarias;
- b) Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva;
- c) No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras;
- d) Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios.

La norma, cuyo contenido auspiciamos sin reservas, establece pautas muy claras y contundentes que pueden subsumirse en una sola: las asociaciones de defensa del consumidor y usuario NO puede financiarse con los medios que habitualmente utilizan las empresas. Y ello es lógico. Las ONG pro-consumidores son organismos que deben luchar en tribunales contra esas empresas, no financiarse como ellas en el mercado del consumo; deben representar intereses de

terceros, no venderles un producto a esos terceros; deben atender usuarios afectados, no captar clientes para luego afectarlos. En definitiva: la ley trata de evitar por todos los medios que estos organismos tengan un funcionamiento siquiera similar al de una empresa.

Veamos una por una las restricciones que tienen estos organismos:

a) Políticas. Estamos de acuerdo con esta restricción. Como ya fue dicho una y otra vez, pensamos que las relaciones de consumo tienen una fuerte raíz cultural y social. Ello trasciende, y por tanto incluye, a todas las expresiones políticas y partidarias sin distinguir. Es correcto que se obligue a las ONG a una neutralidad política partidaria. El Estado, a través de sus autoridades delegadas, les confiere a las asociaciones una amplia legitimación para actuar en defensa de los consumidores; cualquier militancia que no sea la propia del objetivo de la asociación desvirtuaría su labor y perjudicaría a los ciudadanos consumidores.

b) Económicas. También compartimos estas restricciones. Las asociaciones deben representar intereses de los usuarios y consumidores en los reclamos que ellos tengan contra los proveedores de bienes y servicios. Es absolutamente desaconsejable que estos organismos reciban dinero, por ningún concepto, de empresas que eventualmente deberían demandar. La incompatibilidad es tan grande que no requiere más comentario.

c) Donaciones. El artículo les veda recibir las. Desde luego, compartimos el sentido de esta prohibición. Las asociaciones no pueden percibir ningún tipo de dádiva o donación proveniente de empresas privadas o de organismos públicos. Todo intercambio material perjudica la labor que deben llevar adelante estos organismos.

d) Pautas publicitarias. En caso de que la asociación tenga una publicación para difundir su actividad (cualquiera sea porque

pensamos que se deben incluir a todos los medios audiovisuales y al tráfico on line a través de la Internet) NO puede recibir ningún apoyo publicitario. La norma no distingue entre pautas publicitarias públicas o privadas; por tanto la limitación es absoluta e incluye a ambos. También saludamos el rigor impuesto en esta norma.

Algunos autores opinan que es una exageración que dificulta la difusión de las actividades que realizan estos organismos. Farina, sobre este punto sostiene: “Este inciso está inspirado en lo dispuesto en el anterior, pero nos parece excesivo en su amplitud, dado que el aviso publicitario no tiene necesariamente que ser comercial ni emanar de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios. El aviso publicitario puede emanar de una institución de bien común...o de profesionales liberales, cuya actividad está excluida de las obligaciones impuestas a los proveedores de cosas o servicios...Se advierte que difícilmente pueda aparecer y difundirse a precios accesibles un periódico sin avisos publicitarios de carácter comercial, pero admitirlo implicaría poner en peligro la autonomía que requieren estas asociaciones.”(5)

Por nuestra parte, pensamos que es preferible asumir esa dificultad antes que saltarla permitiendo un intercambio de dinero entre el publicista y la asociación de defensa del consumidor. El dinero, como todos saben, siempre compromete al que lo recibe y empodera la que lo da. Y ninguna de ambas cosas es saludable para el mejor desarrollo de estos organismos. Ya lo dijo el Hidalgo Don Quevedo: Madre, yo al oro me humillo, Él es mi amante y mi amado, Pues de puro enamorado De continuo anda amarillo. Qué pues doblón o sencillo Hace todo cuanto quiero, Poderoso Caballero Es don Dinero. (6)

No es el paso del tiempo sino el peso del dinero lo que hace inmortal este poema del siglo 17. Por eso pensamos que es mejor ser inclementes en estos aspectos; nuestro país –hay que decirlo– no es un ejemplo de pureza institucional y transparencia en el manejo de fondos. En ese contexto, es muy difícil que exista un apoyo financiero

importante que no traiga consigo relaciones incompatibles con la actividad que deben desarrollar estos organismos. Es mejor no correr riesgos.

Sin embargo, ello no quiere decir que no haya formas eficaces de difundir masivamente las actividades que realizan los organismos de defensa del consumidor. Para eso está el Estado que debe a poner a disposición todos los medios de comunicación que sean propios, tomando para sí la obligación de dar espacios publicitarios a cada una de las asociaciones autorizadas para actuar. Por supuesto, ello supone cierta madurez del gobierno de turno para repartir los espacios equitativamente, evitando privilegiar a los amigos y segregar a los adversarios. Pero con la mayor sinceridad debemos decir que no hay muestras de esa madurez institucional; va a llevar mucho tiempo enderezar un rumbo tan torcido.

Como habrá ya advertido el lector, las limitaciones presupuestarias y financieras que soportan las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios son realmente muy severas. Eso nos permite formular algunas reflexiones.

En primer lugar, nos parece claro que el legislador quiso que estas organizaciones no sean ricas, y que su éxito consista en acompañar la prosperidad de los usuarios y consumidores que requieren sus servicios. Se pensó en asociaciones que tengan lo indispensable para cumplir sus objetivos societarios, y que ese sustento sea provisto por el Estado. (Conf. Artículo 62° LDC). Compartimos en todo sentido esta concepción, y apoyamos convencidos todo los contenidos de esta norma. Por esa misma razón, no podemos entender que en este escenario, tan riguroso para las finanzas de las asociaciones, todavía haya magistrados que sostengan que ellas no están exentas del pago de los gastos causídicos cuando actúan en juicios de clase o colectivos. ¿De dónde piensan que sacarán el dinero para solventar pleitos tan complejos, y tan largos y tan costosos? ¿Acaso querrán que esos juicios se eviten? ¿O querrán que las asociaciones quiebren y desaparezcan del mercado que deben

intervenir para suplir las omisiones de un Estado cada vez más grande y pequeño al mismo tiempo? ¿Para que servirían asociaciones incapaces de hacer lo que la ley les obliga a hacer? Ciertamente, la falta de respuestas nos hace pensar que la ingenuidad es el mejor disfraz del cinismo.

4. Los reclamos sustanciados en las asociaciones.

El artículo 58°.

Art. 58. - Promoción de reclamos. Las asociaciones de consumidores podrán sustanciar los reclamos de los consumidores de bienes y servicios ante los fabricantes, productores, comerciantes, intermediarios o prestadores de servicios que correspondan, que se deriven del incumplimiento de la presente ley. Para promover el reclamo, el consumidor deberá suscribir la petición ante la asociación correspondiente, adjuntando la documentación e información que obre en su poder, a fin de que la entidad promueva todas las acciones necesarias para acercar a las partes. Formalizado el reclamo, la entidad invitará a las partes a las reuniones que considere oportunas, con el objetivo de intentar una solución al conflicto planteado a través de un acuerdo satisfactorio. En esta instancia, la función de las asociaciones de consumidores es estrictamente conciliatoria y extrajudicial, su función se limita a facilitar el acercamiento entre las partes.

a) Norma insólita. Este artículo asombroso establece, casi como un elogio a la magia jurídica, un tercer procedimiento para sustanciar reclamos referidos a las relaciones de consumo fallidas, que se suma a los conocidos procedimientos judiciales y administrativos que ya hemos visto en los capítulos anteriores. En este caso, el órgano de sustanciación del proceso es, ni más ni menos, la asociación de consumidores debidamente inscripta, conforme los recaudos del artículo 56° LDC.

Afortunadamente, no es mucho más lo que dice el artículo sobre esta sustanciación tan insustancial. Piense el lector ¿qué otra

cosa podría decir el artículo sin que abandone su condición de absoluta esterilidad y se convierta en un mamarracho jurídico peligroso y completamente inconstitucional?

Francamente resulta difícil explicar la razón de ser de este artículo que, directamente, no debería existir dentro de nuestro ordenamiento jurídico y esperamos que una sucesiva reforma lo elimine.

Veamos los defectos que contiene.

a. Sustanciación facultativa. La norma arranca diciendo que la asociación ‘podrá sustanciar los reclamos de los consumidores’. Esta condición facultativa en favor de la asociación tiene una sola derivación lógica: el organismo puede negarse a sustanciar un reclamo que el usuario sí quiera sustanciar. De esta manera, el artículo logra el peor de los galardones: es la única norma dentro del microsistema que privilegia la voluntad de un organismo sobre el derecho del consumidor.

Hay otra complicación que no podemos soslayar. Veamos: ¿qué pauta tienen los usuarios para saber, o al menos intuir de antemano, qué reclamos sí sustancia una asociación y cuáles rechaza ‘in limine’? ¿Hay alguna manera de anticipar estos criterios? ¿Puede la asociación sustanciar un asunto determinado, y luego rechazar la sustanciación de otro idéntico? ¿Debe fundar su negativa, o alcanza con manifestarla? ¿La negativa de la asociación requiere de alguna solemnidad instrumental o alcanza la notificación por Whatsapp o SMS o Twitter?

Ninguno de estos interrogantes parecen salvados lo que hace inevitable formular una pregunta final: ¿hace falta mantener esta norma que no pasa los mínimos requisitos de seriedad?

b. Trámite. Pero ahora supongamos que los escollos señalados sean superados, y que la asociación no se declare

incompetente y acepte sustanciar el reclamo. ¿Esa aceptación obliga al proveedor requerido? La respuesta, desde luego es negativa. Se impone, entonces, una segunda pregunta: ¿la incomparecencia inmotivada del proveedor requerido, genera algún estado o presunción en su contra? Nuevamente se impone la respuesta negativa. Faltar a esa cita informal no sería un elemento de convicción útil para que un juez –administrativo o judicial– tenga por acreditada una conducta reticente del proveedor. Ergo, se impone una última pregunta: Si la comparecencia del proveedor no es obligatoria, y su inasistencia no ocasiona ni multas, ni presunciones adversas, ¿para qué concurriría a ese encuentro plagado de informalidades y de incertidumbres? Tampoco hay respuesta para estos interrogantes.

Sigamos.

Ahora supongamos que las partes se avienen al encuentro, pero que luego de una o dos o tres o cincuenta reuniones conciliatorias no se llega a ningún acuerdo. ¿Estos encuentros previos, suplen el procedimiento de mediación obligatorio previsto en la ley 24.573? Nuevamente, se impone la respuesta negativa. Y esto nos obliga a formular otra pregunta: ¿qué estímulo hay para un consumidor en sustanciar un reclamo en donde el único resultado que le sirve es el arreglo?

Veamos esta situación un poco más detenidamente. En un proceso de mediación, aún el resultado negativo es valioso porque ese fracaso formal es el que permite superar el último obstáculo antes de iniciar la vía judicial. En cambio, si fracasa la sustanciación ‘sui generis’ prevista en el artículo 58° LDC, como un juego de la oca, el usuario vuelve a 0 y el proveedor a su oficina a esperar otros tantos meses. Y quizás en el medio de tanto tiempo perdido, el consumidor se agota y desiste de todo reclamo. Lo más probable es que ello ocurra, porque nos cuesta imaginar que alguien quiera perder tanto tiempo para reparar una licuadora, o el enchufe de la planchita para alisar el pelo. Y mucho más nos cuesta imaginar que un asunto de

cierta importancia económica vaya a ser sometido al inverosímil procedimiento propuesto en el artículo 58° LDC.

Finalmente, ¿si el organismo asume la sustanciación del asunto, esa aceptación interrumpe los plazos de prescripción o éstos siguen corriendo? Esta pregunta tan importante queda flotando sin solución. El legislador y los sucesivos reformistas más que una norma redactaron unos versos que no riman con el ordenamiento jurídico. En este caso, podríamos apostar por una respuesta afirmativa en favor de la interrupción de los plazos de prescripción, pero la imposibilidad de pronosticar como sería vista esta cuestión por los jueces no obliga a la prudencia. Sería mejor interrumpir la prescripción utilizando otros mecanismos más probados y eficaces.

c. Función conciliadora. El apartado final de la norma trae la dorada culminación de esta orquesta de disparates: la función conciliadora de las asociaciones. Citamos textualmente, y con asombro, la parte correspondiente del artículo: En esta instancia, la función de las asociaciones de consumidores es estrictamente conciliatoria y extrajudicial, su función se limita a facilitar el acercamiento entre las partes.

La norma no lo dice, pero ese mismo sujeto que cumple funciones ‘estrictamente conciliadoras’, cinco minutos después de cumplirlas se convierte en litigante y adversario de una de las partes que, provisoriamente, tiene sentada en una paródica mesa de negociaciones.

Imaginamos esta escena dantesca: están las partes reunidas en una espléndida sala, y de repente el conciliador (la asociación) inicia la tertulia invitando a las partes a una negociación fructífera, amigable y positiva. Pero, al terminar su memorable introducción este conciliador apócrifo agrega: “Asimismo, recuerde la parte requerida que si no entra en razones, y no acepta lo que dentro de un rato le vamos a proponer mi cliente y yo mismo, no nos quedará otro remedio que iniciarle un tremendo juicio en el que le vamos a reclamar hasta el

último centavo de la deuda; sin excluir las posibles medidas cautelares que ya tengo previstas para realizar, con habilitación de días y horas, un domingo en su propio domicilio ...”

¿Qué confiabilidad puede tener un conciliador que luego se convierte en adversario judicial del requerido? ¿Qué requerido aceptaría de conciliador a un sujeto con tantas incompatibilidades para ejercer esa función que no pasaría ningún test de imparcialidad?

Este texto legal que terminamos de comentar es un verdadero adefesio jurídico que es necesario eliminar de la ley porque no tiene ninguna utilidad y puede ocasionar peligrosas confusiones y pérdidas de tiempo.

Hasta la próxima.

Referencias Bibliográficas:

(1) Shina, Fernando. Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos – 2002-2004). En la actualidad es Profesor de la materia Tutela del Asegurado y Contrato de Seguro. Universidad Nacional de Buenos Aires, y Profesor de la Maestría en derecho Civil Patrimonial, Pontificia Universidad Católica Argentina. En 2014 publicó Daños al consumidor. Ed. Astrea En 2009 publicó " La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado". Ed. Universidad.

(2) CSJ – P 361 XIII. Padec c/Swiss Medical s/ nulidad de cláusulas abusivas, del 21 de agosto de 2013.

(3) Farina Juan M. Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2008, página 597.

(4) Las cifras puestas en el ejemplo tienen una finalidad didáctica y no se conciben con las cifras exactas. No obstante, la diferencia entre lo que mide el INDEC y las mediciones privadas, de todos los signos y colores tienen diferencias vergonzosas e incompatibles con la técnica de medición. Es que no hay error de cálculo; hay deliberada intención de mentir con la impunidad del autoritario que se sabe lejos del alcance de la ley.

(5) Farina, Juan: Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2008, página 608.

(6) Francisco de Quevedo y Villegas 1580-1645. Poderoso Caballero es Don Dinero.

El caso Buffoni.

La resucitación de la autonomía de la voluntad.

La regresión de la Corte Suprema Del milagro bíblico al anacronismo jurídico

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial - DC1D77

[Consultado el: 19/07/2021]

Sumario:

I. Introducción. II. Los hechos. III. Los contratos en el túnel del tiempo. IV. La primacía normativa. V. Las defensas causales del art. 40 LDC. VI. Terminaciones.

38 Jesús, conmoviéndose de nuevo, fue al sepulcro. Era una cueva sobre la que había colocada una piedra.

39 Dijo Jesús: «Quitad la piedra». Marta, la hermana del difunto, le dijo: «Señor, ya huele mal; hace cuatro días que está muerto».

40 Jesús le dijo: «¿No te he dicho que si crees verás la gloria de Dios?»

41 Quitaron entonces la piedra. Jesús, elevando los ojos al cielo, dijo: «Padre, te doy gracias porque me has escuchado.

42 Yo sabía que siempre me escuchas, pero lo he dicho por la gente que me rodea, para que crean que tú me enviaste».

43 Y dicho esto, gritó con voz potente: «¡Lázaro, sal fuera!»

44 Y el que estaba muerto, salió con los pies y manos atados con vendas, y su cara envuelta en un sudario. Jesús les dijo: «Desatadlo y dejadle ir».

(Juan 11, 1-45).

I. Introducción. Cada vez que en nuestra casa, o en la oficina, o en el consultorio en donde recibimos a nuestros pacientes, o en el despacho donde miles de expedientes nos esperan, tenemos que analizar una cuestión debemos proceder con cierta tranquilidad y orden lógico y coherencia.

La tranquilidad nos dará una mejor perspectiva del asunto que vamos a tratar, y la lógica nos ayudará pensar su solución. La coherencia, finalmente, será útil para que recordemos si antes de ahora tratamos un asunto similar, y qué solución le dimos, y si podemos repetirla. Y, si cambiamos de parecer debemos determinar si la modificación se debió a que detectamos un error en nuestro pensamiento pretérito, o si obedece a una necesidad objetiva de cambiar, o una conveniencia subjetiva de hacerlo. La coherencia obliga a que el pensamiento se deslice suavemente entre en el pasado reciente y la novedad que empuja los cambios, evitando que los movimientos del pensamiento sean bruscos y nos conviertan en personas impredecibles, o incoherentes, o acomodaticias.

En primer lugar, se deben analizar las cuestiones fácticas que rodean al asunto; el vistazo inaugural debe caer sobre los eventos que sucedieron, y también los que no sucedieron, y en cada caso la mecánica de los movimientos, porque ellos hablan y nos dicen cosas que nadie más puede decirnos. Las circunstancias fácticas no son protagonistas del suceso: son el suceso. Porque sin ellas éste jamás podría llamarse suceso. La revisión de las circunstancias nos facilita la formulación de las preguntas claras y relevantes y, una pregunta bien hecha es siempre un ensayo anticipado de respuesta. ¿Qué pasó? ¿Cómo pasó? ¿Por qué pasó? Las interrogaciones encierran todo el contenido de un dilema que ya no puede ocultarse.

Entonces, veamos los sucesos del trágico caso Buffoni que tanto revuelo doctrinario causó. Anticipamos nuestra opinión: se trata, en primer lugar, de otra desgracia del subdesarrollo nacional. Cerca de 8 mil personas murieron en accidentes de tránsito durante el año 2013; la cifra equivale a 22 personas cada día. Es decir: en

Argentina se muere una persona por hora en accidentes de tránsito. Se estima que en los últimos 20 años murieron unas 150 mil personas (1). Todas muertes innecesarias. Se elija la estadística que se prefiera, Argentina siempre ocupa los primeros puestos en este ranking siniestro pero también vergonzoso. Es el subdesarrollo; no terminamos de tomar conciencia de que somos un país subdesarrollado y en vías de empeorar esa condición.

Cuando decimos que las relaciones de consumo son un asunto cultural aludimos a estas cuestiones; semejante mortalidad en accidentes de tránsito solamente pueden tener una explicación: el atraso cultural y la educación paupérrima que el Estado ofrece. Es el mismo atraso que nos hace encender bengalas en sitios cerrados, y clausurar puertas de emergencias para que nadie salga de donde debe salir, y viajar en trenes que chocan sin parar porque la corrupción sin frenos sigue acelerando.

El Estado somos nosotros; y nosotros también somos la causa eficiente de tanto desquicio, de tanta putrefacción, de tanta muerte innecesaria. Cualquier conteo estadístico fulmina los discursos gritones encendidos por la sordera que producen de los aplausos dóciles de lealtades interinas y apócrifas.

En segundo lugar, el caso Buffoni es un veredicto inusualmente malo dado por una Corte Suprema inusualmente buena en tantas materias, sobre relaciones de consumo. Pero, más allá de los entusiasmos transitorios que este fallo causó entre quienes ven en cada señal de atraso una oportunidad rentable, y de los exagerados pesimismos (me incluyo) de quienes imaginan que Buffoni es el principio del fin, lo cierto es que nada ha cambiado. Porque las circunstancias fácticas del asunto eran tan claras que no permiten más que una conclusión: la causa del accidente trágico fue viajar en una cajuela que no es apta para transportar personas con el mínimo de seguridad que los transportes modernos requieren.

Lo que más preocupa del veredicto es determinar por qué motivo una Corte tan experta y rica en juristas prefirió desempolvar argumentos obsoletos, que ella misma había denostado, en vez de resolver el asunto usando las tres oraciones necesarias para explicar el desarrollo causal de Buffoni, y desechar toda pretensión resarcitoria.

Ojalá estemos en presencia de un fallo malo, y no frente a un anuncio que pronostica cambios bruscos en la doctrina del Superior Tribunal de la República. Ojalá que no tengamos que asistir a la resurrección de los principios más rancios de la teoría contractual clásica; ojalá que estos Lázarus modernos no salgan de sus cavernas.

II. Los hechos.

Veamos los hechos, las circunstancias fácticas que rodean a Buffoni. El dictamen de la procuración se refiere a ellas así:

En este sentido, corresponde señalar que no constituye un hecho controvertido que al momento del accidente, viajaban en la cajuela del automóvil, no habilitada para el transporte de personas, las dos víctimas, y que la póliza limitaba la obligación de la aseguradora a los daños corporales sufridos por terceras personas transportadas en el habitáculo destinado a tal fin en el vehículo asegurado y siempre que su número no exceda la capacidad indicada en la especificaciones de fábrica o admitida como máximo para el uso no=al del rodado (cláusula 2 del capítulo A de las Condiciones Generales de la póliza 53110/8, fs. 40).(2)

En el Considerando 6 del fallo de la Corte es absolutamente coincidente con el dictamen que antecede:

“6) Que ha sido acreditado, en términos que no son susceptibles de revisión en la vía federal, que los damnificados Buffoni y Vallaza viajaban en la cajuela del vehículo de carga con tres amigos más; que el lugar no estaba habilitado para el transporte de personas; que se habían colocado "tablones de madera~ a modo de

asientos improvisados y no había cinturones de seguridad ni apoyacabezas; que la póliza del seguro excluía específicamente la reparación de los daños ocasionados a los transportados en dichas condiciones, circunstancias que llevaron a la aseguradora a declinar la cobertura...”(3)

En resumen:

a.- Las víctimas viajaban en un lugar inapropiado para ese transporte;

b.- Esa circunstancia no fue controvertida por las partes.

c.- El seguro no cubría los daños ocurridos durante transportes en ese sitio del automóvil.

d.- De nuestra cosecha propia agregamos: ¿Por qué el seguro debería cubrir riesgos que, al mismo tiempo, son contravenciones a la ley? ¿Se puede asegurar una actividad ilícita o contraria a las buenas costumbres o prohibido por las leyes? ¿No sería eso opuesto al artículo 953 del Cód. Civil? Entendemos que, conforme lo establece el art. 953 del Cód. Civil, ese seguro sería nulo, como si no tuviera objeto. (4)

En los párrafos que anteceden, se exponen todos los hechos relevantes para entender el caso Buffoni: no se puede viajar en esas condiciones, como tampoco se pueden prender bengalas en lugares cerrados, ni circular en trenes sin frenos y en condiciones infrahumanas. Detrás de esas imprudencias del subdesarrollo acecha la muerte.

Ahora veamos los argumentos usados por el tribunal.

III. Los contratos en el túnel del tiempo. A nuestro modo de ver, el considerando 9 del veredicto es el más criticable de todos porque nos obliga a pensar el derecho desde un lugar que ya habíamos abandonado; el Tribunal Superior nos impone una visión

decimonónica del derecho, y nos hace navegar con nuestros Smartphones por la prehistoria jurídica. Así, llegamos a una Betania paródica; y dentro de una fría caverna, tapado por una pesada roca está el sepulcro donde habita, eterno, el principio de la Autonomía de la Voluntad. Y los hombres de la Corte, ordenaron correr la roca, y descubrieron la tumba y a coro gritaron: ¡Levántate y anda! Y la momia de la Voluntad empezó a caminar, y sin perder tiempo se puso a hacer de las suyas; y estableció consensos donde hay aceptaciones, y acuerdos donde hay condiciones, y equilibrios donde hay asimetría, y caminos donde hay brechas, y justicia donde hay impunidad.

En el caso Buffoni, la Corte Suprema ha imitado el milagro bíblico de la resurrección, pero su efecto no produjo la admiración de la turba sino la creación de una epifanía resignada bajo la forma del anacronismo. Porque cualquier intento que propicie la autonomía de la voluntad y el efecto relativo de los contratos como ejes para explicar los contratos de adhesión es profundamente regresivo.

Veamos.

“9) Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483).(5)

El Superior fortalece su argumento usando las reglas más debilitadas de la teoría contractual clásica. La comercialización masiva

de bienes y servicios, concretada a través del contrato de adhesión, mostró la necesidad apartarse de estos principios.

(i) La autonomía de la voluntad. Este principio perdió toda eficiencia en la actualidad. Lo decimos sin disimulos: la autonomía de la voluntad es ficta desde lo filosófico, e inútil para la ciencia jurídica porque no sirve para regular relaciones entre partes asimétricas.

La autonomía de la voluntad sólo serviría para explicar negociaciones paritarias, que suponen cierto equilibrio entre las partes. Pero esa paridad es precisamente el escenario opuesto al que ocupan los usuarios y los proveedores de bienes y servicios en las relaciones de consumo. No hay igualdad porque el más poderoso subordina al más débil, y no hay voluntad autónoma porque esa autonomía fue suplantada por un deseo insaciable, alimentado por publicidades que juegan con la voluntad diezmada del consumidor consumido. No obstante, nuestros Tom & Jerry conviven bajo un mismo techo, pero regulados por una ley que trata de hacer posible la convivencia entre sujetos tan impares.

El fallo Buffoni no ayuda a esa convivencia. Más bien hace todo lo contrario.

(ii) El efecto relativo de los contratos. Al finalizar el considerando 9, la Corte se refiere a otra viejísima regla del derecho privado contenida en el artículo 1.195 y otros del CC: el efecto relativo de los contratos. El sistema de responsabilidad creado por la ley 24.240 hace ceder esos principios que fueron útiles y funcionales a una teoría contractual que, antes de esta resurrección fallida, creíamos superada.

La doctrina nacional sigue estas tendencias opuestas al fallo que comentamos. Veamos.

Lorenzetti dice: “el contrato actual no es un asunto individual, sino que ha pasado a ser una institución social, que no afecta

solamente a los intereses de los contratantes. La sociedad, representada por el Estado y otras entidades soberanas, se atribuye el control de una parte esencial del Derecho contractual”(6)

Coincidimos con el jurista. Pero la coincidencia fuerza el interrogante. ¿En qué quedamos?: ¿Se aplica el efecto relativo de los contratos, o el efecto social de los acuerdos? ¿Los acuerdos que regulan el tráfico masivo de bienes y servicios afectan solamente a los contratantes o son una cuestión de Estado? Si el contrato actual trasciende los intereses individuales de los contratantes, ¿qué hace la Corte Suprema hablando de historia y resucitando un principio tan poco útil en nuestros tiempos?

Sigamos reflexionando con Lorenzetti: “Efecto relativo de los contratos: El Derecho Civil diseño el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó, al sugerir la imputación por daños al fabricante, el distribuidor, al mayorista, al titular de la marca, que no han celebrado contrato alguno con el consumidor...Asimismo, se conceden acciones al consumidor, al usuario, a miembros del grupo familiar, a las asociaciones de consumidores, que tampoco tienen vínculos convencionales previos” (7)

Compartimos este pensamiento y nos permitimos una mínima corrección. El artículo 40 LDC no sugiere la responsabilidad de los proveedores, sino que la establece bajo condición solidaria y objetiva. Por lo demás, efectivamente, la ley 24.240 destruyó este principio tan extemporáneo. Por eso causa cierta incomodidad, cercana a la indignación, que el Tribunal Supremo del país utilice en sus fallos reglas destruidas por el paso del tiempo. Sobre todo cuando las circunstancias fácticas del caso no requerían de alquimias de efectos tan negativos para el futuro.

IV. La primacía normativa. Otro de los preocupantes argumentos utilizados es el expresado en el considerando 12 donde, sin inconvenientes, se establece que la ley 24.240 está detrás de la ley de seguros. Veamos la cita completa.

“12) Que no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV "Martinez de Costa, Maria Esther el Vallejos, Hugo Manuel y otros si daños y perjuicios", fallada el 9 de diciembre de 2009).(8)

En un ordenamiento lógico, las jerarquías se reparten por la cercanía que cada elemento tiene con el núcleo del sistema. Si consideramos que el ordenamiento jurídico es algo parecido a un sistema lógico, debemos coincidir que su núcleo es la Constitución Nacional, y que el escalafón normativo depende de los derechos implicados en cada texto legal.

Así, si una ley reglamenta derechos constitucionales como lo son los del consumidor (Conf., art 42 CN), y sus principios son de Orden Público, (Conf., artículo 65 LDC), no puede haber dudas sobre su paternidad frente a leyes ordinarias que regulan cuestiones comerciales sin más implicancias constitucionales que las comunes a toda la legalidad. Veamos: ¿acaso la ley de seguros es de orden público? ¿El derecho de las compañías aseguradoras tiene rango constitucional? ¿Por qué el Tribunal Superior privilegia una ley ordinaria y distante de la CN sobre una que tiene las cualidades opuestas?

El muy discutible principio de la especialidad legal no puede prevalecer sobre la contundencia objetiva determinada por la proximidad a la Constitución que ostenta la ley 24.240.

Alguna doctrina, llega más lejos y sostiene que, una ley tan preponderante puede tener efectos modificatorios y aún derogatorios de algunos de los principios usados por las leyes subordinadas por esa jerarquía. Así, Lorenzetti enseña:

“El Derecho de los consumidores e un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo, y aun derogatorio de normas generales. El microsistema está compuesto por las siguientes normas: - la norma constitucional que reconoce la protección del consumidor y sus derechos; - los principios jurídicos y valores del ordenamiento ya que el microsistema es de carácter ‘principiológico’, es decir, tiene sus propios principios y por esta razón es que la ley 26.361 señala que debe prevalecer la interpretación de los principios favorables al consumidor (art. 3)...” (9)

Veamos las muy importantes reglas señaladas por el citado autor y que, desafortunadamente, no fueron consideradas por el Supremo al resolver en Buffoni.

(a) El derecho del consumidor es un microsistema legal de protección que, sin embargo, no se aplicó para resolver el caso que comentamos;

(b) El Derecho del consumidor es un satélite de la Constitución Nacional; su proximidad con la CN desplaza a otras leyes sean éstas especiales o generales. La CSJ tampoco consideró esta regla fundamental.

(c) Las reglas contenidas en la ley 24.240, que reglamenta derechos constitucionales (art. 42 CN) y es de orden público (conf., art. 65 LDC), permiten la modificación de algunos principios tradicionales, como es el efecto relativo de los contratos, o la autonomía de la voluntad.

(d) La ley 24.240 es proteccionista y fuertemente intervenida por el Estado (todos sus poderes, incluido el Poder Judicial) para lograr su finalidad postulada en la primera oración de su primer

artículo que establece: La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario...

Ninguno de los argumentos expuestos por la CSJ en Buffoni respeta esta premisa significativa de la ley.

V. Las defensas causales del art. 40 LDC.

La ley 24.240 organiza un sistema de responsabilidad que se apoya en dos ejes. Uno: los factores de atribución de responsabilidad son (a excepción de los utilizados para la evaluar la existencia de daños punitivos) objetivos. Dos: la responsabilidad es solidaria y se reparte entre todos los miembros que integran la cadena de comercialización (art, 2, 13 y 40 LDC). Último: este riguroso sistema de responsabilidad prevé la existencia de eximentes. El proveedor siempre puede liberarse de responsabilidad acreditando la ruptura del nexo causal entre su obrar u omisión y el evento dañoso. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena., dice la oración final del art. 40 LDC. La responsabilidad del proveedor queda eximida si demuestra que el daño fue ajeno a su quehacer. Las leyes, por más inflexibles que sean, no pueden alterar el orden causal de los sucesos. Y si una cosa ocurrió de una manera y no de otra, la norma jurídica no puede modificar esa causalidad. En el universo material mandan los hechos y las causas que los determinan.

Al referirse a las eximentes de responsabilidad del art. 40 LDC, Lorenzetti explica: “Con referencia a la culpa de la víctima, habrá de estarse a su hecho más que a su culpa..., y a los parámetros objetivos de previsibilidad...En particular, debe tenerse en cuenta que, dado el estado de particular vulnerabilidad en el que se encuentra el consumidor; el parámetro no podrá ser aquí el del hombre medio, el buen padre de familia al que acudía el Derecho clásico. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que los ‘usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que l constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo

tanto no corresponde exigirles la diligencia de celebra una contrato comercial” (10)

Bien. El fallo debió seguir las reflexiones de Lorenzetti; examinar los sucesos y la actividad de cada uno de los protagonistas; no era necesario llevarnos a la fuerza a pasear por el túnel del tiempo, para buscar lo que no necesitamos usar y encontrar lo que necesitamos olvidar.

El mundo del consumo actual no puede ser regulado ni por el principio de la autonomía de la voluntad, ni mucho menos por el que postula el efecto relativo de los contratos; ambos son piezas de museo; dignas de admiración para unos, y de olvido sin rencores para otros.

La causalidad en la tragedia Buffoni. Para fijar el orden causal de un evento hay que serenar la pasión que encienden las ideas, y encender la inquietud que desplaza la comodidad de repetir frases hechas o aplaudir progresismos fáciles. Entonces, para considerar el dilema final de Buffoni, hay que contestar una sola pregunta: ¿Por qué ocurrió la tragedia?

Pues bien. Analizando las circunstancias del caso, no hay dudas de que el evento dañoso ocurrió por una sola causa: la locación de pasajeros en lugares inseguros e inapropiados para su transporte. Si en esa causa eficiente, exclusiva y excluyente, el suceso no hubiera ocurrido.

El considerando 9 del fallo dice: “...la póliza del seguro excluía específicamente la reparación de los daños ocasionados a los transportados en dichas condiciones, circunstancia que llevaron a la aseguradora a declinar la cobertura...” Entendemos que, aún en ausencia de esta cláusula que no tiene nada abusivo, el demandado hubiera podido oponer las defensas causales previstas en el artículo 40 LDC y en todo el ordenamiento jurídico. Porque repetimos: los hechos mandan, y las causas los determinan. En síntesis, y para ir

terminando este comentario: la Corte , a nuestro modo de ver, debió fundar su fallo en las cuestiones causales que tenía a la vista, evitando reabrir una discusión innecesaria.

VI. Terminaciones.

1) La tragedia de Buffoni pudo evitarse. Es lamentable contar tantas muertes innecesarias en nuestro país.

2) La causa excluyente de la tragedia fue la actividad desplegada por la propia víctima y por quien en ese momento estaba a cargo del vehículo. Nunca debió permitirse ese transporte tan inseguro.

3) Mejorar las relaciones de consumo requiere un compromiso de Estado con la educación. Es necesario salir de la esclavitud caótica que nos impone las anomias festejadas en funerales sin causa. El subdesarrollo de la Argentina nos provoca una inmensa tristeza.

4) Los argumentos dados por la CSJ en el caso analizado son erróneos, porque le dan importancia a cuestiones irrelevantes para este debate y omite otras que eran determinantes. Es decir, pondera lo abstracto sobre lo concreto, y lo ideal sobre lo fáctico.

5) Las consecuencias previsibles de este veredicto son aún peores que el fallo. La Corte reabrió innecesariamente una discusión que pensábamos agotada. Probablemente pasemos los próximos 10 años discutiendo si la ley 24.240 prevalece sobre la ley 17.418 o viceversa. Se trata de una discusión que no tiene la menor importancia en un mundo que avanza a un ritmo tan asombroso que asombra tanto apego a la intrascendencia.

Hasta la próxima.

(*) B. 915. XLVII - “Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios” – CSJN – 08/04/2014 (elDial.com - AA8676)

Referencias Bibliográficas

(1) Ver <http://www.luchemos.org.ar/es/>

(2) CSJ Fallos B 915 XLVII – Buffoni c/ Castro – 8 de abril de 2014 (elDial.com - AA8676)

(3) CSJ Fallos B 915 XLVII – Buffoni c/ Castro – 8 de abril de 2014 (elDial.com - AA8676)

(4) Artículo 953 C.C: El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos, de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conforme a esta disposición son nulos como si no tuviesen objeto.

(5) CSJ Fallos B 915 XLVII – Buffoni c/ Castro – 8 de abril de 2014. (elDial.com - AA8676)

(6) Lorenzetti, Ricardo. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 30.

(7) Lorenzetti, Ricardo. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 61.

(8) CSJ Fallos B 915 XLVII – Buffoni c/ Castro – 8 de abril de 2014. (elDial.com - AA8676)

(9) Lorenzetti, Ricardo. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 50.

(10) Lorenzetti, Ricardo. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, página 538. Los subrayados son propios.

Nulidad del acuerdo homologado. Comentario al fallo “Adecua vs Banco Privado de Inversiones” de la CNCOM- (1)

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial - DC1DFF

[Consultado el: 19/07/2021]

Las acciones de clase se van abriendo paso de a poco en nuestro medio. Quienes seguimos de cerca la marcha de estos asuntos sabemos que todos los días pasa algo nuevo; ya sea la presentación de una nueva acción, o el dictado de una medida procesal inédita, o un fallo que pone fin a una discusión e inaugura otra.-

Casi todo lo que pasa en el derecho del consumidor ocurre por primera vez; estamos escribiendo los primeros capítulos de una historia muy importante en el Derecho de nuestro país. Nunca antes las relaciones de consumo estuvieron tan metidas en agendas públicas y privadas. Ese hecho es alentador porque siempre es bueno llamar la atención sobre la existencia de asuntos tan importantes y tan relegados. Pero en ese amanecer repentino debemos estar atentos a las neblinas matinales que suelen oscurecer el cielo diáfano de las buenas intenciones.-

El fallo que vamos a comentar tiene gran importancia, sobre todo hacia el futuro. En breve, el asunto trata sobre un juez que al momento de controlar la marcha de un acuerdo - que él mismo había homologado - advierte que ese convenio en los hechos no beneficiaba a quienes debía beneficiar. Por el contrario, solamente era conveniente para el demandado. El Juez, asumiendo riesgos y ocupando un rol de director del proceso (ese es el lugar que el Magistrado debe ocupar en las complejas acciones de clase), decidió imponerle cambios

sustanciales al convenio que ya estaba homologado y en pleno proceso de ejecución.-

Las partes, disconformes con la medida y conformes con la verdadera estafa que estaban concretando en perjuicio de los consumidores, apelaron esa decisión. Finalmente, la Sala C Cámara de apelaciones del fuero Comercial, directamente, decretó la nulidad total del acuerdo.-

Personalmente hubiera preferido la solución del juez de primera instancia y obligar al cumplimiento de un acuerdo que, quienes lo suscribieron, sabían que no iban a cumplir. La más conveniente para los consumidores era, como hizo el a-quo- integrar el convenio y no anularlo. La anulación vuelve a perjudicar a los usuarios y beneficiar al proveedor.-

Vamos a hacer un desarrollo breve de los hechos para que el lector comprenda el tamaño de la maldad. Lo primero que hay que decir es que el acuerdo anulado cumplía todas las formalidades previstas en el art. 54° LDC; a saber:

- (i) Estaba debidamente intervenido por el Ministerio Fiscal;
- (ii) Tenía dictamen favorable de ese Ministerio fiscal; (3)
- (iii) Fue debidamente homologado por el juez de la causa. (4)
- (iv) El fallo llega a la Cámara por las apelaciones que respectivamente presentaron las dos partes. (5)

El acuerdo es la foto de lo que no debe hacerse si queremos progresar en este terreno tan nuevo y sensible como las relaciones de consumo.-

Veamos ahora algunos aspectos destacados del fallo dado por la Sala C Comercial:

(1) “Tras ello el magistrado puso de relieve que en la audiencia recién referida el demandado había afirmado que los clientes del banco eran aproximadamente 135.000 y que, tras haberse publicado edictos en la forma convenida, habían sido sólo 27 lo que habían pedido la devolución de las sumas comprometidas...” (6)

Todo el mundo sabe que si la devolución de los importes debidos a los usuarios depende de la actividad que ellos mismos deben realizar, el porcentaje de devoluciones será ínfimo con relación a la deuda total. El motivo es conocido por todos. El consumidor estafado, por regla, no recurre a la justicia para reclamar las estafas que ha padecido. Y el consumidor premiado, tampoco gestiona el cobro de su premio.-

El abc de los acuerdos fulleros. La receta de un acuerdo villano tiene 3 ingredientes que no pueden faltar. Todos se cumplen rigurosamente en el caso que comentamos.-

(i) Notificación formal. “...se publicarían avisos en dos diarios de circulación nacional por tres días consecutivos...” (7)

Hay dos notificaciones que son infaltables en los procesos colectivos. En primer lugar, aquella que comunica la existencia del juicio (antes de la sentencia) para que el consumidor acepte sumarse a la clase, o en su defecto, haga uso de la opción, que le otorga el art. 54 LDC, de quedar al margen de la clase. La segunda notificación imprescindible es posterior al dictado de la sentencia. Su finalidad es comunicarle al sujeto que debe presentarse en el expediente para hacer efectivo su crédito.-

En el caso que comentamos, el acuerdo preveía la notificación en dos diarios (que cada vez se leen menos en sus ediciones de papel) de circulación nacional.-

Como todo el mundo sabe, esas notificaciones formales nunca logran su cometido. Los consumidores afectados por el robo

hormiga que le hacen sus proveedores no están pendientes de los edictos que diariamente salen publicados en los diarios, como se viene haciendo desde hace más de un siglo.-

Es preciso forzar la imaginación y el pensamiento para lograr mejores resultados frente a la novedad que suponen estos juicios tan complejos. En el contexto actual hay herramientas mucho más efectivas para notificar, y es necesario usarlas sin miedo, con decisión e inteligencia.-

En nuestros días prácticamente no hay tarea más sencilla que individualizar a una persona y contactarla por carta, por e-mail, o por alguna de las redes sociales que agrupan a millones de sujetos; de hecho, los bancos hacen eso todo el tiempo para vender los innecesarios productos que nadie les solicita. Cabe preguntarse de manera retórica: ¿por qué es tan fácil para los proveedores encontrarnos y vendernos sus naderías y tan difícil para devolvernos lo que nos quitaron?

Lo dijimos varias veces y lo repetimos ahora: pensar las acciones de clase con los comandos operativos de los códigos decimonónicos es condenarlas al fracaso. Y tanto peor es pensar a nuestra sociedad actual con esas reglas caducas: o progresamos o nos convertimos en zombis.-

Para que las notificaciones colectivas sean eficientes se deben usar medios electrónicos, o la televisión, o las redes sociales. O combinar todas estas herramientas con las tradicionales.-

En nuestros días no hay nada más fácil que contactar a millones de personas en pocos segundos.-

No son las dificultades propias del proceso colectivo las que dificultan su desarrollo sino la pereza intelectual de sus actores.-

En el fallo Padec vs. Swiss Medical, la Corte Suprema le dedica una buena parte del considerando 16 a explicar la dinámica de las acciones de clase, y como deben cumplirse los recaudos notificadorios previstos en el art. 54° LDC.-

Veamos.-

“Que, finalmente, se impone señalar que el tribunal de origen deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del artículo 54 de la ley 24.240. A tales efectos, deberá: identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso, arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio...” (CSJ – FALLOS –P 361 XLIII. Padec c/ Swiss Medical, del 21 de agosto de 2013. Subrayado propio).-

En pocas palabras, la Corte Suprema les encomienda a los jueces de instancia:

- a. Identificar a la clase;
- b.- Controlar la idoneidad del representante de la clase;
- c.- Organizar un procedimiento que garantice la notificación de la clase previamente identificada.-

Nada de esto ocurrió en el caso que comentamos.-

(ii) La gestión a cargo del cliente. Las caducidades brevísimas. El acuerdo impugnado contenía la siguiente cláusula: “...a partir del último aviso, los clientes o ex clientes tendrían 60 días corridos para presentar al banco sus solicitudes de devolución de eventuales créditos para su consideración...” (8)

En esa estipulación está incluido el segundo y tercer ingrediente infaltable para que un acuerdo tramposo siga su derrotero. Consiste en poner en cabeza del usuario aquello que se sabe que no va a realizar y, como si fuera poco, obligarlo a que lo haga en un lapso de tiempo brevísimo.-

Como ya fue dicho antes, por regla, los consumidores afectados no hacen los reclamos ni tampoco gestionan sus recompensas. Note el lector cómo se va cerrando el círculo. Primero se hace una notificación formal, cuya única finalidad es notificar a la menor cantidad de gente posible. Luego, se busca la manera de obstaculizar el acceso a la indemnización comprometida.-

La Sala C de la Cámara detecta esa jugada y la hace explícita en sus argumentos nulificantes: “El negocio para el apelante fue claro, en tanto se acotó a conceder a los afectados sólo sesenta días para apartarse del acuerdo, como para poder el cobro, so pena de no poder reclamar ningún derecho a partir del vencimiento del plazo... y se violó también el derecho de toda la clase involucrada de participar de los beneficios susceptibles de derivarse de este acuerdo...que se previó – bien que implícitamente – la exclusión de quienes no se presentasen dentro del brevísimo plazo que al efecto fue previsto. (9)”

Para que se entienda bien la gravedad del asunto. Si en vez de un arreglo transaccional hubiera sido un contrato entre las partes con una cláusula que estipulara que los derechos se extinguían en 60 días esa estipulación sería nula en los términos del art. 37° LDC. La Cámara advierte esto y lo destaca:

“...si la acción individual por parte de los afectados resultaba injustificada por su insignificancia económica relativa..., y eso fue, precisamente, lo que tornó (según la actora) viable la acción colectiva, es inconcebible que, al final del camino haya vuelto al principio..., lo que ocurrió cuando la misma actora consintió que, para poder cobrar, cada uno de los representados debiera realizar esa gestión personal. Pasó lo que era de esperar: tampoco entonces esos interesados

encontraron justificado actuar en forma individual, y se presentaron 27 personas de entre las miles que hubieran podido peticionar.” (10)

Y si lo esperable era que el acuerdo arrojaré esos vergonzosos resultados, cabe una pregunta que la Cámara no contesta en toda su extensión: ¿Por qué ese acuerdo tuvo dictamen positivo del Ministerio Público, y fue homologado por el Juez?

El fallo, con el cual es difícil disentir, se quedó corto en reproches; pero ojalá que marque un nuevo rumbo en las relaciones de consumo, y en la forma en que deben celebrarse y homologarse las transacciones que involucren a tantas personas indefensas.-

Referencias Bibliográficas

(1)"Adecua c/ Banco Privado de Inversiones SA s/ Ordinario" - CNCOM - SALA C - 24/04/2014 (elDial.com - AA87AD)

(2) Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos – 2002-2004). En la actualidad es Profesor de la materia Tutela del Asegurado y Contrato de Seguro. Universidad Nacional de Buenos Aires, y Profesor de la Maestría en derecho Civil Patrimonial, Pontificia Universidad Católica Argentina.

En 2014 publicó Daños al consumidor. Ed. Astrea

En 2009 publicó " La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado". Ed. Universidad.

(3)Texto original del fallo: Previa vista al Ministerio Público, el acuerdo fue homologado, mediante decisión que quedó firme (v. fs, 260/2).Adecua c/ Banco Privado de Inversiones S.A. s/ ordinario.

Expte. 19073/ 07- Sala C Comercial, del 24 de abril de 2014.
(elDial.com - AA87AD)

(4) Ver fallo citado, fojas 260/62.

(5) Texto original del fallo citado: Ambas partes apelaron la resolución de fs. 294/7, La actora fundó recurso a fs. 315/28, en tanto que la demandada hizo lo propio a fs. 386/ 418. Los memoriales no fueron contestados.

(6) Adecua c/ Banco Privado de Inversiones s/ ordinario. Sala C CNac. Apelac. Com., del 24 de abril de 2014. (elDial.com - AA87AD)

(7) Adecua c/ Banco Privado de Inversiones s/ ordinario. Sala C CNac. Apelac. Com., del 24 de abril de 2014. (elDial.com - AA87AD)

(8) Adecua c/ Banco Privado de Inversiones s/ ordinario. Sala C CNac. Apelac. Com., del 24 de abril de 2014. (elDial.com - AA87AD)

(9) Adecua c/ Banco Privado de Inversiones s/ ordinario. Sala C CNac. Apelac. Com., del 24 de abril de 2014. (elDial.com - AA87AD)

(10) Adecua c/ Banco Privado de Inversiones s/ ordinario. Sala C CNac. Apelac. Com., del 24 de abril de 2014. (elDial.com - AA87AD)