



COLUMNA DE OPINIÓN

Uber: una doble caracterización para un mismo fenómeno

¿ERA LEGAL ANTES O DEBERÍA PROHIBIRSE AHORA?

Oscar A. Bruno(*)

I. Introducción: medios de transporte existentes y la incorporación al mercado por parte de Uber

Como es conocido, la participación de la tecnología en el intercambio comercial, laboral y en las relaciones sociales en general ha experimentado un crecimiento mayúsculo en los últimos años. Así, y en lo relativo al tema que abordaré en el presente trabajo, lo que hasta hace unos pocos años era impensado —el solicitar un vehículo de manera remota e inmediata, sin necesidad de salir a la calle y desde cualquier lugar, para que nos transporte hacia otro sitio—, desde hace ya algunos años que puede realizarse, en los hechos, sin ninguna dificultad: basta para ello con tener un teléfono (1) y darse de alta en alguna de las plataformas existentes que ofrezcan dicho servicio, como por ejemplo podría realizarse con Uber, Cabify, Beat, entre otras.

Este transporte individual —o para grupos muy reducidos— de pasajeros, por oposición al transporte plural que prestan las diversas líneas de colectivos y el subte, históricamente fue desarrollado en el ámbito de la CABA por los taxis, los cuales tienen un inicio de actividades en esta ciudad que data de algo más de un siglo.

Los modos pagos de circulación existentes mayoritariamente hasta una época reciente eran, entonces: los taxis, los colectivos y el subte. Mucho más acá en el

CONTINÚA EN PÁGINA 5

Personas con discapacidad y pensiones sociales: Cuando el avance queda a mitad de camino

Silvia E. Fernández (*) y Marisa Herrera (**)

SUMARIO: I. La norma en comentario. — II. El modelo convencional de capacidad jurídica y toma de decisiones con apoyo. — III. Los primeros aires de inconstitucionalidad de disposiciones administrativas. — IV. Analizando la res. 93/2020 desde la obligada perspectiva convencional-constitucional. — V. Palabras de cierre.

→ La res. 93/2020 recepta disposiciones que encierran una discriminación por motivos de discapacidad condenada por la Convención de Naciones Unidas. Como suele ocurrir, la presencia del otro, del “diferente”, del que no encaja en los estándares y modelos de del hombre medio, sin discapacidad, sigue generando temor, precauciones y finalmente discriminación, a la hora de reconocer el ejercicio de sus derechos. La resolución en análisis es otra muestra más de lo difícil, complejo y como cuesta salir de esta lógica que silencia y oprime.

I. La norma en comentario

¿Por qué costará tanto comprender el sistema jurídico en materia de discapacidad siempre en clave de derechos humanos? Este es el primer interrogante que nos genera la lectura y análisis de la res. 93/2020 del 22/04/2020, publicada en el Boletín Oficial dos días después, o sea, el 24/04/2020, que establece el nuevo régimen para la tramitación y el cobro de las pensiones no contributivas por invalidez establecidas en favor de las personas con discapacidad.

Sin lugar a duda, y como punto de partida, es dable destacar que esta norma viene a dar respuesta a una problemática que arrastra una gran cantidad de años, que afectó durante mucho tiempo a las personas con discapacidad, dado que hasta ahora se debía

iniciar un proceso de limitación a la capacidad —históricamente, procesos de “incapacidad” o “insania”, hoy “restricciones a la capacidad”—, a los fines de acceder a la tramitación y el cobro de estas pensiones.

En efecto, cabe destacar que la ley 13.478, en su art. 9º, y sus normas modificatorias, facultó al Poder Ejecutivo Nacional a otorgar, en las condiciones que fije la reglamentación, una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión e imposibilitada para trabajar. Por su parte, el dec. 432/1997, reglamentario del art. 9º de la mencionada ley, estableció los requisitos para la tramitación, otorgamiento, liquidación, suspensión y caducidad de las prestaciones no contributivas por invalidez. De acuerdo con lo dispuesto en el punto 7º del anexo del citado decreto reglamentario, se acordó que la liquidación y el pago de las pensiones se realiza a través de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) por medio de las entidades pagadoras correspondientes.

Conforme a la normativa reseñada, el sistema hasta la resolución en análisis era el siguiente:

— Los progenitores u otros representantes legales, en ejercicio de la responsabilidad parental o las figuras de cuidado correspondientes, perciben las pensiones de las personas menores de edad con discapacidad.

— Al llegar a la mayoría de edad, la Dirección de Asignación de Apoyos Económicos y Liquidación de la Agencia Nacional de Discapacidad comunica a dichos progenitores o representantes legales que cesará la autorización para que perciban la prestación en nombre de su representado por haber alcanzado la mayoría de edad, que desde el 2009,

por ley 26.579, sucede a los 18 años. Ello daba lugar a la derivación para iniciar un proceso de interdicción de la capacidad civil, dirigido a la designación de “representantes” que continuarán la percepción del beneficio en análisis.

— Tratándose de una persona mayor de edad, el inicio, gestión y percepción de la pensión también requería —conforme a la normativa reseñada— la derivación de la persona para la promoción de un proceso de interdicción en que se designara un “curador” que lo representara a los efectos de estos trámites de gestión y percepción.

La res. 93/2020, dictada por la Agencia Nacional de Discapacidad, pretende superar esta situación y establece en forma expresa que “Conforme lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación, aquellas personas con discapacidad menores de edad que sean titulares de derecho de una pensión no contributiva por invalidez gozan por sí mismos del pleno ejercicio del derecho a la percepción de la prestación otorgada, a partir del día que cumplen los dieciocho [18] años de edad o desde la fecha en que fueran emancipados” (art. 1º). Ante ello, “La Dirección de Asignación de Apoyos Económicos y Liquidación de la Agencia Nacional de Discapacidad notificará a los representantes legales del o la adolescente menor de edad que, alcanzada la mayoría de edad, el titular gozará del pleno ejercicio de su derecho al cobro por sí mismo, cesando la autorización de quien haya sido designado a percibirla” (art. 2º). A su turno, y a los fines operativos, el art. 4º establece que “La Dirección de Asignación de Apoyos Económicos y Liquidación de la Agencia Nacional de Discapacidad notificará, con la

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN

Uber: una doble caracterización para un mismo fenómeno
¿Era legal antes o debería prohibirse ahora?

Oscar A. Bruno 1

DOCTRINA

Personas con discapacidad y pensiones sociales: Cuando el avance queda a mitad de camino

Silvia E. Fernández y Marisa Herrera 1

NOTA A FALLO

Derecho a la información y actividad bancaria

Ángela M. Vinti..... 6

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD BANCARIA. Tarjeta de crédito. Renovación. Documentación necesaria. Incumplimiento del deber de información. Daño moral (CNCom.)..... 6

Personas con discapacidad y pensiones sociales: Cuando el avance queda a mitad de camino

● VIENE DE TAPA

misma antelación prevista en el art. 2º de la presente, a la Administración Nacional de la Seguridad Social, a fin de que esta ponga en conocimiento de las entidades pagadoras, que la pensión no contributiva por invalidez será percibida directamente por el titular de derecho, cuando alcance los dieciocho [18] años de edad o fuera emancipado/a con anterioridad a dicha edad”.

En sus considerandos, la resolución anuncia que su diseño se enmarca en las previsiones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en las disposiciones del Código Civil y Comercial. ¿Habría sido beneficioso completar el entramado normativo citando la ley 26.657 de Salud Mental, que tanta relevancia ha tenido en la obligada revisión crítica de la temática a la luz de los derechos humanos en el ámbito nacional?; interrogante que dejamos abierto —además— a modo de homenaje y para no perder de vista aquellas normativas que han colaborado tanto a cambiar la historia legislativa de la temática en estudio y que también, seguramente, algo han contribuido para que aquí nos estemos ocupando de otra normativa que pretende ir en esa misma línea. ¿Lo logra? Para responder esta otra inquietud, pasamos a analizar su texto.

II. El modelo convencional de capacidad jurídica y toma de decisiones con apoyo

A partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) y su incorporación a nuestro país por medio de la ley 26.378, con posterior rango constitucional (ley 27.044), el principio de capacidad jurídica que insufla la normativa (art. 12, CDPD) reconoce la condición de “persona ante la ley” de las personas con discapacidad, y exige que se garantice el ejercicio de su capacidad jurídica como derecho humano. El modelo de la Convención —modelo social de la discapacidad(1), conf. art. 1º, CDPD— abandona el paradigma de “sustitución” y lo reemplaza por el de “toma de decisiones con apoyos”, que asegura la realización de las *voluntades y preferencias* de las personas.

Conforme a este modelo, las personas no necesitan ser “incapacitadas” o “sustituidas” para el ejercicio de derechos, sino que se reconoce su capacidad jurídica *en igualdad de condiciones con las demás personas*, debiendo los Estados asegurar la erradicación de todas aquellas prácticas y normativas que impliquen incurrir en una discriminación *por motivos de discapacidad*. La Convención

establece que “por ‘discriminación por motivos de discapacidad’ se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (art. 2º, CDPD).

Entonces, bajo el modelo social, la *discapacidad* deja de ser una “condición” de la persona para pasar a constituirse como el resultado de la interacción de la persona con las *barreras* que presenta el medio social en que se desarrolla, siendo estas barreras las que impiden a la persona con discapacidad el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás(2).

El paradigma convencional de la capacidad fue iniciado a nivel nacional por la ley 26.657 de Salud Mental y estructurado, ampliado y profundizado por el Código Civil y Comercial de la Nación, que estableció en su normativa el principio de capacidad jurídica (art. 23) y diseñó un proceso de restricciones al ejercicio de la capacidad ceñido a actos particulares y en los límites de la sentencia (arts. 31, 38 y ss.). Para todos estos supuestos, el Código prevé como consecuencia la designación de figuras de apoyo (cfr. arts. 38 y 43, Cód. Civ. y Com.), que participan junto con la persona en el proceso de toma de decisiones.

Esta es la línea o columna vertebral, centrada en la capacidad como principio y su consecuencia, el ejercicio de dicha capacidad con apoyos, siendo la única excepción la dispuesta en el art. 32 en su parte final y que involucra a las personas que se encuentren absolutamente imposibilitadas de interactuar con su entorno por cualquier medio, forma o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz. Solo en este supuesto excepcional se procede a declarar la incapacidad, con la consecuente designación de un curador.

En este entramado legal con base constitucional-convencional, una normativa y práctica que impusiera a la persona con discapacidad iniciar un proceso de restricción a la capacidad para acceder a un beneficio social era, a todas luces, inconstitucional. En otras palabras, sacrificar el ejercicio de la capacidad jurídica en cuanto derecho humano, con el fin de acceder a un derecho social, importaba una clara discriminación por motivos de discapacidad, violentándose el modelo de toma de decisiones con apoyo y la dignidad de las personas con discapacidad.

La jurisprudencia tuvo oportunidad de expresarse al respecto, tal como damos cuenta en el próximo apartado.

III. Los primeros aires de inconstitucionalidad de disposiciones administrativas

En el año 2009 se dictó el primer fallo que descartó la exigencia administrativa a los fines de la cobertura y satisfacción de este derecho económico y social. Se trató de un planteo incoado por la Asesoría de Incapaces Nº 1 de Mar del Plata en rechazo de la demanda que pretendía lograr la restricción de

la capacidad con el fin exclusivo de cumplir con una exigencia administrativa. En esta oportunidad, la jueza hizo lugar a esta crítica al considerar “que para la tramitación y percepción en definitiva del beneficio de pensión no resulta necesario la iniciación del presente proceso y su continuidad teniendo como norma aplicable la ley 26.378, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...]. No es posible requerir un trámite de insania con el efecto propio de la misma para la obtención de un beneficio que el Estado ha garantizado en el art. 75, inc. 22, de la CN en la legislación dispuesta para la discapacidad dentro del sistema de salud, obras sociales y Estado Nacional, ley 24.901, demás complementarias [...] y en las normas superiores, así el principio de personalidad jurídica consagrado en el art. 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, art. 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el art. 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social), y receptado especialmente en los arts. 12 y 36 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires” (3). De este modo, se rechazó la petición inicial a los efectos de obtener el beneficio previsional dispuesto por la ley 10.205 y se dispuso establecer un sistema de apoyo, tal como viene desarrollándose en la actualidad, entre el Sr. A. A. L. L. y su padre, para que a partir de la comprensión y la confianza generada celebraran los actos necesarios en forma alternada, indistinta y/o conjunta para la tramitación del beneficio previsional. Asimismo, se ordenó al órgano administrador provincial el otorgamiento y/o mantenimiento del beneficio de pensión sin exigencia de declaración de “insania”, y la consecuente designación de un “curador” al efecto de su cobro, haciéndosele saber que el propio interesado tramitará personalmente y/o a través del mandato otorgado al Sr. A. L., de conformidad con las condiciones de práctica administrativa.

También en el marco de la interrelación entre los derechos económicos, sociales y culturales, a los que se adiciona de manera más contemporánea el término “ambientales” (DESCA), y los derechos de las personas con discapacidad, cabe traer a colación otro precedente que también proviene de la ciudad de Mar del Plata en el que se resolvió un planteo de carácter colectivo interpuesto, nuevamente, por la Asesoría de Incapaces Nº 1, que cuestionó la exigencia por los organismos administrativos de una sentencia de incapacidad a los fines de la obtención del beneficio social de pensión no contributiva en favor de personas con discapacidad psicosocial; en igual carácter colectivo, se requirió al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación la modificación de los Certificados de Discapacidad, que exigían la determinación médica de la “necesidad de curatela” para estos fines(4). Dicha sentencia no fue recurrida por los organismos administrativos, por lo cual se encuentra firme.

Luego de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, se pronunció el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, en fecha 18/08/2015(5). Aquí se sostuvo que “La pretensión del accionante de que se declare la insania de su hermana y ser designado curador definitivo a fin de obtener por vía administrativa el pago de una pensión por discapacidad

debe rechazarse, pues no solamente el costo no se compadece con el beneficio, sino que, al no darse ninguno de los presupuestos exigidos por el art. 32 del Cód. Civ. y Com., no es jurídicamente posible”. En la sentencia se interroga de manera crítica y acertada: “¿No es muy alto el precio que debe pagar una persona para obtener una pensión, el que se declare su incapacidad? ¿Es ello posible bajo la vigencia del Código Civil y Comercial y la CDPD? Rotundamente no. No se dan en el caso —desde el mismo instante de considerar el tenor de la demanda lo advierto— ninguno de los dos presupuestos de la declaración de incapacidad de una persona y la consecuente designación de un curador (art. 32, Cód. Civ. y Com.): a) imposibilidad de la persona de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado; b) demostración de adopción de un sistema de apoyos previo y adecuado a la situación existencial de la persona en cuestión, y su ineficacia comprobada. Desde este punto de vista —el único posible a mi criterio teniendo en cuenta la legislación vigente— la demanda es objetivamente improponible”.

Sobre el particular, es interesante la previsión que contiene el art. 124 del Cód. Proc. Familia de Mendoza, que establece, en relación con el auto de apertura o rechazo de la acción, que, en caso de desestimación de la demanda: “El/la juez/a podrá desestimar la demanda sin más trámite. En los casos en que advierta la existencia de derechos económicos, sociales y culturales vulnerados, notificará a los organismos estatales que correspondan a los fines que dispongan las medidas pertinentes”.

Por su parte, desde la órbita administrativa, es de interés mencionar que la propia ANSeS se había pronunciado en el mismo sentido crítico que se viene exponiendo, a través de su Gerencia Previsional, mediante la circular 35 del 10/07/2008, sobre tramitación de los beneficios de pensión para personas con discapacidad, cuyo punto d) expresa: “si el discapacitado se presenta en forma personal sin la ayuda de familiares, dándose a entender en forma verbal y/o por escrito, se recibirá la documentación proporcionada por este y con ajuste a las normas detalladas en la página web de ANSeS (<http://www.anses.gov.ar>), ello según lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la ley 26.378”.

Por lo tanto, a la luz de este panorama jurisprudencial y administrativo, fácil se puede concluir que el objeto de la res. 93/2020 era una decisión lógica y esperada hace bastante tiempo; es decir, habría venido a cerrar una grieta a fuerza de consolidación jurisprudencial y, ahora, recepción normativa.

IV. Analizando la res. 93/2020 desde la obligada perspectiva convencional-constitucional

A la luz de los principios hasta aquí expuestos y las normativas convencionales y legales mencionadas, pasamos a examinar el contenido o el texto de la resolución dictada por la Agencia Nacional de Discapacidad.

Si bien, en principio, el documento postula acercarse al modelo constitucional-convencional de la toma de decisiones con apoyo —de hecho, dicho modelo es invocado

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Asesora de Incapaces Depto. Judicial Mar del Plata. Especialista en Derecho de Familia (UNR). Especialista en Magistratura Judicial (UNMDP). Diplomada en protección jurisdiccional de derechos de infancia (UNICEF). Profesora adjunta por concurso de la Facultad de Derecho, UNMDP, Derecho Civil V. Investigadora de la UNMDP.

(**) Investigadora del CONICET.

(1) Se recomienda ver, sobre el modelo social: PALACIOS, Agustina, “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ed. Cermi, Madrid, 2008.

(2) Se ha señalado que “una limitación o imposibilidad para caminar es una deficiencia, mientras que una limitación o imposibilidad para entrar a un edificio debido a que la entrada posee una serie de esca-

lones es una discapacidad. Una limitación o imposibilidad de hablar es una deficiencia, pero la limitación o imposibilidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no se encuentran disponibles es una discapacidad. Una limitación o imposibilidad para moverse es una deficiencia, pero la limitación o imposibilidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad”. MORRIS, Jenny, “Pride against prejudice. A personal

politics of disability”, Ed. Women’s Press, Londres, 1991, p. 17.

(3) TFam. Nº 1 Mar del Plata, diciembre/2009, “L. L., A. s/ incapacidad”, inédito.

(4) JFam. Nº 2 Mar del Plata, 05/08/2013, “A., G. s/ incapacidad”, firme, inédita.

(5) JCiv., Com. y Lab. Monte Caseros, 18/08/2015, “S. O. s/ insania”, RDF del 12/11/2015, Ed. AbeledoPerrot, AR/JUR/27913/2015.

en sus considerandos— y así lo reflejan sus primeros artículos, que celebramos, lo cierto es que a partir de los arts. 8º, 9º y 10, este modelo y los principios que lo sustentan se ven traicionados en atención a la solución implementada en tales disposiciones.

En efecto, hemos destacado que los arts. 1º y 2º aportan una solución acorde al principio de capacidad jurídica: reconocen que, cesada la representación de los progenitores sobre la persona por haber alcanzado la mayoría de edad, esta —y solo ella— es la titular del derecho y, por ende, quien debe gestionar y percibir el beneficio que aquí se regula.

Así, conforme a lo establecido por los arts. 1º, 2º y 4º ya reseñados, el siguiente —el art. 5º— dispone que “para el inicio del trámite de obtención de la pensión no contributiva por invalidez, las personas con discapacidad mayores de dieciocho [18] años o emancipados de acuerdo a la legislación vigente, podrán presentarse ante la Ventanilla Única de la Administración Nacional de la Seguridad Social por sí mismas, o sus apoyos extrajudiciales que respeten su voluntad y preferencias, en su caso”.

En consecuencia, la resolución debe prever el modo en que se desarrolla el trámite a los fines de asegurar a la persona con discapacidad la *accesibilidad* en la información y efectivización de esta tramitación [arg. art. 9º, CDPD (6)].

Cabe recordar que la accesibilidad constituye un principio central en la Convención, que puede alcanzarse mediante dos estrategias: 1) el diseño universal; y 2) los ajustes razonables. El diseño universal es previo, y se refiere a un universo de personas y situaciones. Es decir, implica que, al proyectar un producto, servicio, política pública, sistema de salud, de educación, etc., se tenga en mente un universo real de personas y situaciones, y no solo de personas y/o situaciones estándar. Por el contrario, los ajustes razonables no son previos sino posteriores al diseño universal. Se dan cuando, aun a pesar de haber pensado en términos de todas las personas y situaciones posibles, surge una necesidad particular, la de una persona, que no ha sido posible prever.

Con mayor rigor técnico, desde la doctrina especializada (7) se ha señalado que la accesibilidad presenta una vertiente multidimensional y se constituye como parte del contenido esencial de todos los derechos —condición ineludible para su ejercicio—, como así también del contenido del derecho a la igualdad y no discriminación, dado que la ausencia de accesibilidad se traduce en una discriminación. En este sentido, el tratamiento desfavorable en razón de discapacidad constituye una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades. Por lo tanto, la accesibilidad es un derecho universal autónomo cuyas dimensiones descritas no son excluyentes sino complementarias (8).

Con miras a asegurar esta accesibilidad, el art. 6º dispone: “El personal que deba explicar los trámites relativos a la solicitud de una

pensión no contributiva por invalidez debe garantizar la accesibilidad de la comunicación mediante medios aumentativos y alternativos de comunicación, y/o lengua de señas para que la persona con discapacidad mayor de edad o emancipada pueda comprender el trámite a realizar, así como los plazos, la documentación a presentar y todo cuanto resulte necesario al efecto”.

La norma se alinea con lo dispuesto por el art. 2º de la CDPD en relación con la *comunicación* de y con las personas con discapacidad, en el sentido de que “La ‘comunicación’ incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso...”.

De este modo, y en consonancia con lo dispuesto por el art. 31 del Cód. Civ. y Com., que establece que la persona “tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión” [art. 31, inc. d)], se dispone que el personal administrativo deberá practicar los ajustes razonables necesarios a fin de asegurar la accesibilidad a la información por parte de la persona con discapacidad, no pudiendo imponerse las barreras de la comunicación como causa de negación del acceso a los trámites para la obtención de la prestación social.

Sobre el particular, recordamos que, conforme a la Convención de Naciones Unidas, se entiende por ajustes razonables a “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2º), y que la denegación de dichos ajustes razonables en un caso particular importa “discriminación por motivos de discapacidad” (art. 2º, cit.). Sobre el particular, el art. 5º establece: “A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.

En este sentido, el art. 6º aparece como una norma tendiente a la realización de la comunicación sin barreras, en clara sintonía convencional. En consonancia con ello, el art. 7º dispone que “Si la persona con discapacidad concurre personalmente y comprende lo expresado por el personal en los términos del art. 6º de la presente, iniciará el trámite en forma personal con su sola firma y entregando la documentación requerida”.

Hasta aquí, sin lugar a duda, el trámite respeta los postulados convencionales y aparece coherente con la fundamentación contenida en los considerandos de la resolución en análisis.

Ahora bien, la cuestión se complejiza en los últimos tres articulados, los arts. 8º, 9º y 10, que merecen un estudio crítico desde la perspectiva constitucional-convencional obligada. En otras palabras, y adelantando nuestra conclusión y aporte más elocuente sobre la res. 93/2020, las últimas previsiones desentonan con la lógica adoptada hasta aquí, al estar desajustadas al paradigma convencional-constitucional de derechos con base en la CDPD, la Ley de Salud Mental y el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de restricciones a la capacidad.

Veamos, el art. 8º dice: “En el supuesto que la persona con discapacidad concurre con sus apoyos extrajudiciales, de requerirlo, y mientras se respeten su voluntad y preferencias, podrá iniciar el trámite, con su firma y la de dos [2] apoyos que la persona designe, mediante presentación espontánea”.

Esta disposición no supera el test de constitucionalidad-convencionalidad. Pasamos a exponer las razones.

El supuesto de hecho abarcado es el de una persona respecto a la cual no existe un proceso de restricción a la capacidad, y menos aun se cuenta con una sentencia. En consecuencia, no existen apoyos judiciales designados para favorecer el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona. Por eso es que el artículo alude a los apoyos “extrajudiciales”. Vale recordar que, conforme a lo dispuesto por el art. 43 del Cód. Civ. y Com.: “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”.

Es que, justamente, si reparamos en que la Convención de Naciones Unidas postula el principio de capacidad jurídica y alude a los apoyos como herramienta para posibilitar dicho ejercicio, surge consecuente que los apoyos no requieren un proceso de interdicción y que deben reconocerse más allá de una designación judicial. En este marco, se habla de apoyos “formales” e “informales” para dar cuenta de las múltiples formas y modos de apoyo con que una persona puede contar en su vida cotidiana, aun sin designación judicial. Todas las personas contamos con mecanismos, herramientas y figuras de apoyo en nuestra vida cotidiana; recurrimos a nuestras personas de confianza a la hora de tomar decisiones complejas —sean personales o patrimoniales—, es decir, contamos con *apoyos* para tomar decisiones informadas cuando así lo requerimos. En esta sintonía debe interpretarse y reconocerse el mecanismo de apoyos que establece la Convención de Naciones Unidas.

Precisamente, el art. 12 de la CDPD establece en el apart. 3º: “Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con disca-

padidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

El apoyo al que se hace referencia alude a aquella persona, organismo o institución que, a través de la comprensión y la confianza de la persona, colabora en la toma de decisiones. Dos notas son características de los sistemas de apoyo: su complejidad y su diversidad. En efecto, se alude a la complejidad, pues no se trata de “reemplazar el nombre de tutela o curatela” en las legislaciones nacionales, sino de crear y/o promover la creación de figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal, adaptar o reemplazar otras instituciones legales, crear protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones, desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, entre otras; en tanto, desde la diversidad, se postula que el sistema de apoyo debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales (9).

Tal como aclara el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, el apoyo no se identifica con un modelo rígido, ni siquiera lo constituye siempre una persona y no debe implicar sustitución: el modelo es la toma de decisiones con apoyos. El respeto a las voluntades y preferencias de la persona implica que es ella la principal habilitada para designar el apoyo y, en el marco de esa libertad, decide quiénes son las personas que la asisten en la toma de decisiones.

Retomando la norma analizada, podemos afirmar que establecer que en el caso de que se presente la persona con discapacidad con apoyo extrajudicial deberá exigirse la presencia y firma de dos “apoyos” resulta una imposición arbitraria, infundada y desproporcionada. En primer lugar, la exigencia de la presencia de “dos apoyos”, primeramente, incurre en un error técnico. Sucede, como hemos dicho, que el “apoyo” es único: se trata del sistema, la herramienta, el mecanismo que permite la toma de decisiones apoyadas, con respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, el que, conforme a dicha voluntad, podrá estar conformado con la participación de una, dos o más personas; otras veces lo constituye una institución, una ONG; hemos dicho que el modelo no es único. En cualquier caso, el sistema en sí es único; el sistema de apoyo es el medio por el cual se canaliza la toma de decisiones. De tal modo, la resolución, en primer lugar, confunde el “apoyo” con las personas físicas individuales que lo puedan prestar.

En segundo lugar, establecer e imponer al beneficiario que “tenga que buscar” dos personas para que asistan a este acto de tramitación de su pensión es inadecuado, violatorio de derechos y borra completamente los fundamentos que se exponen en los considerandos de la resolución. Se asemeja a las normativas que requieren “dos testigos” para habilitar la realización de actos para los que se presume que no es suficiente la sola manifestación de la persona para dar fe por sí sobre la existencia o genuinidad del acto. Así, por ejemplo, cabe traer a colación la ley 26.529 y su reforma por la ley 26.742 en

{ NOTAS }

(6) Art. 9º: “A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras

instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia. 2. Los Estados partes también adoptarán las medidas pertinentes para: a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público; b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad; c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en

los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad; d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en braille y en formatos de fácil lectura y comprensión; —11— e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público; f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información; g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida internet; h) Promover el diseño, el desarrollo, la pro-

ducción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo”.

(7) DE ASÍS ROIG, Rafael - PALACIOS, Agustina, “Derechos humanos y situaciones de dependencia”, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, ps. 60-71.

(8) PALACIOS, Agustina - FERNÁNDEZ, Silvia E. - IGLESIAS, María Graciela, “Situaciones de discapacidad y derechos humanos”, Ed. AbeledoPerrot, 2020, en prensa.

(9) PALACIOS, Agustina - FERNÁNDEZ, Silvia E. - IGLESIAS, María Graciela, “Situaciones de discapacidad...”, ob. cit.

lo relativo al dictado de directivas anticipadas, para cuya forma se requiere: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos [2] testigos...”. También nos rememora el malogrado precedente sentado en el fallo resuelto por la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fecha 29/03/2010 (10), una muestra concreta de lo que significa incurrir en una discriminación al negar la implementación de ajustes razonables. Nos referimos al caso que compromete a una persona ciega que alegó haber sido discriminada por la empresa demandada, quien le negó un crédito por su condición de ciego. Aquí la condición puesta por la accionada era que el acto se realice en presencia de dos testigos hábiles, con fundamento en la necesidad de asegurar su efectivo conocimiento acerca de los términos de la documentación crediticia que debía firmar. En primera instancia, la demanda prosperó favorablemente, determinándose que se trató de un acto discriminatorio. La Cámara revocó la decisión. Es de interés señalar que el dictamen técnico del INADI requerido en la causa había concluido que el accionar de la demandada constituyó un acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592. La Cámara, con una mirada sesgada y ausente de los principios convencionales-constitucionales en juego, escudó su decisión en la naturaleza de consumo del acto de mutuo, sosteniendo que resultaba particularmente exigible la garantía de “información adecuada y veraz”.

Volviendo al art. 8º cuestionado, corresponde preguntarnos: ¿Cuál es la razón por la que se requieren dos personas para operar como apoyo? ¿Qué función se espera que cumplan dichas personas? ¿Por qué dos? ¿Por qué no tres, cinco o una? ¿Se cree que “más de uno” garantiza en mejor medida la comprensión sobre la información brindada? ¿Se está asumiendo que la condición de discapacidad limita la capacidad para comprender un acto de administración como este, que claramente lo beneficia, al tratarse, precisamente, de un beneficio? ¿Son estas las *condiciones de accesibilidad* que deben brindarse para asegurar la toma de conocimiento de la información por parte de la persona con discapacidad? ¿Se trata, en realidad, de la incorporación de la presencia de un tercero para “avaluar” una comprensión por otro, es decir, se asienta en un perfil netamente sustitutivo? Como se puede observar, las inquietudes críticas que genera el art. 8º son varias y de peso.

Sostenemos que la solución es antojadiza y caprichosa y no se sustenta en ningún fundamento legal ni convencional; es más, los contradice. Si la persona con discapacidad solo cuenta con una persona de confianza a quien recurre y es su soporte para la toma de decisiones, e incluso en tal carácter le solicita que la acompañe a realizar este trámite, ¿será rechazada porque se le exigirá que traiga a otra persona más? ¿Qué ocurre si no existe otra persona de confianza para la persona con discapacidad?

Entendemos que una adecuada redacción para la norma habría sido la siguiente: art. 8º: “En el supuesto de que la persona con discapacidad concurre con quien señale como su apoyo extrajudicial, deberá garantizarse la participación de dicho apoyo respetando las voluntades y preferencias de la persona”.

No se necesitan más firmas que la de la propia persona beneficiaria. La firma de los apoyos no se requiere, por cuanto estos apo-

ayos no son judiciales, y debemos recordar que, aun cuando se trate de apoyos judiciales, el establecimiento de estos no implica, siempre, hacerlos parte del acto. Siempre se debe tener presente que la función del apoyo dependerá de lo que establezca la sentencia. A su turno, de establecerse la firma de los apoyos, no se advierte cuál es la diferencia entre el art. 8º y el 9º, pues en ambos casos, con o sin sentencia, se requiere la presencia de apoyos que firmen. En otras palabras, y solo a los fines de subrayar lo ilógico del planteo que establece la resolución en cuestión en los arts. 8º y 9º: si en el art. 8º —referido a los apoyos extrajudiciales— la norma exige la firma de los dos apoyos, y en el art. 9º —para apoyos judiciales—, la firma de los apoyos, no se advierte la diferencia entre una y otra disposición, es decir, entre los apoyos extrajudiciales y los judiciales, ya que ambos supuestos se resuelven del mismo modo.

Por su parte, el art. 9º dice: “Para el supuesto que establece el art. 32 del Cód. Civ. y Com., por el que se haya restringido la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, solo se requerirá la firma de las personas a las que el juez o jueza haya designado”.

Este artículo también incurre en varios errores técnico-jurídicos.

En primer lugar, su redacción no es clara en torno a cuál es el sujeto al que se refiere cuando expresa: “por el que se haya restringido la capacidad jurídica”; cabe suponer que estamos ante un caso en el que existe un proceso judicial. En este marco, se está partiendo de considerar que en todos los casos en que existió restricción a la capacidad dicha restricción involucró el ejercicio de actos de administración, como lo es la tramitación y el cobro de la pensión por discapacidad. Ello no es siempre así. La sentencia puede haber restringido actos de disposición, no así de administración, o actos procesales, o actos relativos al consentimiento informado, etc., y no siempre implicar limitaciones a la administración.

En segundo lugar, la norma está atribuyendo al apoyo una función sustitutiva de la persona, lo cual es sabido que es otro grave error, por todo lo que se vino explicando hasta aquí en lo que respecta al sistema de apoyos.

Consideramos que una redacción adecuada del art. 9º podría ser la siguiente: “Para el supuesto que establece el art. 32 del Cód. Civ. y Com., en los casos en que conforme a los términos de la sentencia de restricción a la capacidad se haya restringido la realización de los actos comprendidos en el presente, se requerirá la firma de las personas a las que el juez o jueza haya designado”.

De tal modo, y solo en el caso de que la sentencia haya restringido los actos relativos a la tramitación y percepción del beneficio social o, genéricamente, los actos de administración, se debe requerir la firma de la persona designada como apoyo. De lo contrario, la solución en estos supuestos es aún más gravosa que la que propone el artículo siguiente, el art. 10, y por eso debemos entrar a analizar esta disposición.

El art. 10 dispone: “Por excepción, conforme lo establece el art. 32 *in fine* del Cód. Civ. y Com. de la Nación, si la persona con discapacidad se encontrara absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de

apoyo resultare ineficaz, la Dirección Nacional de Apoyos y Asignaciones Económicas de la Agencia Nacional de Discapacidad notificará a la Defensoría Federal de Menores e Incapaces correspondiente a la jurisdicción del domicilio de la persona que solicita la prestación, para que determine el curso a seguir”.

Advertimos varios desaciertos en esta norma.

En primer término, se brinda una solución distinta a la dada por el Código Civil y Comercial. La norma parece decir que, en ese supuesto, *no* se procederá conforme a lo establecido por el art. 32, *in fine*, del Cód. Civ. y Com., sino que se dará intervención *a otro organismo* —por lo demás, federal—, que no tiene competencia, versación ni especialidad en materia de capacidad jurídica, conculcándose de este modo principios procesales básicos, tal como lo dispone la legislación civil en los arts. 706 y 707. ¿Está habilitada una resolución de un organismo estatal como lo es la Agencia Nacional de Discapacidad a modificar lo que regula una norma sobre la que, además, pesa una interpretación restrictiva?

Cabe recordar que para el caso especificado en el art. 32 final, el Código Civil y Comercial propone la declaración de incapacidad y la designación de un curador. Si la persona ya posee sentencia en dicho proceso, existe un curador designado. El es quien deberá percibir la pensión, dada la absoluta imposibilidad de la persona de manifestarse y expresar su voluntad.

Si aún no se hubiere dictado sentencia, la intervención que corresponde dar es al asesor de incapaces (o defensor de menores e incapaces, según la denominación que se recepte en cada jurisdicción) y al juez o jueza interviniente en dicho proceso, a fin de determinar lo que corresponda para asegurar el cobro de la prestación; eventualmente, podría dictar una autorización para percibir o una designación de un curador provisorio. Si no existe un proceso en trámite, también corresponde conferir intervención al asesor de incapaces o defensor de menores e incapaces de la jurisdicción —perteneciente a la justicia provincial u ordinaria, es decir, con competencia en lo civil, comercial y de familia—, que es quien podrá determinar “el curso a seguir”, pero no sería a un organismo “federal”.

Al margen de ello, cabe señalar que no existe la “Defensoría Federal de Menores e Incapaces”, sino que, en el ámbito local, son los defensores federales (de adultos) quienes ejercen tal función en el marco de un proceso determinado, es decir, quienes ejercen la intervención prevista en el art. 103 del Cód. Civ. y Com. Entonces, las preguntas que se derivan son: a quién se debería dar intervención si tal figura no existe y en el marco de qué proceso, si, justamente, no hay proceso abierto, tal como reza la norma. Como se puede observar, las inquietudes prácticas que genera esta previsión son elocuentes.

En consonancia con la crítica esbozada, proponemos la siguiente redacción del art. 10: “Por excepción, conforme lo establece el art. 32, *in fine*, del Cód. Civ. y Com. de la Nación, si la persona con discapacidad se encontrara absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyo resultare ineficaz, la Dirección Nacional de Apoyos y Asignaciones Económicas de la Agencia Nacional de Discapacidad notificará al asesor o

defensor de incapaces y al juez del proceso de restricción a la capacidad; en caso de no existir proceso, dará intervención a la Defensoría o Asesoría de Menores e Incapaces correspondiente a la jurisdicción del domicilio de la persona que solicita la prestación, para que determine el curso a seguir”.

V. Palabras de cierre

La resolución comentada fue esperada durante muchos años por el colectivo de las personas con discapacidad. Atento a su dictado en el año 2020, era de esperar que ella se encontrara alineada, coherente y auspiciada por los postulados constitucionales-convencionales, así como los plasmados y consolidados en la Ley de Salud Mental y el Código Civil y Comercial. Para hacer un parangón con ciertas figuras clásicas del derecho, se podría decir que, a esta altura del desarrollo jurídico, se presumía —*iuris tantum*— que las disposiciones relativas al régimen de la discapacidad estarían adecuadas a este entramado normativo; sin embargo, este artículo demuestra que es eso, una presunción que admite prueba en contrario, y las presentes observaciones críticas vendrían a demostrar, justamente, que no siempre las normas se derivan o se construyen del tronco o núcleo básico, como lo es la doctrina internacional de los derechos humanos.

Si bien en principio celebramos el reconocimiento de los derechos económicos y sociales en favor de las personas con discapacidad, aspiramos a que dicho reconocimiento sea sin restricciones ni discriminaciones por motivo de discapacidad. Por el contrario, observamos que, aunque los fundamentos de la norma anuncian esa lógica, tal logro queda a mitad de camino, porque, lamentablemente, la res. 93/2020 recepta disposiciones que encierran una discriminación por motivos de discapacidad condenada por la Convención de Naciones Unidas. Como suele ocurrir, la presencia del *otro*, del “diferente”, del que no encaja en los estándares y modelos del hombre medio, sin discapacidad, sigue generando temor, precauciones y finalmente discriminación a la hora de reconocer el ejercicio de sus derechos. La resolución en análisis es otra muestra más de lo difícil y complejo y de cómo cuesta salir de esta lógica que silencia y oprime.

Por formación o deformación profesional, académica y personal, no nos satisface quedarnos en el plano de la crítica, sino que nos parece central —y más en este contexto tan excepcional en el que nos encontramos, transitando una pandemia de impacto inusitado e incierto— colaborar y brindar aportes con claro tinte constructivo. Es por ello que aquí hemos esgrimido algunas propuestas concretas de reforma a la resolución en análisis. No sería el primer caso en que la Agencia de Discapacidad deroga o modifica normativas propias, admitiendo —sin decirlo de manera expresa— ciertos errores o desaciertos desde la obligada perspectiva de los derechos humanos (11).

Esta propuesta de modificación tiene, en definitiva, el objeto de seguir bregando por una normativa respetuosa de los derechos humanos, en especial, de un colectivo como las personas con discapacidad, a quienes les cabe por mandato constitucional ser destinatarias de acciones positivas que las empoderen, revaloricen y dignifiquen (conf. art. 75, inc. 23). Que se reconozca que las personas con discapacidad deben acceder a sus derechos en igualdad de condiciones con las demás, sin distinción, sin discriminación por

{ NOTAS }

(10) CNCiv., sala H, 29/03/2010, “S., H. M. c. D. S. A.”, cita online: 70060580.

(11) Un ejemplo reciente es la circular de ANDIS IF-2020-18448600-APN-DE#AND, de fecha 21/03/2020, que

dejó sin efecto la circular IF-2020-18382159 del 20/03/2020, referida a las “Recomendaciones de habilitación limitada a circular para personas con discapacidad mental, cognitiva y psicosocial con motivo del coronavirus”. Más allá de que

se pretendió defender el aislamiento social de este colectivo para que no se exponga a contagios, lo cierto es que en dicha recomendación se establecía que, a los fines de poder salir al espacio público, las personas con discapacidad

debían ser identificadas con ropa azul o una cinta azul en el brazo, como así también sus acompañantes, con dudosa constitucionalidad-convencionalidad de una previsión como esta en clave de igualdad y no discriminación.

motivos de discapacidad, forma parte de esta manda constitucional.

En definitiva, siguiendo a Nussbaum: “En otras palabras, queremos universales que se caractericen más por facilitar que por ti-

{ NOTAS }

(12) NUSSBAUM, Marta, “Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2007.

ranizar, que creen espacios para la elección más que forzar a la gente a entrar en el modelo total de funcionamiento deseado. Una sociedad política de este tipo solo podría fundarse sobre el respeto de todas y cada una de las personas como portadoras de valores y como fines en sí, y en la protección y promoción de cada una de las capacidades para cada una de las personas, valorando cada vida por sí misma y garantizando a cada una la posibilidad de vivir una vida verdaderamente humana” (12).

Cita on line: AR/DOC/1377/2020

➤ MÁS INFORMACIÓN

Seda, Juan Antonio, “COVID-19, discapacidad y familia”, LA LEY 13/04/2020, 20, AR/DOC/1021/2020
Fernández, Silvia, “Discapacidad, accesibilidad y derecho a la educación de niños con discapacidad. Una respuesta judicial protectora ante la discriminación por discapacidad”, JA 2020-I, SJA 26/02/2020, 23, AR/DOC/3523/2019

Russell, Oliver, “Discusiones sobre el otorgamiento del Certificado Único de Discapacidad en sede judicial”, Sup. Adm. 2020 (febrero), 6, AR/DOC/209/2020

➤ LIBRO RECOMENDADO

Manual de Derecho de las Familias
 Autor: Herrera, Marisa
 Edición: 2019
 Editorial: Abeledo Perrot, Buenos Aires

_ COLUMNA DE OPINIÓN

Uber: una doble caracterización para un mismo fenómeno

➤ VIENE DE TAPA

tiempo aparecieron los remises privados, los cuales se multiplicaron en la década de 1990 del pasado siglo. Y solo desde el 2016 comenzó a operar Uber en el transporte privado de pasajeros.

II. Actitud de los poderes de CABA desde su aparición en el 2016 hasta marzo del 2020

Tanto desde uno como desde otro poder, la actividad desplegada a su respecto ha sido diagramada —con mayor intensidad y uniformidad al principio— en función de establecer, o intentar al menos, la prohibición para que aquella empresa opere en las condiciones en las que ella propone, con varios y diversos argumentos.

En una de las primeras sentencias realizadas en el ámbito de la justicia de CABA, cuya acción fue entablada por el Sindicato de Peones de Taxi (2), se resolvió “ordenar al GCBA que de modo inmediato arbitre las medidas necesarias” a fin de bloquear el uso de la aplicación por parte de los usuarios. Asimismo, como fundamento, en dicha sentencia se invocó, entre otros argumentos, una noticia publicada en el diario *Página 12* (3), en la cual se citó al entonces secretario de Transporte porteño, Juan J. Méndez, para quien la actividad desarrollada por Uber sería ilegal.

En otra sentencia cuya acción fue entablada por el mismo sindicato (4) se resolvió “ratiificar que la medida cautelar incluye a los conductores/socios de la empresa Uber, en todo el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

El 08/11/2018, el portal de noticias *Infobae* citaba a la legisladora de CABA Cristina García, quien señaló que “se busca ser más efectivo en los controles y para esto se permite a los agentes retener las licencias de conducir”. Y agregó: “Las sanciones ya existen, tanto para un taxi trucho como para un remis trucho. Ahora se incorpora este tipo de servicios (Uber)” (5).

El jefe de Gobierno porteño declaró, en una entrevista: “primero de todo, que Uber no tiene una sociedad legítima en la Argentina; no pagan impuestos; no pagan las cargas sociales de sus trabajadores, los conductores; tienen conductores que conducen gente y no tienen un registro profesional; son ilegales” (6).

Estos son solo unos pocos ejemplos entre todos los que han realizado y manifestado los poderes intervinientes en relación con la actividad comercial de la empresa. Sin embargo, esta nunca ha dejado de funcionar. Sin desentrañar aquí el hecho de resolver de quién o de quiénes sería la responsabilidad por no lograrse un eficaz cumplimiento de lo decidido en las diversas órbitas de los poderes, lo cierto es que la actividad de la empresa nunca ha sido interrumpida. Aunque los diversos actores sociales que interactuaron en contra de la compañía no lo han logrado, es cierto que se la ha criticado y se la ha intentado prohibir en reiteradas oportunidades, pero, como se ha apenas dicho, ello nunca ha sido conseguido.

III. Fundamentos utilizados para su prohibición

Desde el comienzo de la actividad que la empresa desarrolla en el país, varios han sido los argumentos utilizados para intentar prohibir su operatoria. Entre ellos, podemos encontrar aquel que, desde la óptica del derecho del trabajo, cuestiona que la empresa no brinda a los conductores que transportan pasajeros los derechos que la ley laboral otorga a los trabajadores en relación de dependencia.

Esta forma de trato hacia el conductor por parte de la empresa, que comienza por el uso de una denominación no laboral, se encuentra desde la propia página web que la compañía posee. En ésta se los identifica como “socios conductores” (7), caracterización que claramente remite a un instituto legal diferente al que le cabe a un trabajador dependiente. Esta forma de denominar la relación —y, por consiguiente, de actuar—, en los hechos, despoja a los conductores de diversos beneficios dispuestos obligatoriamente por la ley para el trabajador en relación de dependencia, como son el pago del sueldo anual complementario, las vacaciones pagas, las licencias por enfermedad, la cobertura por accidentes laborales y la indeterminación del contrato celebrado, entre otros.

Un argumento adicional utilizado en contra de la forma de realizar su giro comercial proviene del gremio de los taxistas. Desde

este sector se acusa a la empresa de operar en competencia desleal. Esto ocurriría de esta manera ya que la actividad, al momento, no está sujeta a las varias y diversas regulaciones que están establecidas para los taxis. Esta circunstancia favorece, de esta manera, a quienes realizan su actividad mediante la aplicación, ya que, al pagar menos impuestos, el servicio puede realizarse con un precio al público muchas veces inferior al que un taxi percibiría por la misma prestación, y esto les permite realizar más viajes y operaciones, y facturar más por ello, en consecuencia.

Otro argumento utilizado es el relacionado con la determinación del sujeto pasivo, para el caso de que deba iniciarse un reclamo por alguna contingencia ocurrida en ocasión de que un usuario denuncie algún incumplimiento en razón del viaje contratado. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que deba realizarse un reclamo patrimonial y que no sea el seguro del conductor el que deba responder. Éste podría ser el supuesto de un viaje que no llegara a destino en el horario convenido y, como consecuencia de ello, el usuario perdiera un viaje aéreo o un ómnibus de media o de larga distancia previamente contratado. En la hipótesis de ser procedente el reclamo, deviene una situación claramente mejor —o peor— que el patrimonio sobre el cual se pueda ejecutar una sentencia sea el de una empresa válidamente constituida en el territorio nacional y con patrimonio suficiente, frente al supuesto en el que el sujeto responsable sea un conductor individual, quien, en no pocos casos, podría encontrarse en una situación de insolvencia o *hiposolvencia* a fin de responder por una eventual condena.

Estos, entre otros más también, han sido algunos de los argumentos utilizados desde distintos sectores a fin de intentar prohibir la operatoria de la empresa Uber. Sin embargo, en ningún momento el Estado ha logrado, cada vez que ha realizado actos tendientes a ello, detener la operatoria de la compañía y, hoy por hoy, ésta es un actor más en el mercado del transporte de pasajeros.

IV. El COVID-19 y Uber como servicio esencial

Con el dictado del decreto de necesidad y urgencia 297/2020, del 19/03/2020, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso para todo el territorio del país el aislamiento social, preventivo y obligatorio.

A partir de dicho momento, la gran mayoría de la población debió permanecer dentro

de sus domicilios o del lugar en el que se encontrara al momento del confinamiento, exceptuándose de dicha obligación unas pocas y específicas actividades, entre las cuales se encuentra la del “reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad” (8), como así también la del traslado a sus trabajos para el personal exceptuado del aislamiento obligatorio decretado.

Dicho en otros términos, hoy la actividad de Uber es considerada como un “servicio esencial en la emergencia”, al habérsela exceptuado de la prohibición general. Se le permite, por lo tanto, substraerse del cumplimiento de la obligación de no circular, en los casos previstos legalmente.

¿Cómo es que hasta sólo ayer —es decir, hasta antes de que se haya decretado el aislamiento obligatorio el mes pasado— la actividad de Uber era ilegal, pero desde hoy —es decir, desde dicho mes— no sólo ya no se está frente a una actividad prohibida ni fiscalizada en relación con su cumplimiento o no de las normas vigentes, por las cuales antes se la abordaba, sino que, incluso, es caracterizada como una actividad necesaria y esencial, como se la nombra desde ahora?

¿Qué es lo que ha cambiado? Como situación de hecho, claramente ha cambiado todo. El mundo, el trabajo y la vida de las personas se han visto ampliamente modificados a partir de la pandemia que estamos padeciendo. Pero, ¿son menos válidas las afirmaciones y fundamentos que se utilizaban hasta antes del mes pasado para intentar prohibir la actividad de la empresa o para que ésta se adecuara a la normativa vigente? ¿Ha cambiado esa situación? Y acá la respuesta es otra vez, claramente, en mi opinión, por la negativa.

No voy a sostener una posición *neoludista* y afirmar que todo cambio es malo, o que todo tiempo pasado fue mejor, ni que haya que detener el avance de la ciencia y de la tecnología. Pero, dicho esto, tampoco debería permitirse que, con fundamento en posiciones flexibilizadoras y benevolentes con la idea del libre mercado en su máxima posibilidad, se recorra en sentido inverso el camino protectorio hacia las personas individuales —trabajadores y consumidores— como sujetos claramente más débiles si se los contraponen con los empleadores y con los comerciantes.

Cuando la pandemia sea superada y la situación de hecho no sea más la actual ni tam-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado. Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo (UBA). Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil UBA. Maestrando en Derecho del Trabajo (UBA). Doctorando en Derecho Laboral (UBA).

(1) No es necesario utilizar los términos “teléfono inteligente”, porque lo que comenzó siendo una novedad al momento de salir al mercado es ahora la regla, ya que

prácticamente todos los teléfonos que se venden actualmente tienen, dentro de sus funciones, no solamente la de realizar y recibir llamadas, sino también la de interactuar con internet y con todo lo que ello implica (mapas, diarios, correo electrónico, compra de productos y servicios, etc.).

(2) “Sindicato de Peones de Taxi de la Capital Federal y otros c. GCBA y otros s/ amparo”, expte. C3065-

2016/0, AR/JUR/11479/2016.

(3) Véase <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-296801-2016-04-12.html>.

(4) JCont. Adm. y Trib. N° 15 CABA, Secretaría N° 30, “Sindicato de Peones de Taxis de la Capital Federal y otros c. GCBA y otros s/ otros procesos incidentales - otras demandas contra autoridad administrativa - genérico”, expte. 3065/2016-4, AR/JUR/25/2018.

(5) Véase <https://www.infobae.com/politica/2018/11/08/la-legislatura-portena-aprobo-la-ley-anti-uber-que-permite-imponer-sanciones-mas-duras-a-los-choferes/>.

(6) Véase <https://cnnespanol.cnn.com/video/argentina-buenos-aires-uber-larreta-longobardi/>.

(7) Véase <https://www.uber.com/ar/es/>.

(8) Dec. 297/2020, art. 6º, punto 19.

poco se encuentre ya vigente la normativa de emergencia dictada como consecuencia de aquélla, se deberá intentar retornar a la mayor normalidad posible.

¿Qué sucederá, entonces, con la actividad desarrollada por Uber? Sería difícil de imaginar que, nuevamente, y como hasta antes de la crisis padecida, se activaran los recursos del Estado para perseguir la actividad de la empresa, tal como se lo hacía anteriormente. Si hoy es esencial —porque así se la está caracterizando—, significa que es “legal”. No resulta corto, fácil ni sencillo el paso que hay que dar para volver al anterior lugar o situación, y buscar nuevamente su prohibi-

ción. Sin embargo, también resultaría difícil concebir que aquellos argumentos razonables y utilizados hasta hace muy poco tiempo de manera amplia —hoy también, aunque en menor medida, a causa de la coyuntura actual— ya no tendrían la coherencia que detentaban o poseían. Las críticas que se le realizan por el modo de operar de la empresa son varias y consistentes. El trabajador —todo trabajador— es, y debe ser, sujeto de preferente tutela. La igualdad es un derecho, y el sometimiento a las normas es también una obligación.

El COVID-19 ha modificado, de una manera desconocida hasta ahora, la sociedad

en la que vivimos. Cuando estos días grises sean superados, se deberá tomar nota de lo padecido a fin de aprender de los errores efectuados —sanidad e inversiones previas y preventivas en cuanto a ella, por ejemplo—, así como también de los respectivos aciertos realizados. Y se intentará, además de los cambios que deberían asumirse a raíz de lo antedicho en este párrafo, volver a la mejor normalidad posible.

Hay una frase que dice: “lo correcto es lo correcto aunque nadie lo haga, y lo malo está mal aunque lo hagan todos”. En ese sentido, la coherencia, el actuar con corrección y el perseguir fines lícitos no deberían estar aje-

nos a la hora de decidir qué hacer con Uber. Más allá de lo que ahora está pasando y de lo que antes sucedía, de lo que se trata es de discernir qué es justo y qué no lo es. Hay sociedades mejores y otras que no lo son. Las hay más respetuosas de determinados derechos y de determinados grupos, y las hay que lo son menos. Si a veces lo urgente vence a lo importante, es importante que también pueda suceder lo contrario, y que insistir en el cumplimiento de las normas pueda ser una conducta que, como sociedad, podamos sostener en el tiempo.

Cita on line: AR/DOC/1375/2020



NOTA A FALLO

Responsabilidad bancaria

Tarjeta de crédito. Renovación. Documentación necesaria. Incumplimiento del deber de información. Daño moral.

Los antecedentes probatorios de la causa son suficientes para concluir que la entidad bancaria demandada incumplió con el deber de información que la normativa consumeril pone a su cargo, máxime cuando la cláusula contractual en la cual justificó su actuación no establece de

modo concreto la documentación necesaria para continuar brindando la prestación de los servicios financieros, motivo por el cual deberá responder por los daños que tal proceder ocasionó.

CUANTIFICACION DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Incumplimiento del deber de información por parte de una entidad bancaria.

Componentes del daño:

Daño moral genérico: \$30.000.-

122.529 — CNCom., sala B, 17/12/2019. - Caimi, Gabriela Silvana c. Banco Santander Río S.A. s/ sumarísimo.

[Cita on line: AR/JUR/53473/2019]

COSTAS

Se imponen las de ambas instancias a la demandada.

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 17 de 2019.

Vistos:

1. La actora apeló la sentencia de fs. 546/49, que rechazó la demanda. Su memorial de fs. 552/55 fue contestado a fs. 557/61.

La Sra. Fiscal General ante la Cámara no dictaminó por considerar que no se encuentra comprometido el interés general cuya tutela le incumbe y respecto al planteo de inconstitucionalidad formulado por la actora en torno a los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, por no habérselo mantenido en la alzada (v. fs. 566).

2. Gabriela Caimi demandó a Banco Santander Río SA por los daños y perjuicios de-

Derecho a la información y actividad bancaria

Ángela M. Vinti (*)

SUMARIO: I. El tema.— II. Los hechos del caso y lo resuelto en ambas instancias.— III. La actividad bancaria en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor.— IV. El derecho a la información en el especial marco de la actividad bancaria.— V. El daño moral por incumplimiento de las obligaciones emergentes de la LDC.— VI. Sanción punitiva.— VII. Visión jurisprudencial.— VIII. A modo de conclusión.

I. El tema

Sobre el fallo en comentario habremos de realizar (1) unas breves reflexiones sobre el derecho a la información en el ámbito de la actividad bancaria. El tema elegido despertó interés ya que es en este ámbito donde la asimetría cognoscitiva que sufren los consumidores se evidencia con particular intensidad (2).

Ciertamente la operatoria bancaria es compleja; el usuario de bienes y servicios bancarios resulta bombardeado con múltiples operaciones que debe efectuar en solitario por cajero automático y si no por *homebanking*, reduciendo cada vez más las posibilidades de ser atendido por un cajero humano y así recibir personalmente las explicaciones que este pertinente solicitar. En dicho contexto, el derecho a recibir una información veraz,

detallada, eficaz y suficiente adquiere particular relevancia (3).

El caso cuyos fundamentos vamos a dilucidar versa sobre el incumplimiento del deber de informar y de dispensar trato digno en el que incurrió una entidad bancaria para con su clienta, al retacearle información respecto de una investigación llevada a cabo sobre sus movimientos de cuenta; solicitarle información de manera incompleta —amparándose en el ejercicio de una potestad fijada en el contrato— para así ir requiriendo nueva documentación con cada trámite que realizaba la consumidora; y finalmente, no haberle informado en el momento en que estaba dando de baja sus tarjetas que el pago que estaba realizando con respecto a una de ellas era mínimo y que ello generaría intereses, lo que finalmente ocurrió, dando lugar a que los productos

no se cancelaran, con completo desconocimiento de la actora.

II. Los hechos del caso y lo resuelto en ambas instancias

De la lectura del pronunciamiento pueden inferirse las siguientes circunstancias:

a. La actora, que tenía servicios financieros contratados con la demandada (un *pack* de tarjetas de crédito que incluía lógicamente una caja de ahorro) en un determinado momento pretende utilizar su tarjeta y se le informa que esta se encontraba inhabilitada. Luego de efectuar diversas gestiones en pos de establecer la causa, se le informa que el motivo radicaba en los movimientos de fondos efectuados; frente a lo cual la actora hace saber al banco que el origen de sus fondos se hallaba acreditado y que estaba presentada además la correspondiente declaración jurada.

b. Habiendo transcurrido meses sin que se solucionara el problema, las partes acuden a una mediación privada, que culmina sin acuerdo.

c. Siete meses después de originado el problema, el banco remite carta documento exigiendo a la actora la presentación de docu-

mentación con información complementaria sobre el origen de sus fondos, bajo amenaza de cancelar sus productos financieros, y esta requisitoria fue contestada por la actora solicitando que se le indicara en forma expresa y detallada la totalidad de la documentación que necesitaba la entidad y los alcances de la investigación que supuestamente estaba realizando.

d. El 23/08/2016, la entidad financiera le comunica mediante correo electrónico que se había renovado su plástico y le exige la declaración jurada correspondiente al año 2015.

e. Ante el destrato sufrido de parte del banco la actora da de baja en forma personal todos sus productos; empero, más tarde recibe un correo electrónico informándole la mora temprana de una de sus tarjetas, lo que motivó que se comunicara telefónicamente con la entidad para encontrarse con la sorpresa de que la tarjeta American Express tenía un saldo vencido y que su tarjeta Visa tampoco había sido dada de baja.

Frente a ello la actora demanda reclamando daño moral, daño material y la sanción punitiva que prevé el art. 52 bis de la LDC.

El primer juez rechazó la demanda con fundamento en que los pedidos de documen-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogada notaria; especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura; profesora adjunta de Derecho Privado III (UCC); jueza de primera instancia en lo Civ. y Com. de 28ª Nom. de la Ciudad de Córdoba.

(1) CNCom., sala B, 17/12/2019, “Caimi, Gabriela S. c. Ban-

co Santander Río SA s/sumarísimo”, AR/JUR/53473/2019.

(2) La notoria debilidad estructural que tiene el consumidor en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios lo coloca en la categoría de débil jurídico. Esta situación se pone en evidencia en el desequilibrio en el poder de negociación y en la inequivalencia del conte-

nido del contrato en lo que hace derechos y obligaciones recíprocos (cfr. BARBADO, Patricia, “Los principios de confianza y transparencia en las relaciones de consumo”, RDD 2016-1-160.

(3) Aída Kemelmajer afirma que, si bien todos somos consumidores y por ende cuantitativamente mayorita-

rios, a raíz de la vulnerabilidad técnica, fáctica y jurídica de la que adolecemos frente a los proveedores de bienes y servicios, conformamos una minoría cualitativa (cfr. BUERES, Alberto J. – HIGHTON, Elena, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, t. 3 b, p. 296).

rivados del trato indigno que dijo padecer y el incumplimiento y rescisión contractual injustificada. Solicitó el reconocimiento del daño patrimonial y moral, además de pérdida de chance y daño punitivo.

Relató que en enero del año 2016 pretendió realizar un pago con su tarjeta Visa Platinum, el que fue rechazado por encontrarse vencida. Ante la falta de envío del nuevo plástico, se comunicó con la entidad financiera, quien le informó que la tarjeta se encontraba inhabilitada e inoperativa, motivo por el cual no se había procedido a su renovación.

Luego de varios intentos de solucionar el inconveniente, que incluyeron llamados telefónicos, intercambio epistolar y envío de documentos, tomó conocimiento que el motivo de la inhabilitación fue consecuencia de la actividad registrada en los movimientos de dinero de su cuenta. Ante ello, informó al banco que todos sus ingresos se encontraban perfectamente comprobados y que había presentado toda la documentación que se le había solicitado.

Frente al mantenimiento del problema, en el mes de abril de 2016 tampoco le fue renovada su tarjeta American Express.

Continuaron pasando los meses, realizó una mediación privada, que se cerró sin acuerdo y en agosto, el banco volvió a efec-

tuarle un requerimiento de documentación, que incluyó información complementaria para la actualización de su legajo, bajo amenaza de cerrar todos los productos que tenía contratados. Ante ello, remitió una nueva carta documento en la que manifestó haber cumplido con todos los requisitos y solicitó que de forma expresa se le indicara la totalidad de la documentación adicional solicitada, además de intimarlos a que informaran de forma fehaciente los alcances de la investigación que se estaba realizando a su respecto.

Posteriormente, el 23/08/2016 el banco le envió un *e-mail* informándole que finalmente se pudo dar de alta a la tarjeta Visa y que ella había sido enviada a su domicilio, oportunidad en que también le solicitaron el envío de su DDJJ del año 2015, sin explicarle los alcances de la investigación ni su resultado, ni tampoco brindarle disculpas o información del motivo de baja de la tarjeta American Express, que jamás le fue repuesta.

Ante el destrato sufrido por parte del banco, la actora decidió cerrar su cuenta personal y dar de baja todos los productos, trámite que realizó en forma personal en la sucursal Quintana de la entidad.

Sin embargo, luego de ello recibió un correo electrónico donde le informaron la mora temprana de su tarjeta American Express,

motivo por el cual se comunicó telefónicamente con el banco, oportunidad en que tomó conocimiento de que no se había dado de baja a la tarjeta Visa y la existencia de una deuda en su tarjeta American Express, lo cual no le fue informado al realizar el trámite en la sucursal bancaria.

Expresó que nuevamente fue objeto de falta de información por parte del banco, dado que no le comunicaron que el pago que había realizado era mínimo, lo que generó nuevos intereses.

Relató los padecimientos sufridos por la actuación de la demandada, los incumplimientos contractuales en los que incurrió el banco, ofreció prueba y fundó en derecho su pretensión.

En forma subsidiaria, planteó la inconstitucionalidad de las normas que prohíben la indexación.

3. Al contestar la demanda, la accionada solicitó su rechazo.

Luego de negar los hechos denunciados por su contraria, sostuvo que la documentación requerida por su parte tuvo por finalidad efectuar el análisis de rigor para decidir sobre la renovación de la tarjeta, dado que no se encuentra obligada a realizarlo de forma automática.

Desconoció los incumplimientos que le fueron atribuidos y negó la existencia de destrato alguno, en tanto su actuación fue conforme el contrato, en razón del cual su parte podía, en cualquier momento, solicitar información adicional.

Solicitó el rechazo de los rubros pretendidos, contestó el planteo de inconstitucionalidad y ofreció prueba.

4. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, por considerar que los pedidos de documentación eran potestad del banco por haber sido así pactado en el contrato y la falta de prueba que permitiera acreditar que los pedidos del banco habían constituido un exceso en sus facultades legales y contractuales.

La actora apeló la sentencia y sus quejas se centraron en la incorrecta valoración de los hechos en los que sustentó la demanda, la falta de aplicación de legislación de orden público, una inadecuada apreciación de la prueba y su irrazonabilidad.

5. No se encuentra controvertido en autos el vínculo contractual que unió a las partes, como así tampoco la falta de renovación de los plásticos a su vencimiento.

La controversia se centra en si existió incumplimiento por parte del banco demanda-

tación que el banco había efectuado conformaban una potestad legal pactada contractualmente, no existiendo prueba, de otro costado, que permitiera inferir un exceso en dicha potestad.

La actora apeló la sentencia y la Cámara interviniente revocó parcialmente el decisorio en crisis, haciendo lugar al daño moral reclamado por la suma de pesos treinta mil.

III. La actividad bancaria en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor

El cliente bancario, al igual que los consumidores en general, padece una inferioridad relativa frente a su cocontratante. A similitud de lo que sucede en el resto de las relaciones de consumo, la predisposición de cláusulas, su estandarización y las condiciones generales de contratación aparecen justificadas por la necesidad de dinamizar los negocios y facilitar el acceso a los servicios y productos bancarios, y ello justifica que la relación de consumo bancaria sea regida por el estatuto del consumidor (4).

La aplicación de la ley 24.240 se funda también en el hecho de ser el banco una empresa mercantil que intermedia de manera profesional en el mercado de crédito, esto es, se dedica a mediar sobre dinero y títulos valores con habitualidad, en escala y con ánimo de lucro (5).

Entonces, frente a la hipótesis de daños al cliente bancario, la subsunción del contrato dentro de esta categoría tornaría aplicable *prima facie* las figuras del daño directo, daño punitivo y las sanciones administrativas previstas en el art. 47.

De tal guisa y como bien razona la autora del voto, la demandada, por aplicación del art. 53 de LDC, debía probar y no lo hizo que ante la proximidad del vencimiento de las tarjetas de crédito de la actora hubiera efectuado un requerimiento oportuno y debidamente circunstanciado de la documentación que a su entender era necesaria para autorizar dicha renovación; operación que, de acuerdo con lo sostenido por la actora —no negado ni probado por la demandada— siempre se hizo en forma automática. Entonces, si las condiciones contractuales habían cambiado, o en su defecto el banco había comenzado a cumplir al pie de letra lo pactado en el contrato, ¿por qué negar dicha explicación al cliente?

IV. El derecho a la información en el especial marco de la actividad bancaria

El deber de información y su correlativo derecho de acceso a la información —en la relación de consumo— tiene raigambre constitucional, pues el art. 42 de la CN, al enumerar el catálogo de derechos que amparan al consumidor, específicamente tutela el acceso a una información que se encuentra calificada como “adecuada” y “veraz”.

Por otra parte, cabe destacar que el fundamento de la obligación de informar —como deber accesorio de conducta (6)— también se deriva del principio de la buena fe, consagrado en los arts. 9º, 729 y 961 del Cód. Civ. y Com., y en los requisitos del acto voluntario lícito. Esto último en la medida en que la existencia de un desequilibrio informativo afecta el discernimiento, la intención y la libertad necesarios para contratar válidamente.

En el ámbito de la normativa infraconstitucional puede destacarse en primer término la propia ley 24.240 reformada, la cual en su art. 4º dispone que el proveedor está obligado a suministrar información cierta, clara y detallada, gratuita y de fácil comprensión; la que debe referirse a todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que se proveen. La más clara aplicación de esta norma general se halla en el art. 10 de la LDC (t.o. según ley 26.361), con la determinación de la cantidad y la calidad de la información que debe contener el documento de venta.

Además, la ley exige informaciones especiales con respecto a productos o servicios peligrosos para la salud o la integridad del consumidor (art. 6º); productos deficientes, usados o reconstituidos (art. 9º); presupuestos para servicios de reparación de bienes (art. 21) y usuarios de servicios públicos domiciliarios (art. 25). En este último caso, se coloca en cabeza del prestador la obligación de mantener información a disposición del usuario en todas las oficinas de atención al público, sin perjuicio del deber de entregar constancia escrita de las condiciones del servicio y de los derechos y las obligaciones de las partes.

En la misma senda, aunque dando mayor extensión del contenido, el nuevo ordenamiento sustancial también consagra en su art. 1100 el deber de informar. Nuestros autores explican que el deber de informar tiene suma relevancia como técnica jurídica hábil, para superar la asimetría cognoscitiva que existe entre los proveedores y usuarios de bienes y servicios. En tal sentido consiste en una obligación legal impues-

ta a todos los proveedores, no solo a aquel que se relacione contractualmente con el consumidor, cuyo fundamento último se halla en el principio de la buena fe (7). Advierten finalmente que, no obstante que la norma se ubica metodológicamente en el capítulo que regula la formación del consentimiento, la doctrina coincide en afirmar que la actuación del deber de informar se despliega tanto durante la ejecución del contrato, como en la fase postcontractual (8).

El fallo bajo estudio ciertamente capta una hipótesis de incumplimiento del deber de informar en la ejecución del contrato. Insistimos con una idea plasmada al finalizar el punto anterior: el cliente desconoce la letra chica del contrato porque no lo leyó acabadamente en su momento, el empleado que se lo presenta a la firma rara vez se detiene en todo el articulado, y si lo leyó, probablemente no lo comprendió; entonces, partiendo de esta realidad, nos parece evidente que si una determinada exigencia del banco genera incertidumbre o desconcierto en el cliente y este lo hace saber telefónicamente o por carta documento, el banco que cuenta con las herramientas para hacerlo debe hacer cesar dicho estado de incertidumbre en un plazo mínimo. No hacerlo acrecienta la vulnerabilidad de su cliente.

IV.1. El concepto y contenido del derecho-deber de informar

Corresponde a continuación revisar algunas definiciones elaboradas por la doctrina argentina sobre el deber de informar, a los fines de ensayar un posterior concepto abarcador de ellas.

{ NOTAS }

(4) El Estatuto del Consumidor se compone del conjunto de normas que a la par de la ley 24.240 brindan la tutela jurídica de los consumidores y usuarios. El mismo se integra por el art. 42 de la CN, las leyes 22.802 (Lealtad Comercial) y 25.156 (Defensa de la Competencia) y todas aquellas normas generales o especiales que se apliquen a las relaciones de consumo, v.gr. ley 25.065 de Tarjetas de Crédito y 25.326 de Hábeas Data.

(5) Cfr. CApels. Trelew, sala B, 11/02/2010, “Dirección General de Defensa del Consumidor y Protección de Derechos c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ cont. adm. - presunta infracción a la ley 24.240”, AR/JUR/1797/2010.

(6) “Las reglas secundarias de conducta son manifestaciones de la buena fe contractual, representan su característica más sobresaliente y que se traduce en categorías genéricas, como ser la cooperación y la lealtad

y en directivas específicas que operan como desprendimientos de los anteriores como ser, la información, la confianza, la fidelidad, el compromiso, el auxilio a la otra parte” (BETTI, Emilio, “Teoría general de las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1969, t. I, ps. 71 y ss., cit. por STIGLITZ, Rubén S., “La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo”, JA 1997-II-765.

(7) Cfr. FRUSTAGLI, Sandra - HERNÁNDEZ, Car-

los, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia *et al.* (dir.), *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado y concordado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, t. II, p. 366.

(8) Cfr. WAJNTRAUB, Javier H., en LORENZETTI (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, t. IV, p. 257.

do del deber de información y la existencia de destratos o maltrato indigno a la accionante, en su calidad de cliente de la entidad bancaria.

En este escenario fáctico, a criterio de este Tribunal, era carga de la demandada demostrar que cumplió acabadamente con los deberes que, en su calidad de proveedor de los servicios, le impone la Ley de Defensa del Consumidor.

Ello así, toda vez que en el moderno derecho procesal ya no existen reglas absolutas en materia probatoria, en tanto predomina el principio de la “carga probatoria dinámica”, el cual coloca en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones su producción; no hay preceptos rígidos sino la búsqueda de la solución justa según la circunstancia del caso concreto (conf. Peyrano, Jorge-Chiappini, Julio, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, ED 107-1005; Peyrano, Jorge, “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LA LEY, 1991-B, 1034).

Este principio actualmente se encuentra reforzado —en el marco de las relaciones de consumo— por el art. 53 de la ley 24.240 (t.o. según ley 26.361), el cual coloca en cabeza de los proveedores, la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, en orden a las características del bien o servicio, prestando la colaboración

necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio (CNCom., esta Sala *in re* “De Luca, José E. c. Banco Itaú Argentina SA s/ Sumarísimo” del 17/03/2015).

Como consecuencia de lo expuesto, valorada la prueba a la luz del principio de la sana crítica que informa el art. 386 del Cpr, se adelanta que no se aportaron elementos probatorios que permitan verificar la versión sustentada por la demandada.

La demandada no probó que, ante la proximidad del vencimiento de las tarjetas de crédito, hubiera efectuado un requerimiento oportuno y debidamente circunstanciado de la documentación que, a su entender, era necesaria para autorizar esa renovación, que según sostuvo la actora —y ello no fue negado ni probado por la demandada— siempre fue automática y sin pedidos de documentación adicional.

Las únicas pruebas arrojadas a tales efectos a la causa fueron las acompañadas por la actora al promover la demanda y ellas apoyan la versión de los hechos en los cuales se sustentó la acción.

Los correos electrónicos cuyas copias lucen a fs. 106/180 —que la demandada desconoció al contestar la demanda, pese a que al contestar el memorial hizo referencia a ellos— dan cuenta de la existencia de ciertos

requerimientos de información realizados con anterioridad al vencimiento de los plásticos. Sin embargo no se indicaron los motivos por los cuales fueron cursados ni tampoco que la documentación requerida fuera necesaria para proceder a la renovación de las tarjetas.

Las cartas documento, que no fueron negadas al contestar la demanda y a las que incluso la misma demandada hace referencia en su responde, datan de fecha posterior al vencimiento de las tarjetas que denunció la actora. Y mientras la de fs. 4 del 07/09/2016 resulta ser una contestación a una anterior emitida por el banco, aquella no fue aportada a la causa, lo cual impide conocer los alcances del requerimiento formulado y la oportunidad en que ello acaeció.

Frente a la orfandad probatoria de la accionada, lo anterior es suficiente para tener por acreditado el incumplimiento en que incurrió la entidad financiera del deber de información que le imponen los arts. 4º de la ley de Defensa del Consumidor y 1100 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

El art. 4º de la LDC 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...”

mientras que el art. 1110 del CCCN recepta idéntica postura al disponer que “El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato...”.

El derecho de los consumidores a contar con la información de los bienes o servicios ofrecidos en el mercado y el deber de quienes los proveen de brindarlo de forma adecuada constituyen principios generales del derecho del consumidor, de reconocido rango constitucional, de conformidad con el art. 42 de Constitución Nacional.

Así, se ha dicho que “El deber de información, como expresión máxima de la actuación del principio de buena fe, adquiere en materia de defensa del consumidor el rango de derecho fundamental (expresamente en el art. 42 C.N.), en tanto constituye una valiosa herramienta prevista para conjurar la superioridad económica-jurídica que generalmente detentan los proveedores” (CNCom., Sala F *in re* “Buonanduci, Martín D. c. Citibank NA y otro s/ ordinario” del 29/10/2019).

Como se dijo, los antecedentes probatorios de la causa son suficientes para concluir que la demandada no cumplió adecuadamente

Lorenzetti (9), luego de afirmar —tomando ideas pertenecientes al análisis económico del derecho— que se trata de un deber de bajo costo económico y eficaz, lo conceptúa en los siguientes términos: “Desde un punto de vista normativo es el deber jurídico obligatorio de causa diversa que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dichos datos”.

Por su parte, Stiglitz (10) postula su definición de la siguiente manera: “El deber de informar constituye una obligación legal, fundada en una regla accesoria de conducta, cuyo contenido consiste en cooperar desde la etapa de tratativas con quien se halla dismuido, con relación a la persona que dispone de esa información”.

En último término merece destacarse la conceptualización brindada por Ammirato (11), que asigna al deber de informar la característica de ser una obligación concreta y específica que el proveedor de bienes y servicios tiene a su cargo: “El deber de informar es una obligación concreta y específica del empresario de suministrar al consumidor una información veraz y completa sobre precios, calidades, cantidades, composición, características y condiciones de los productos y servicios, objeto del contrato, del contenido de este, y de la modalidad en su caso, con arreglo a la cual se celebra y las obligaciones que mediante el asume”.

Sintetizando las definiciones hasta aquí brindadas, podemos decir que este deber de informar constituye una obligación legal e íntegra los llamados deberes accesorios de conducta. Tiene fuente constitucional y legal, y se proyecta en las etapas previas a la formalización de la relación contractual, en donde el consumidor debe ser enterado de aquellos

datos que hagan a la invalidez del contrato, vicios de la cosa, funcionalidad de la cosa y su servicio. El deber subsiste durante la ejecución del contrato y hasta su finalización, ya que busca en definitiva paliar el desequilibrio comercial con respecto a la información, existente entre el consumidor de bienes y servicios y el proveedor de ellos.

Respecto de los caracteres que debe reunir la información, digamos que, conforme se viene desarrollado, existe una obligación de informar a cargo del proveedor de bienes y servicios, imponiéndose como su contracara la necesidad de verificar también cuáles son los requisitos que debe reunir el mensaje que se trasmite al consumidor. En tal sentido y en consonancia con lo dispuesto por el art. 4º de la ley 24.240 en su nueva redacción, se advierte que la información debe ser:

— Cierta o veraz: este requisito se relaciona con la necesidad de que el código utilizado a los fines de la comunicación (lenguaje escrito u oral) tenga una significación acorde con la realidad objetiva que se desea poner en conocimiento del destinatario. Debe tenerse presente que tal objetividad variará o será gradual, conforme el tipo de mensaje que se quiera enviar.

— Clara y pertinente: la información brindada debe ser entendible, asequible al entendimiento común, pues el receptor debe poder interpretar el mensaje sin vacilaciones y dejando de lado toda posible confusión. Resulta necesario, a los fines de dar cumplimiento a este requisito, que el emisor del mensaje verifique que los signos comunicacionales empleados sean “cualitativamente” los más apropiados para permitir que el destinatario de la información la interprete adecuadamente.

Debe tenerse presente que la información siempre se dirigirá a un sujeto particular y, por lo tanto, debe encontrarse sometida a

las relaciones del caso; esto implica tomar en cuenta la costumbre existente y el nivel educativo del receptor del mensaje.

— Detallada o pormenorizada: esta condición implica que la información que se brinde deberá abarcar todos los aspectos necesarios para que el consumidor conozca en verdad lo que va a adquirir, para qué sirve y cómo debe usarse o ingerirse, pues de este modo podrá tomar una decisión razonable. Conforme a la naturaleza de la relación que medie entre partes, las modalidades del servicio prestado, la naturaleza del bien y la posición contractual del obligado, podrá prestarse por escrito o verbalmente.

— Gratuidad: esta característica constituye la única novedad incorporada por la reforma con relación al deber de informar y cabe apuntar, aunque parezca una obviedad, que no se refiere al contenido del mensaje sino a las condiciones de su transmisión.

V. El daño moral por incumplimiento de las obligaciones emergentes de la LDC

Según indicamos más arriba, la Cámara interviniente revocó parcialmente el decisorio recurrido, admitiendo el daño moral por la suma de pesos treinta mil. Para fundamentar lo resuelto, se indicó en primer término que el banco demandado, al ser un comerciante profesional, se encontraba responsabilizado de manera especial frente a incumplimientos contractuales. Tal carácter involucra su superioridad técnica e implica un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (doct. art. 1724, Cód. Civ. y Com.). Puntualizaron también que, por estar el banco sujeto al deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, su responsabilidad contractual debía medirse con un patrón de mayor severidad, correspondiendo que repare los daños y perjuicios sufridos por su culpa o dolo inexcusable.

En tal orden de ideas, juzgaron que el episodio de autos excedió una mera molestia o incomodidad, para tornarse en una situación en la cual la accionante vio frustradas sus legítimas expectativas de contar con la renovación de las tarjetas de crédito, tal como había ocurrido durante toda la vinculación contractual que existió entre las partes. Precisarón, además, que la actuación de la demandada, frente a los numerosos esfuerzos realizados por la actora para lograr la renovación de los plásticos, pudo razonablemente aparejarle sinsabores, ansiedad y molestias que, de algún modo, trascendieron la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias. De tal guisa concluyeron en la efectiva configuración de un agravio moral.

V.1. El concepto de daño moral

La doctrina nacional ha intentado delinear los alcances del concepto de daño moral, cuidando especialmente de no incluir perfiles éticos en su definición.

En este camino, para Morello “el daño moral es el que conculca intereses extrapatrimoniales dignos o merecedores de tutela jurídica, que lo convierte en injusto o inmerecido para la víctima” (12).

Pizarro (13) ha caracterizado el daño moral como “una minoración de la subjetividad de la persona derivada de una lesión a un interés no patrimonial”.

La insigne jurista Matilde Zavala de González sostuvo al respecto que “el daño moral es una modificación disvaliosa para la persona en su capacidad de entender, querer o sentir, o en la aptitud de actuar que se traduce en un modo de estar y desinvolverse, diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y perjudicial para su

{ NOTAS }

(9) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2009, 2ª ed. act., p. 206.

(10) Cfr. STIGLITZ, Rubén S., ob. cit.

(11) Cfr. AMMIRATO, Aurelio L., “Sobre el derecho a la información de consumidores y usuarios”, JA 1998-IV-851.

(12) Cfr. MORELLO, Augusto M., “Indemnización del daño contractual”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 180.

(13) Cfr. PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., p. 197.

con las obligaciones que la normativa consumeril pone a su cargo, máxime cuando la cláusula contractual en la cual la accionada justificó su actuación no establece de modo concreto la documentación necesaria para continuar brindando la prestación de los servicios financieros; frente a ello cupo a la accionada acreditar que el requerimiento autorizado por la cláusula II del Anexo Legal Cuenta Sueldo - Anexo legal cuenta única, fue debida y oportunamente cursado y ello, como se dijo, no ocurrió, motivo por el cual deberá responder por los daños que tal proceder ocasionó.

6. La actora pretendió la reparación de los siguientes perjuicios: a) \$8.428 en concepto de daño patrimonial comprensivo de los gastos incurridos en el envío de cartas documento, renovación de plásticos, puntos estimativos y gastos de mediación. En este mismo rubro se incluyó el pago de mantenimiento de productos y pérdida de chance de sumar puntos, cuya estimación dejó a resultas de la pericia contable; b) \$185.000 en concepto de daño moral y c) \$75.000 en concepto de daño punitivo.

Los daños patrimoniales pretendidos no serán admitidos, toda vez que las pruebas realizadas en la causa no son suficientes para tener por acreditados los gastos reclamados, en tanto ninguna medida fue realizada a tales efectos.

En cuanto a la pérdida de chance, esta no puede presumirse, dado que no se apoya en una simple posibilidad de ganancia, ni constituye un enriquecimiento sin causa para el acreedor, o una pena para quien debe abonarlo. A los fines de su admisión es necesario que configure un daño cierto y no uno meramente hipotético o eventual; la existencia de las ventajas económicas y justamente esperadas debe ser estrictamente comprobada (CNCom., esta Sala, *in re* “Caseres de Odria, Carmen c. Rivero, Liborio, s/ sumario”, del 07/02/1996; *idem in re* “Ferraro, Néstor y otro c. Patrimonio desafectado ley 22.529 s/ ordinario”, del 30/06/2005).

Frente a la carencia probatoria indicada al inicio de este punto, cabe también el rechazo del rubro en cuestión.

En punto al daño moral, es prudente señalar que el banco demandado es un comerciante profesional, condición que lo responsabiliza de manera especial. Tal carácter involucra su superioridad técnica e implica un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (doct. art. 1724 del CCCN). Se ha de requerir una mayor diligencia acorde con su objeto y la organización que debe mantener para llevar adelante su giro correctamente (Conf. Alterini, Atilio A; “La responsabilidad civil del banquero dador de crédito: precisiones conceptuales”, ED, 132,966; CNCom. esta Sala *in re* “Banco de

Galicia y Buenos Aires c. L. H., P. M. y otros” del 23/02/1999; *idem in re* “Palavecino, Mariela c. Banco de Galicia y Buenos Aires” del 14/02/2005, entre tantos otros).

En el mismo sentido huelga puntualizar que estando el banco sujeto al deber profesional de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, su responsabilidad contractual debe medirse con un patrón de mayor severidad, correspondiendo que repare los daños y perjuicios sufridos por su culpa o dolo inexcusable (conf. Knays, Verónica-Herrán, Maite, “La responsabilidad bancaria por error de información. Alcances de la reparación”, LA LEY, 2007-A, 455).

En este sentido, no cabe duda que el episodio de autos excedió una mera molestia o incomodidad, para tornarse en una situación en la cual la accionante vio frustradas sus legítimas expectativas de contar con la renovación de las tarjetas de crédito, tal como había ocurrido durante toda la vinculación contractual que existió entre las partes.

La actuación de la demandada, frente a los numerosos esfuerzos realizados por la actora para lograr la renovación de los plásticos, pudo razonablemente aparejarle sinsabores, ansiedad y molestias que, de algún modo, trascendieron la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias.

Por ello, cabe concluir que efectivamente existió un agravio moral que debe ser resarcido.

Ahora bien, en punto a su importe cabe recordar que “...a los fines de la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de dicho rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este...” (CSJN, *in re* “Lema, Jorge H. c. Provincia de Buenos Aires y otros” del 20/03/2003; en el mismo sentido *in re* “Sitjá y Balastro, Juan R. c. La Rioja, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” del 27/05/2003).

No cabe aplicar pautas matemáticas para cuantificar el daño, sino que es preciso valorar las circunstancias de la causa, pues la cuantía de la reparación depende de la gravedad de la culpa y de las características de las partes; factores estos que deben juzgarse a la luz del prudente arbitrio de los Jueces (conf. CNCom., esta Sala *in re* “Vázquez Bourgeois, Natalia c. Peugeot Citroën Argentina SA s/ ordinario” del 20/05/2011 y sus citas).

Sentado lo anterior, dentro de los parámetros de prudente discrecionalidad que deben orientar la labor judicial en estos casos (art. 165 del Cpr.) y teniendo en cuenta los

vida” (14). Aclara luego que dicho resultado subjetivamente negativo es el efectivo derivado de la lesión al interés extrapatrimonial.

Finalmente, tenemos la opinión de Mosset Iturraspe (15), para quien “el daño moral, en el Código Civil y Comercial está emparejado con los daños que tienen por objeto a la persona (art. 1737 del Cód. Civ. y Com.) y tiene como implicancia la violación a las afecciones espirituales legítimas, violación a los derechos personalísimos, interferencias en el proyecto de vida, entre otros (art. 1738 del Cód. Civ. y Com.), que se colocan dentro de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741 *ib.*) indemnizables en dinero y en razón de la cuantificación de las satisfacciones sustitutivas o compensatorias que pueden otorgar esas sumas de dinero (art. 1741 del Cód. Civ. y Com. última parte)”.

Según puede verse, con distintos matices las conceptualizaciones que traemos a colación comparten una base común: el daño moral o daño no patrimonial aparece como el resultado de una lesión a intereses no patrimoniales, bienes jurídicos de los que es titular el hombre como centro del ordenamiento jurídico: v.gr., el honor, la dignidad, la tranquilidad, el tiempo libre, el ocio, la felicidad etc., que se traduce —sin confundirse con el dolor aunque este puede ser una de sus tantas manifestaciones (16)— en un modo de estar diferente al que se encontraba el afectado antes del hecho como consecuencia del obrar antijurídico de un tercero.

IV.2. La normativa del Código Civil y el Código Civil y Comercial

El Código Civil consagraba un doble régimen de responsabilidad civil, el correspon-

diente al incumplimiento obligacional (17), también llamado contractual y el de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. Y dentro de este panorama, el art. 1167 funcionaba como una barrera entre ambas esferas prohibiendo a aquellos que demandaban daños emergentes de un incumplimiento obligacional evadirse de la normativa específica para ingresar al campo de los hechos ilícitos; ello sin perjuicio de la opción que podía ejercer el titular de la acción si el incumplimiento trocaba en un delito del derecho criminal.

Los textos involucrados para una y otra hipótesis (arts. 522 y 1078, Cód. Civ. y Com.) generaron debates doctrinarios, por el supuesto distinto alcance de las facultades otorgadas al juez. El primer artículo rezaba: “El juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso”. Antitéticamente, la fórmula contenida en el art. 1078 era imperativa para el juzgador, quien debía —en todos los casos de daños morales con fuente aquiliana debidamente acreditados— condenar al responsable a su resarcimiento.

Para una primera corriente, sustentada por autores como Borda, Bustamante Alsina o Llambías, la función del juez resultaba diferente en uno y otro ámbito del derecho de daños. Así, como en el campo aquiliano la responsabilidad por daño moral era de justicia (art. 1078) el juez debía —imperativamente— mandar a pagar los daños morales debidamente acreditados o presumidos. Diversamente, en materia contractual el art. 522 habría consagrado una responsabilidad de equidad, de ahí que en todos los casos resultaba facultativo para el juez declarar o no su admisibilidad, quien por otro lado debía so-

portar las circunstancias del caso y con estos parámetros hacer lugar o no a la reparación.

Otros autores, en cambio, consideraron que la función del juez era idéntica tanto en los actos ilícitos como en el incumplimiento obligacional. De tal modo, acreditada la existencia del daño moral derivado del incumplimiento y siempre que mediara petición de parte interesada, el juez debía ordenar su reparación con criterio objetivo. Si la índole del agravio es la misma, ¿por qué brindar un tratamiento distinto a la hora de su regulación legal?

Adherimos a la segunda interpretación. No es factible razonar que el legislador permitiera al juez no condenar al resarcimiento de un daño moral acreditado. Ello hubiera sido arbitrario. Por el contrario, la norma del art. 522 derogado hacia un llamado a la apreciación del perjuicio moral en concreto; tomando en consideración la persona de la víctima y sus particularidades, sus estados del espíritu, susceptibilidades y delicadezas (18). El Código Civil y Comercial de la Nación ha unificado las esferas de responsabilidad y define el daño como la lesión a un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, el que puede tener por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737). Seguidamente, el art. 1738 dispone que “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

Así, el daño jurídico resarcible debe ser entendido como la ofensa a un interés ajeno lícito, que provoca consecuencias (o alteraciones) desfavorables en el patrimonio o en el espíritu de la persona. Se puede hablar entonces de daño moral (ahora denominado “consecuencias no patrimoniales”) cuando hay lesión a un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole.

La consecuencia resarcible, en estos casos, y siguiendo las líneas directrices marcadas por la jurista Zavala de González, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este, y anímicamente perjudicial.

En punto al resarcimiento por daño no patrimonial, el novel ordenamiento el art. 1741 en su parte pertinente establece que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas. Los autores explican que la suma dineraria que se atribuye al damnificado tiene por finalidad realizar la función de contribuir a la adquisición de sensaciones placenteras o de otros bienes morales, aunque no necesariamente se cumpla la exigencia de que estos sean aptos para anular o hacer desaparecer las consecuencias dolorosas que el ilícito ha ocasionado y que sustancian el daño moral. La compensación operaría entonces por el hecho de ingresar esa satisfacción como una suerte de contrapeso de la sensación negativa producida en la subjetividad del damnificado (19). Así, de su clásico y más reducido ámbito, restringido inicialmente al “precio del dolor”, ahora se difunde la noción del

{ NOTAS }

(14) Cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2016, t. II, p. 583.

(15) Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECA-SAS, Miguel A., “Responsabilidad por daños. Código Civil y Comercial”, Rubinzal-Culzoni Edit., Sta. Fe, 2016, t. V, ps. 22 y 22 vta.

(16) El dolor o la pena producida son elementos que aquilatan la entidad objetiva del perjuicio moral; son manifestaciones de este daño (PIZARRO, Ramón D., “Valoración del daño moral”, LA LEY, 1986-E, 831 y del mismo autor: “Daño moral”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 237).

(17) Según lo interpretaba cierta parte de la doctrina, la responsabilidad contractual devenía cuando el com-

portamiento del sujeto es violatorio de un deber jurídico impuesto por una obligación preexistente. Del tal guisa, lo que ubicaba la responsabilidad en el ámbito reglado como contractual o fuera de él no era la fuente de la obligación violada, sino el carácter de ella.

(18) Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECA-SAS, Miguel A., ob. cit., p. 90.

(19) Cfr. IRIBARNE, Héctor P., “De la conceptualización del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima a la mitigación de sus penurias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil”, en ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto (dirs.), *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 377 y ss.

puntuales antecedentes del litigio, se juzga adecuada la fijación de su importe en la suma de \$30.000, con más sus intereses calculados desde la fecha en que operó el vencimiento de las tarjetas Visa y American Express y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días.

Resta analizar la multa pretendida en concepto de daño punitivo.

La legislación argentina incorpora en el art. 52 de la LDC la figura del “daño punitivo” y si bien es cierto que fue criticado el alcance amplio con el que fue legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado, en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella exterioriza menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (conf. CNCom., esta Sala *in re*, “Spadavecchia, María C. c. Agroindustrias Cartellone SA s/ ordinario” del 19/11/2015).

En este sentido, con acierto se ha expresado que “...la mención al incumplimiento de una obligación legal o contractual solo debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva. Dicho en otras palabras, si no hay incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño punitivo, situación que se dará en la mayoría de los casos...” y que “...El elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos...” (conf. López Herrera, Edgardo; “Los daños punitivos”, p. 378, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011).

Esta postura también es avalada por una amplia mayoría de la doctrina especializada en la materia (ver por ejemplo: Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, ps. 557/565, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009), habiéndose concluido por unanimidad en el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, celebrado entre los días 23 a 25 de septiembre de 2010, que este instituto solo procede cuando medie, al menos, grave negligencia o imprudencia por parte del proveedor.

Su naturaleza no es compensatoria o indemnizatoria; los daños punitivos persiguen la punición o castigo de determinadas conductas caracterizadas por un elemento axio-

lógico o valorativo agravado; pero también permiten lograr fines disuasivos (conf. CN-Com., esta Sala *in re* “Acuña, Miguel Ángel c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ sumarisimo” del 28/06/2016).

En esta orientación, la jurisprudencia de nuestros tribunales tiene dicho que la multa civil es de aplicación excepcional y requiere de la comprobación de una conducta disvaliosa por la cual el responsable persiga un propósito deliberado de obtener un rédito con total desprecio de la integridad o dignidad del consumidor.

Por eso la norma concede al Juez una potestad que este podrá o no utilizar según entienda que la conducta antijurídica demostrada presenta características de excepción. En autos luce claro que existió un objetivo incumplimiento por parte de la demandada.

Pero lo cierto es que la prueba colectada impide considerar que ello se debió a un deliberado y desaprensivo proceder que, en los términos que calificó la doctrina especializada, pueda justificar la imposición de la multa.

En ese contexto no resulta razonable considerar que en el caso —y a partir de las prue-

bas producidas y la trama fáctica que se verificó— se encuentren reunidos los extremos mencionados precedentemente necesarios para la procedencia del rubro reclamado.

Por ello, se rechaza la indemnización pretendida.

7. Para concluir y en lo que atañe al planteo de inconstitucionalidad formulado por la actora al promover la demanda, nada cabe decidir al respecto, en tanto, como lo sostuvo la Sra. Fiscal ante la Cámara a fs. 566, el mismo no fue mantenido en el memorial.

Por lo expuesto, se admite parcialmente el recurso de fs. 550 y se revoca la sentencia apelada, con los alcances establecidos en este decisorio. Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada, por resultar sustancialmente vencida (Cpr. 68). Notifíquese por Secretaría del Tribunal, conforme Acordadas N° 31/11 y 38/13 CSJN, y a la Sra. Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada N° 15/13 CSJN y, devuélvase al Juzgado de origen. Firman las suscriptas por encontrarse vacante la vocalía N° 5 (conf. Art. 109 RJN). — María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero. — Matilde E. Ballerini.

“precio del consuelo”, esto es, al resarcimiento que “procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes delectables (por ejemplo, escuchar música) que conjugan la tristeza, desazón, penurias” (20).

V.2. El daño moral contractual

Como es bien sabido, la responsabilidad civil exige la concurrencia de varios presupuestos, los que para la mayoría de la doctrina son: 1) un hecho antijurídico o contrario a derecho; 2) que provoque un daño; 3) la conexión causal entre aquel hecho y el perjuicio; y 4) la existencia de un factor de atribución subjetivo u objetivo, que la ley considera fundamento suficiente para sindicar en cada caso quién habrá de resultar responsable.

La exención de responsabilidad, como contrapartida, exige la negación o destrucción de alguno de dichos presupuestos: 1) la no autoría por ausencia de relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio; 2) la inimputabilidad del autor del daño, inexistencia del factor subjetivo de atribución; 3) la justificación de un obrar aparentemente antijurídico; y 4) la inexistencia del perjuicio.

Centrándonos en el ámbito de la responsabilidad de fuente obligacional y en particular en el requisito del daño moral o extrapatrimonial, vemos que su admisión en este ámbito transitó por un largo camino hasta la actualidad (21), en donde no se rechaza sistemáticamente su aplicación, sino que procede dependiendo de las circunstancias del caso; y si resulta que la perturbación padecida por la víctima trasciende las simples molestias propias de la dinámica contractual. Esto es así dado que el efecto común de todo incumplimiento contractual es una cierta conmoción psíquica o desequilibrio en el estado de paz espiritual, y esa mera conmoción no puede

ser, por razones obvias que hacen a la certeza y entidad del daño moral resarcible, la base de una condena a pagar una indemnización.

En tal línea, Piedecasas (22), luego de recordar el principio general imperante en la materia —esto es, que el daño moral frente al incumplimiento contractual no se presume y como tal debe ser efectivamente probado—, enumera una serie de contratos en donde se ha admitido la procedencia del rubro, mostrando así el avance de la doctrina en tal sentido. El autor menciona los siguientes: contrato de transporte; medicina prepaga; contrato de mutuo hipotecario por incumplimiento del banco; contrato de seguro, ante el incumplimiento de la compañía aseguradora; transporte marítimo; contrato de caja de seguridad; contrato de tarjeta de crédito; contrato de servicio telefónico; contrato de transferencia bancaria; contrato médico; contrato de servicio de agua corriente; contrato de locación de obra; contrato de servicios jurídicos; contrato de provisión de energía eléctrica y, finalmente, el contrato de juegos de azar. Como puede verse, la mayoría reviste la categoría de contratos de servicios y como tales son subsumibles en el marco normativo previsto en el LDC.

A esta altura pocos discuten que un comportamiento antijurídico puede ocasionar daños materiales cuantiosos y no vulnerar o lesionar intereses extrapatrimoniales y viceversa (23). Piénsese, por caso, en un accidente de tránsito en donde el único daño resarcible son los daños materiales del vehículo, pero en donde la víctima no sufrió lesiones personales que lo habiliten a demandar por daño moral. En el campo de la responsabilidad contractual esta premisa merece algún ajuste. Los autores cuyo desarrollo se sigue para este punto afirman que, en este ámbi-

to, el daño moral no debería ser meramente un precio al dolor y que debe atender a otras cuestiones, afectivas o de la personalidad comprometidas en el incumplimiento.

La cuestión a dilucidar pasaría por establecer si existe algún incumplimiento susceptible de generar un daño moral completamente autónomo del daño patrimonial. Creemos que sí, y un claro ejemplo de ello se da en el fallo bajo análisis.

V.3. El incumplimiento de ciertas obligaciones emergentes de la LDC puede generar daños morales autónomos del daño material

La Ley de Defensa del Consumidor tutela el derecho de los consumidores y la correlativa obligación a cargo de los proveedores a recibir información, un trato digno y equitativo y a la seguridad personal y de sus bienes.

El deber de informar tiene un fundamento constitucional en el respeto de la libertad, la que se vería afectada ante la ausencia o insuficiencia de información con una incidencia disvaliosa en el discernimiento; por ello debe darse una eficiente información de modo tal que el consumidor tenga capacidad de discernir con libertad cuál es la finalidad perseguida en la contratación.

De similar modo, el derecho a recibir un trato digno y equitativo encuentra su fundamento constitucional en el respeto a la dignidad de la persona como centro del ordenamiento jurídico, con su correlato en el art. 51 del Cód. Civ. y Com. En el marco de una relación de consumo, el “trato” que recibe el consumidor por parte del proveedor encuentra una doble faz: en primer lugar, la propia de la relación de consumo, cuya finalidad es satisfacer la necesidad y/o expectativa colocada por el consumidor en la

relación entablada con el proveedor. Refiere, entonces, a los aspectos comerciales que ligan al consumidor en el plano contractual, en que hay una vinculación cierta y clara entre los sujetos intervinientes en la relación consumeril, traduciéndose así en la obligatoriedad del proveedor de informar en forma cierta, clara, detallada y gratuita todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que aquel adquiere, así como las condiciones de comercialización (art. 4º LDC), información que integra en forma absoluta la relación contractual y que tiene por finalidad, por ejemplo, evitar “sorpresas” que generen costos no informados al consumidor. En segundo lugar, este trato digno que ha de dispensarse al consumidor se proyecta a la faz precontractual y poscontractual, por dos razones: la primera, porque tanto la etapa de formación del contrato cuando la posterior a su ejecución son consecuencias de la relación jurídica entablada entre el consumidor y el proveedor, de lo que se desprende que las partes han de conducirse con buena fe y respeto por el otro polo negocial, bajo pena de incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios que el accionar negligente, intempestivo y/o descuidado ocasionara al consumidor; la segunda surge frente a que la misma ley coloca en cabeza del proveedor pautas de conducta de obligatoria observancia, al regular, por ejemplo, las condiciones de la oferta (art. 7º LDC), o el deber de garantía (art. 11 LDC), que sin lugar a duda integran el derecho a recibir un trato digno por parte del consumidor.

Es decir, la operatividad de derechos contenidos en el art. 42 CN y reproducidos en la LDC apuntan a evitar que el proveedor de bienes y/o servicios se deslinde de sus responsabilidades, a limitar las posibilidades de abusos, de abandono al consumidor ante

{ NOTAS }

(20) Cfr. IRIBARNE, Héctor P., “La cuantificación del daño moral”, RDD 1999-6-197.

(21) Chamatropulos sostiene que uno de los hitos en la evolución de las ideas sobre la resarcibilidad del daño moral contractual es la irrupción del Derecho al Consumidor como una legislación superadora de las tradicionales barreras que cual compartimientos estancos

separaban a la responsabilidad contractual de la extrapatrimonial (CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Los daños sufridos por usuarios de cajeros automáticos”, en KABAS de MARTORELL, María Elisa (dir.), *Tratado de Derecho Bancario*, Rubinzal-Culzoni Edit., Sta. Fe, 2011, t. II, p. 502.

(22) Cfr. PIEDECASAS, Miguel A., “Interpretación

de la doctrina judicial en materia de daños originados en el incumplimiento contractual”, RDD 2013-3-87 a 117 y jurisprudencia citada.

(23) La Comisión 2 de las Jornadas sobre temas de responsabilidad civil por muerte o lesión de personas celebradas en Rosario en el año 1979 recomendaron: “6. El daño moral debe ser evaluado en con-

creto, separadamente del agravio material si este existiere. Debe descartarse en forma absoluta que el juez fije el daño moral en un porcentual de la suma en que se estime el daño patrimonial” (MOSSET ITURRASPE, Jorge – PIEDECASAS, Miguel A., ob. cit., p. 83).

supuestos de conflictos, de deficiencia en los productos o servicios, a impedir que se le oculte qué se le vende en realidad, etc. Y esas condiciones de atención que implican mínimamente proveerle información suficiente y necesaria de acuerdo con las características del producto o servicio contratado no son otras más que el trato como a un igual, con respeto por su condición humana, mediante —entre otras formas— el cumplimiento de las obligaciones legales que recaen sobre el proveedor, en la búsqueda del equilibrio de las partes en la relación jurídica.

Desde este atalaya, para un sector de la doctrina estas obligaciones determinan la creación de nuevos supuestos de responsabilidad de “atribución objetiva”, como son la ausencia o defectos en la información (art. 4º, LDC); la obligación legal de seguridad (art. 5º, LDC); el trato indigno; las prácticas abusivas, etc. Correlativamente se generarían daños autónomos y “propios del derecho del consumo” (24). Consecuentemente, la ausencia de información es el incumplimiento de la obligación legal de informar y es de responsabilidad objetiva y puede causar “solo” daño moral, es decir, no necesariamente puede estar ligada a un daño económico y solo puede causar una “molestia” (25) (pérdida de tiempo, urgencia; colas; angustias, concurrir en varias oportunidades, comunicarse telefónicamente con dificultad, etc.) el solicitar el consumidor una información que debió serle dada.

V.4. La carga de la prueba

Con relación a la carga de la prueba cabe memorar el criterio sustentado por Matilde Zavala, quien entendía que no era esencial la índole del deber incumplido (previamente asumido o el genérico de no dañar), ni el consiguiente encuadramiento de la responsabilidad como contractual o aquiliana, sino las características del perjuicio mismo, en confrontación con el suceso lesivo que lo produce. En efecto, a criterio de la autora resultaba errado requerir siempre prueba específica sobre el daño moral contractual, o sea, descartando apriorísticamente la posibilidad de que fuera presumido por el magistrado sobre la base de elementos objetivos aportados a la causa. En dicha senda, las circunstancias del caso deberían posibilitar al juez que —en ejercicio de sus facultades propias y aplicando las reglas de la experiencia— juzgue si, de acuerdo con el normal acontecer, el hecho alegado tiene aptitud para provocar el perjuicio cuya indemnización se solicita (26).

Esta línea interpretativa es aplicable al caso bajo estudio, en donde la carga de la prueba del daño sigue estando en cabeza del reclamante, aunque al consumidor no le resulte menester diligenciar una prueba psicológica a los fines de acreditar una perturbación anímica generada. Diversamente ciertos hechos probados en el expediente y que han sido correctamente analizado en el fallo que estamos comentando pueden operar como indicios que lleven al juzgador al convencimiento sobre cuál ha sido el grado de afectación espiritual que pudo generar el incumplimiento en el cocontratante de buena fe.

En tal labor no cabe perder de vista los principios rectores que surgen de los arts. 1725 y 1744 del Cód. Civ. y Com.

El primer artículo establece: “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes...”.

Y, finalmente, el art. 1744 dispone: “Prueba del daño. El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos”.

A nuestro modo de ver, el fallo bajo estudio analiza correctamente este factor, dando por sentado —de acuerdo con la prueba arrojada en el expediente, cuyo detalle pormenorizado se desconoce— que los hechos denunciados por la actora tienen susceptibilidad para haberle producido una perturbación espiritual trascendente a las simples molestias que genera cualquier dinámica contractual. El razonamiento, aunque luzca en exceso sencillo, es inobjetable. El cliente bancario desconoce los pormenores de los distintos contratos que celebra con la entidad, y por tal causa ningún banco debería dar por sentado que ciertas solicitudes, v.gr., documentación en el curso de ejecución del contrato— son entendidas y conocidas por el cliente. Entonces, si el banco cuenta con los medios técnicos para hacer cesar cualquier estado de incertidumbre del cliente en el acto, ¿por qué retacear información, acrecentando la vulnerabilidad del consumidor?

V.5. La cuantificación del daño moral

Creemos que la indemnización que se otorgue en demandas fundadas en este tipo de incumplimientos debería fijarse teniendo en miras el parámetro de los placeres sustitutos o compensatorios. No soslayamos que autores como Pizarro y Vallespinos (27) han considerado que pretender compensar el daño moral, cualquiera sea su índole, atendiendo exclusivamente a la idea de los placeres compensatorios, importa una idea equivocada de lo que son el daño moral y el sentido del resarcimiento. La crítica nos parece acertada únicamente para el propio ejemplo que traen los autores: v.gr., una persona que a raíz de un ilícito queda disminuida y sin comprensión de su estado, en donde el daño también se configura aunque la víctima no lo sienta y por ende no pueda ser compensada con placeres materiales.

En los demás casos, especialmente los que tratamos en este punto, nos parece correcto asumir que si el consumidor se ha visto constreñido antijurídicamente a no gozar de las cosas que quiere (leer, escuchar música, orar, compartir un vaso de vino con un amigo y otras cosas no menos gratas) y a reemplazarlas temporariamente por otras angustiantes, constriéndolo en definitiva a malgastar un tramo de su vida, sea compensado tomando como parámetro el valor de aquellos bienes o actividades que habría podido llevar a cabo si no hubiera tenido que perder tiempo logrando que se le dieran las explicaciones debidas o exigiendo un trato acorde de parte de los proveedores de bienes y servicios, etcétera.

VI. Sanción punitiva

Según venimos expresando, las entidades bancarias revisten la categoría de proveedores de servicios en los términos del art. 2º de la ley 24.240. Dicho emplazamiento las coloca frente a la eventualidad de que a la par de las indemnizaciones tradicionales puedan ser condenadas a abonar la multa prevista en el art. 52 bis del citado plexo normativo.

En lo que resulta de interés para este punto observamos que la norma establece:

“Art. 52 bis: 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...”.

Más allá de cuestiones como la legitimación activa y el destino de la multa, es importante tomar en cuenta lo siguiente:

a) Se trata de una facultad del magistrado que, como tal, es discrecional, aunque, si se encuentran reunidas las condiciones generales de la figura, la pena debe ser aplicada (28).

b) El hecho que se sanciona debe ser grave y con su conducta el proveedor debe haber puesto de manifiesto una actitud de grave menosprecio por los derechos de terceros, buscando precisamente obtener un rédito con tal accionar.

c) La posición en el mercado y mayor poder del punido.

d) La finalidad disuasiva futura que se persigue con la imposición de la sanción.

e) La actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta.

En lo que respecta a la actividad bancaria, la doctrina (29) sugiere que la procedencia o no de la figura que nos ocupa debe juzgarse tomando en cuenta los siguientes factores:

a) La actividad bancaria se ha distanciado de las formas tradicionales de contratación, ya que la mayor parte de las transacciones se efectúan por vía telefónica, internet o cajeros automáticos.

b) La brecha que separa al consumidor de cierto tipo de servicios financieros es más amplia que en muchas relaciones de consumo.

c) La necesidad de utilizar los servicios que proveen las entidades bancarias los convierte en una necesidad, más que una opción.

En función de ello creemos que, si bien es cierto que la figura debe aplicarse y cuantificarse con suma prudencia, en aquellos casos en donde se detecte un grave incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad bancaria y en donde ella obtenga mayor ventaja satisfaciendo eventuales reclamos judiciales que corrigiendo los déficit del sistema (30), la aplicación de la multa sería procedente. Ya para concluir diremos que, a nuestro criterio, la sanción en este caso era

procedente, y para ello se debió tomar en cuenta no solo la posición en el mercado del infractor sino también que el banco omitió brindar información relativa a un pago incompleto que efectuaba la consumidora, circunstancia que generó que esta permaneciera ligada contractualmente al banco, y esta omisión, si se verifica en múltiples contratos, genera un rédito económico para el infractor.

VII. Visión jurisprudencial

La interpretación propiciada en el párrafo anterior se abre camino en los repertorios de jurisprudencia. Es dable señalar que, en la mayoría de los casos, las empresas demandadas son compañías telefónicas o proveedores de servicios financieros. Veamos.

En un caso se condenó a una empresa de telefonía y a sus gestoras de cobranza a indemnizar al actor por daño moral y la multa civil contenida en el art. 52 bis de la LDC, por haberlo intimado en reiteradas ocasiones a su domicilio laboral pretendiendo el cobro de una deuda inexistente.

El tribunal sostuvo: “Es indemnizable para el actor el daño sufrido como consecuencia de la manifiesta o grosera inconducta por parte de la demandada en el trato comercial, por la notoria desatención de la demandada a las numerosas gestiones realizadas con el objeto de indagar sobre el saldo deudor del actor y los desmedidos reclamos cursados por el accionado, constituyen un grave y objetivo incumplimiento de la exigencia de la LDC en el art. 8º bis, y habida cuenta de la manifiesta negligencia e inoperatividad de la reprochada, puede juzgarse cumplimentado el elemento subjetivo que también requiere la norma citada en el art. 52 bis y su doctrina para la aplicación de la multa civil, y la gravedad dada por las reiteradas intimaciones al pago de la supuesta deuda al domicilio laboral del actor (...). Resulta acreditada la existencia del daño moral por el solo hecho de la acción antijurídica y se configura *in re ipsa*, tal como lo entiende la doctrina y jurisprudencia al interpretar la Ley de Defensa del Consumidor; en todo caso, es al responsable a quien le incumbe acreditar una situación objetiva que excluya la posibilidad del nocivo estado espiritual generado por aquella, siendo indudable que la perturbación anímica derivada de la conducta de la parte demandada reviste autonomía resarcitoria; es decir, debe ser reparada con independencia de otros factores que contribuyeran a su existencia” (31).

En otro fallo se condenó también a una empresa proveedora de telefonía a abonar a la actora, una cliente octogenaria, una suma en concepto de daño moral y daño punitivo a raíz del incumplimiento en la efectivización del traslado de una línea telefónica a otro piso del mismo edificio.

La Cámara sustentó el decisorio con el siguiente argumento: “La actitud de la demandada de encapricharse en no efectuar un traslado de línea telefónica en un mismo edificio con solo un piso de diferencia y recurrir al ardid de invocar que la actora había dado de baja la línea telefónica sin haber siquiera ofrecido alguna prueba con relación a semejante afirmación, procediendo sin más a cambiar la línea telefónica a una persona octogenaria, si bien resulta inentendible e

{ NOTAS }

(24) Cfr. GHERSI, Carlos A., “Los nuevos daños en el derecho del consumo”, cita online: AR/DOC/2090/2011.

(25) Cfr. Señala Zavala de González que resulta encomiable reconocer un daño moral por pérdida injustificada de tiempo —el cual es vida y libertad— ya que este resulta jurídicamente significativo al margen de su función instrumental para logros existenciales y económicos. Señala la autora citada que, en estos supuestos, en la persona emerge un sentimiento de “cosificación”, de: no ser tratado dignamente, aunque no haya lesión

de otros intereses espirituales (es decir, ninguna particular urgencia para llegar a destino) Conf. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Los daños morales mínimos”, LA LEY, 2004-E, 1311.

(26) Cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 5ª, “Cuánto por daño moral”, ps. 158 y ss.

(27) Cfr. PIZARRO Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., p. 800.

(28) Cfr. TINTI, Guillermo P. – CALDERÓN, Maximi-

liano, “Contratos. Parte General”, Ed. Zavala, Buenos Aires, 2016, p. 231.

(29) Cfr. OTAOLA, María Agustina, “Los daños punitivos: acuerdos y desacuerdos en la doctrina argentina”, RDD 2013-1-405 a 435.

(30) En un caso relativamente reciente y en donde a un cliente se le extrajeron fondos de su cuenta con una tarjeta melliza luego de obtener de él mediante embustes su clave o PIN, se detectó que otras ciento cuarenta y cuatro cuentas del banco habían sido objeto de fraudes

y que la entidad, conocedora de tal circunstancia, al momento de articularse la demanda seguía sin solucionar la falla de seguridad (cfr. CNCom., sala D, 15/05/2008, “Bieniauskas Carlos c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires. Ordinario”), AR/JUR/3631/2008.

(31) JCiv. y Com. Nº 12 Rosario, 14/06/2013, “Martíñena, Lucas c. Telecom Argentina SA s/sumarísimo”.

incalificable, se adecua a una conducta hacia los usuarios que la jurisprudencia viene registrando de numerosas empresas, y en especial de la aquí demandada, tornando admisible la pretensión de reparación del daño moral sufrido por la octogenaria, y usuaria, actora” (32).

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, confirmó la sentencia que condenó a la empresa de telefonía por los daños y perjuicios sufridos por el cliente al haber violado la primera el deber de trato digno y equitativo, luego de que el usuario solicitara la baja del servicio. La condena por daño material ascendía a trescientos pesos, mientras que la suma mandada a pagar por daño moral fue de treinta y cinco mil pesos.

Entre los argumentos fundantes se sostuvo: “Los avatares y padecimientos sufridos por la actora no se tratan, como se afirma en el agravio, de las contingencias propias del mundo de los negocios, sino que no cabe dudas que la afectación anímica y espiritual de la Sra. O. reviste entidad suficiente en relación causal adecuada con la serie de incumplimientos y afectaciones irrogados por Claro: no darle de baja al servicio, exigirle enviar una carta postal, exigirle pagar un saldo por cancelación anticipada que resultó sorpresivo y abusivo; reclamar dos veces por carta remitida por dos departamentos distintos de gestión por cobro, reclamar por carta documento, otorgar el trámite de suspensión del servicio en lugar de su cese, no asistir a la audiencia conciliatoria fijada en el expediente administrativo (aunque luego se efectuaron ofrecimientos de acuerdos extrajudiciales que la actora no aceptó), todo ello constituye un soporte fáctico suficiente para alterar y modificar disvaliosamente la esfera extrapatrimonial de la demandante (arts. 522 y 1078 Cód. Civil; art. 1741 Cód. Civ. y Com.; art. 40 LDC)” (33).

Finalmente, tenemos un fallo dictado el 09/06/2016 (34) por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, en donde se condenó a una entidad financiera a abonar al cliente una suma de dinero en concepto de daño moral por un error que generó la baja de todos los productos contratados y provocó su inclusión en la base de deudores del sistema financiero.

Entre los fundamentos del fallo, puede leerse: “Corresponde el resarcimiento por daño moral, cuando la baja por defunción de la tarjeta de crédito no fue notificada al titular, sino que este se anotició al querer

utilizar su tarjeta, viéndose en la situación de tener que aclarar que no estaba intentando un fraude sino en la inocente tarea de adquirir bienes (arts. 3º LDC; 163, inc. 5º, párr. 2º; 384, Cód. Proc. Civ. y Com.), y que de resultas de esa actividad —amén de la reconocida inclusión en la base de datos de Veraz— se vio privado de su seguro automotor (el que se debitaba automáticamente de la citada tarjeta de crédito) fue obligado a cancelar créditos no vencidos (cuotas del préstamo otorgado) debió viajar al exterior sin contar con ese plástico, tuvo que reclamar reiteradamente se le restableciera su situación anterior al error, tarea en la que innegablemente invirtió tiempo y esfuerzos, recibiendo la indolencia de la empresa demandada por respuesta durante trece meses (...). Si la empresa emisora de la tarjeta de crédito faltó severamente a su deber de trato digno respecto de quien, como usuario o consumidor, es afectado por un yerro de aquella, debiendo luego invariablemente invertir una considerable porción de su tiempo en procurar que el proveedor deshaga el entuerto, esa pérdida es también computable al cuantificar el daño moral pues invariablemente, las condiciones en las que se transitan siempre son contrarias al buen ánimo y al espíritu del más equilibrado de los ciudadanos. Y ello es así aun cuando tengamos por cierto que el actor recibió el mejor de los tratos durante los reclamos, pues el tiempo insumido —perdido en realidad, pues fueron 13 meses— influye en el ánimo de todas las personas, aún de las que cuentan con una templanza superior a la media (arts. 3º, 8º bis, ley 24.240; 1078, Cód. Civil)”.

En el ejercicio de la función llegó a nuestro conocimiento una demanda interpuesta por un consumidor bancario en contra del Banco de la Provincia de Córdoba. El cliente relató que en dos ocasiones había utilizado su tarjeta de débito y la operación figuraba electrónicamente con un débito duplicado. El actor se comunicó telefónicamente con la administradora de la red de tarjetas de débito y desde allí se le informó que al día siguiente el sistema iba a corregir automáticamente la constancia de la duplicación del débito. Ahora bien, como esto no sucedió el actor llamó a la línea de atención del cliente del banco y desde allí, pese a que se generó un número de reclamo, se le solicitó que concurreniera personalmente a la institución a presentarlo por escrito. El cliente cumplió con esta exigencia y cuando concurrió nuevamente a solicitar la respuesta a su queja se le informó verbalmente que ello no era necesario porque el problema se había solucionado.

Se demandó una suma por daño material, solo para el caso de que el débito se hubiera duplicado efectivamente, daño moral por incumplimiento del deber de informar y brindar trato digno al cliente y daño punitivo. Solo se admitió el rubro de daño moral.

Para fundamentar esta decisión se argumentó: “No escapa a mi consideración, la circunstancia de que el actor no ha ofrecido una prueba testimonial para acreditar el supuesto trato incorrecto recibido por el oficial de atención al público al momento de consultar sobre su reclamo. Sin embargo, tengo por acreditada las largas esperas que debió afrontar para ser atendido (fs. 16 y 21) y juzgo que ello configura una infracción al deber de trato digno ya que no resulta concebible que la entidad bancaria oficial disponga de poco personal en la sucursal más importante para la atención al público. Discurrir en torno a lo que dijo o no dijo el empleado que atendió al actor al momento en que este fue a interiorizarse de su reclamo es ocioso, ya que el problema suscitado podría haberse evitado haciendo llegar al actor por carta documento una respuesta a su reclamo con las explicaciones del caso. A más, si luego de iniciado el expediente la demandada contesta demanda acompañando un resumen de cuenta cuya fecha de remisión al demandado no consta en el expediente y ya en la etapa de prueba se presenta munida con la constancia del reclamo ya solucionado (ver fs. 117/118), cuando nada le impedía enviarle una copia por carta documento al cliente; ello configura una conducta jurídicamente reprochable que como tal no puede merecer amparo en la jurisdicción (...). El criterio que sustento es pasible de críticas. Se dirá por caso, que la ejecución de todo contrato implica un plus de nervios e incertidumbre que el contratante debe tolerar; se podrá sostener también que el cliente no ha demostrado por prueba idónea el agravio moral que le ha irrogado la conducta del banco e incluso que tampoco luce acreditado por cuánto tiempo duró el estado de incertidumbre generado por la conducta del proveedor financiero. La primera objeción la considero válida para un contrato paritario y aquí nos encontramos frente a un contrato de servicios en donde la entidad bancaria tiene a su disposición los medios para hacer cesar el estado de incertidumbre del cliente a la máxima brevedad. En punto a la segundo, juzgo que la omisión del deber de informar por escrito que suerte tuvo el reclamo planteado por el consumidor, tuvo virtualidad para colocarlo en un estado de incertidumbre, desasosiego por el trato recibido y perplejidad. Ahora bien, si dicho

malestar duró un día, dos, un mes o tres ello no es relevante de acuerdo con la tesis que propicio, relativa a que el deber de informar frente a un reclamo se cumple remitiendo una nota de escrita en donde se haga saber en términos sencillos el resultado del reclamo, las gestiones hechas por el Banco para dicha situación no repita y la advertencia al cliente de que si verifica una operación fallida con la tarjeta de débito, esta no recibe una doble registración” (35).

Repasando los fallos reseñados, se advierte que el incumplimiento de los proveedores al deber de informar obliga a los consumidores a dejar de atender sus cuestiones personales o renunciar a disponer libremente de su tiempo para embargarse en fatigosos reclamos, llamadas a centros de atención telefónica despersonalizados, cuando no a un verdadero peregrinar a oficinas de atención al cliente, servicios técnicos, organismos de defensa del consumidor, abogados, asociaciones de consumidores, etc., con las consiguientes erogaciones de traslados, costos, llamadas telefónicas, gastos administrativas, entre otros, sumado alpreciado bien del tiempo.

Otras veces, tienen que enfrascarse en largas esperas haciendo uso del deber de “antesala”, previo a que los atiendan profesionales expertos en el “arte de la espera”. Por consiguiente, corresponde que se compense el tiempo invertido por el consumidor en intentar resolver incumplimientos que son imputables al proveedor de bienes y servicios.

VIII. A modo de conclusión

El consumidor es un sujeto que goza de protección constitucional, por ser considerado la parte débil de la relación consumeril en razón de las nulas chances que presenta de equipararse con el idóneo —en el caso que comentamos, nada menos que un banco— experto en la materia que comercializa, que es el proveedor. Y en esta tutela diferenciada, contenida en la Carta Magna y en la LDC, reside el microsistema que es el mundo del consumo, con sus figuras particulares, sus exigencias específicas y un plano detallado de derechos y obligaciones que no es susceptible de ser modificado por acuerdo de voluntad de ninguno (art. 65, LDC).

Entonces, brindar información, trato digno y equitativo al consumidor no es una opción para el proveedor de bienes y servicios, es una obligación legal y exigible.

Cita online: AR/DOC/920/2020

{ NOTAS }

(32) Cfr. CCiv. y Com. Rosario, sala III, 29/11/2017, “Persichitti, Beatriz M. A. c. Telecom SA s/daños y perjuicios”, AR/JUR/105424/2017.

(33) Cfr. CCiv. y Com. Azul, sala II, 28/08/2018, AR/JUR/46959/2018.

(34) Cfr. “Ajargo, Claudio E. c. BBVA Banco Francés SA s/daños y perjuicios”, AR/JUR/51420/2016. En análogo sentido la CCiv. y Com. 6ª Nom. Córdoba señaló: “En determinados casos no se requiere prueba específica del daño moral, pues ha de tenérselo por demostra-

do con el solo hecho de la acción antijurídica que ha consistido en colocar al actor públicamente en calidad de deudor irrecuperable (en este sentido CNCiv., sala F, 30/05/2005, ‘C., G. D. c. Lloyds TBS Bank y otro’, DJ 24/05/2006, 297). Una inclusión errónea e injustificada en un registro de morosos por una comunicación del demandado causa, una modificación espiritual disvaliosa, que excede las meras molestias, proyectando sus efectos en el plano de las afecciones, configurando el daño moral. El hecho de que la situación no se haya publica-

do o anoticiado a terceros no empece a la existencia del daño moral. Sin duda que la publicación agravaría el daño moral, pero ello no implica que para que exista el daño necesariamente deban darse esos elementos externos de los cuales habla el apelante. Tampoco obsta a la existencia del daño moral la circunstancia de que no se haya probado que el actor vio frustrada la obtención de un crédito en otra entidad bancaria, pues en todo caso esa consecuencia sería eventualmente un daño patrimonial y un elemento que agravaría el daño moral, pero la

sola inclusión errónea en los registros de deudores sin duda causa un agravio extramatrimonial” (Cfr. CCiv. y Com. 6ª Nom. Córdoba, 15/05/2008, “Taranto, Gustavo D. c. Citibank SA - ordinario - daños y perj. - otras formas de respons. extracontractual”, expte. 1080851/36, AR/JUR/4563/2008).

(35) JCiv. y Com. 37ª Nom. Córdoba, 27/11/2018, “Monferini, Luciano c. Banco de Córdoba SA - ordinario - cobro de pesos”, expte. 5962770, sent. 387 (la sentencia no se encuentra firme).