



Daño extrapatrimonial individual y colectivo en los procesos de consumo

Individual and collective extrapatrimonial damage in consumer processes

Jorge Oscar Rossi

Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Abogado (UBA). Profesor titular de las materias «Teoría General de las Obligaciones», y «Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios» (Universidad Abierta Interamericana). Académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: jorgeoscar.rossi@gmail.com

Fecha de envío: 20 de abril de 2023 | Fecha de aprobación: 8 de junio de 2023

Resumen

La asimetría en las relaciones de consumo produce, entre otras consecuencias, la exposición de los consumidores a múltiples y continuas situaciones de «pequeños maltratos», que implican disgustos y pérdida de tiempo. Ello disminuye su calidad de vida, entendida como una reducción de probabilidades vitales que, a los fines de su cuantificación, puede describirse como una «pérdida de chance de disfrute».

Si bien el daño moral colectivo no está expresamente regulado, existen antecedentes jurisprudenciales; y el juego de los arts. 1737, *in fine*, 1738, 240 y 1741, *in fine*, del CCC brinda pautas para su determinación y cuantificación. El deber de seguridad del art. 5 de la Ley de Defensa del Consumidor, complementado por los arts. 1757 y 1758 del CCC, incluye la prevención y el resarcimiento de daños originados en externalidades negativas, causados por proveedores a consumidores potenciales e indeterminados.

Palabras claves: daño; extrapatrimonial; consumidor; colectivo; cuantificación.

Abstract

The asymmetry in consumer relations produces, among other consequences, the exposure of consumers to multiple and continuous situations of “little mistreatment”, which imply displeasure and loss of time. All of this diminishes their quality of life, understood as a reduction in vital probabilities that, for the purposes of its quantification, can be described as a “loss of chance of enjoyment”.

Although collective non-pecuniary damage is not expressly regulated, there are jurisprudential precedents; and the game of arts. 1737, in fine, 1738, 240 and 1741, in fine, of the CCC provides guidelines for its determination and quantification. The security duty of art. 5 of the Act of Consumer Protection, complemented by arts. 1757 and 1758 of the CCC, includes the prevention and compensation of damages originated in negative externalities, caused by suppliers to potential and indeterminate consumers.

Keywords: *damage; extra-equity; consumer; collective; quantification.*

I. Introducción: la «sociedad de consumo individual», la relación de consumo individual y la autonomía de la voluntad¹

El derecho del consumidor, o de los consumidores, o de consumo, es una disciplina que estudia la regulación jurídica de las conductas de individuos que se relacionan económicamente en condiciones de *desequilibrio sistémico*.

Este desequilibrio o desigualdad no se da como un fenómeno ocasional, raro o extraordinario, sino que es lo normal y esperable. Por eso, se trata de un «desequilibrio sistémico» (en el sentido de «propio del sistema»).

Ante esa situación de desequilibrio sistémico, el legislador puede adoptar tres conductas, sea por acción o por omisión:

1. Profundizar el desequilibrio
2. Mantener el desequilibrio sin cambios
3. Revertir el desequilibrio

Sabido es el principio contenido en el art. 1195 de nuestro derogado Código Civil: «Los contratos no pueden perjudicar a terceros»². Estas palabras buscan expresar el llamado «efecto relativo de los contratos», dado que las obligaciones que nacen de ellos solo pueden vincular a las partes.

¹ Tratamos este tema en nuestro libro *Derecho de consumidores y usuarios*, de Ediciones D&D, año 2017, en el Capítulo XVIII, pp. 467 y sgtes.

² Principio mantenido pero matizado en el actual Código Civil y Comercial: «ARTÍCULO 1021.- Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, *excepto en los casos previstos por la ley*» (el resalte es nuestro). Dentro de los «casos previstos por la ley», cabe mencionar el de los contratos conexos (arts. 1073 a 1075)

Tradicionalmente, los contratos fueron concebidos *como un tema que beneficiaba o perjudicaba exclusivamente a las partes directamente vinculadas*. Así, mientras no se afectara el orden público ni la moral y las buenas costumbres (conf. art. 953 del Código Civil derogado y arts. 279 y 958 del actual Código Civil y Comercial), existía una amplia libertad para pactar lo que se quisiera.

Si había algo definitivamente «privado» en el derecho privado, eso eran los contratos. En última instancia, sus efectos solo podían afectar a las partes.

La idea de la autonomía de la voluntad como fuente por excelencia de la obligatoriedad de los contratos es una derivación lógica del concepto de sociedad que campeaba en Occidente en el siglo XIX.

Recordemos que el Código Civil francés fue promulgado en 1804, y el de Comercio, en 1807. Una sociedad de individuos, libres, racionales, iguales, heredera de la Revolución francesa, era la que se tenía en mente al elaborar estos textos. Una sociedad que pasó *del status familiar al contractus*, como expresara Henry Sumner Maine en su libro *Ancient Law (El derecho antiguo)*, publicado en 1861.

Así, nos dice Maine (1893):

El movimiento de las sociedades progresivas ha sido uniforme en un sentido: el de la disolución gradual de la dependencia de la familia, reemplazada poco a poco por obligaciones individuales. **El individuo se ha ido constantemente sustituyendo a la familia como la unidad social del derecho civil.** (Maine, 1893, p. 117)³

Asimismo, Maine (1893) sostiene que:

Fácil es observar que en todos aquellos casos en que el derecho antiguo **fijaba irrevocablemente la posición de un hombre** desde la cuna, **el moderno le permite crearla él mismo por contratos**; las raras excepciones que aún existen de esta regla se denuncian a diario con apasionada indignación. (Maine, 1893, p. 73)⁴

Como puede apreciarse, esta «sociedad del contractus» era concebida como una sociedad individualista, atomista, una sociedad formada por personas libres, quienes, con intención y discernimiento, se dictaban sus propias reglas. Pero, téngase en cuenta que era también una sociedad donde *no existía un capitalismo industrial*. Volveremos sobre este punto. La «sociedad del contractus» era, como se dice ahora, el paradigma dominante en el siglo XIX.

Estrictamente, en la realidad nunca fue así. La concepción «atomista» de la sociedad, formada por multitud de individuos independientes, «autónomos», es una ficción. Dejando de lado que el «status» familiar no desapareció por arte de magia y enfocándonos en el campo de los contratos, por ejemplo, al lado de un deudor o de un acreedor, suele haber una familia, amigos, empleados,

³ La negrita es nuestra.

⁴ La negrita es nuestra.

proveedores, clientes, asociados, etc., que van a sufrir las consecuencias, positivas o negativas, de los acuerdos celebrados. Los individuos no viven en el vacío, y los incumplimientos contractuales suelen afectar a otros, además de a las partes directamente involucradas.

En la Argentina, el Código de Comercio entró en vigencia para todo el país en 1862, y el Civil, en 1871. Nuestro país también se encontraba en ese momento en una etapa previa al capitalismo industrial. En materia contractual, en la época de nuestro Codificador, se seguía imaginando a dos partes en igualdad de condiciones sociales, culturales y económicas, sentadas frente a frente y negociando una a una las cláusulas que formarían el acuerdo al que después se obligarían como a la ley misma. Esto era coherente con la idea de una sociedad de individuos, libres, racionales e iguales. Pero esta idea presuponía un sistema económico basado en la producción artesanal, sistema que se encontraba en crisis en la segunda mitad del siglo XIX.

Los Códigos Civiles y de Comercio del siglo XIX tenían en mente un modelo que aquí denominamos «sociedad de consumo individual», cuando ya en ese siglo, en especial en su segunda mitad, se sentaban las bases de la actual «sociedad de consumo masificado» en la que estamos inmersos.

Lo que caracteriza a una sociedad de consumo individual es lo siguiente:

- a) Los bienes destinados al mercado se producen en pequeñas cantidades o a pedido del cliente. La relación de consumo es *individual*. Lo común es que el proveedor y el consumidor tratan directamente, cara a cara.
- b) Muchos bienes (en especial los consumidos por las poblaciones rurales) *son producidos para consumo personal* (v. gr., alimentos, ropas, mobiliario) porque es muy costoso o imposible conseguirlos a través del mercado. Dicho de otra manera, el campesino cultiva su pedazo de tierra, se cose la ropa y levanta una precaria choza no por placer o *hobby*, sino porque de otra manera se muere de hambre o de frío.

La sociedad actual presenta, en cambio, una economía de intenso intercambio realizado a través del sistema de mercado. A esta sociedad, también se la suele llamar «sociedad de consumo», o «sociedad de consumo masificado» aunque, estrictamente, el consumo masificado es una consecuencia de la expansión del mercado.

En un trabajo anterior, propusimos llamarla «sociedad mercatizada»⁵, en la creencia de que esta expresión refleja el hecho de que, hoy día, la mayor parte de la actividad de los millones de las personas que componemos dicha sociedad se realiza a través del mecanismo del mercado. Dicho en otras palabras, es casi imposible que cualquiera de nosotros pueda producir ni la tercera parte de los bienes y servicios que necesita consumir.

⁵ En el artículo «La publicidad inductiva en la Sociedad Mercatizada y el Contrato de Consumo». En Internet, puede verse en http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf080086-rossi-publicidad_inductiva_en_sociedad.htm.

Esta sociedad mercatizada presenta una dinámica propia, a través de la cual más y más actividades se van mercatizando. Es paradójico que, mientras se pretende exaltar, a través de los medios de comunicación, la libertad de cada individuo de «hacer su propia vida», como si se tratara de una característica distintiva de la vida actual, en realidad la dinámica de la sociedad mercatizada induce y produce uniformidad de necesidad y limitación de la libertad.

Por ejemplo, puedo pensar que los teléfonos celulares son una basura o que los prestadores de ese servicio me roban con las tarifas, pero, por presión social, «necesito» un celular y, por la oferta oligopólica o cartelizada, tengo que aceptar el cuadro tarifario y las condiciones de servicio. Este ejemplo es aplicable a muchos otros casos.

Además, como carezco de «tiempo libre», entendido este como tiempo en el que no estoy trabajando u ocupándome de la subsistencia, no puedo reflexionar adecuadamente sobre estas cuestiones. El «tiempo libre» o «propio» es muy valioso y su reducción disminuye la calidad de vida.

Por último, a diferencia del enfoque clásico, que hacía especial hincapié en los efectos particulares de las relaciones contractuales, que supuestamente no interesaban ni afectaban a los terceros, hoy día cobran importancia las denominadas «externalidades negativas».

«Las externalidades se definen como la influencia de las acciones de una persona en el bienestar de otra», expresa Eduardo González Tapia (2016). Son actividades que afectan a otros para mejor o para peor, sin que estos paguen por ellas o sean compensados. Existen externalidades cuando los costos o los beneficios privados no son iguales a los costos o los beneficios sociales.

Las externalidades son generalmente clasificadas en externalidades negativas, cuando una persona o una empresa realiza actividades, pero no asume todos los costos, efectivamente traspasando a otros, posiblemente la sociedad en general, algunos de sus costos; y externalidades positivas, cuando esa persona o empresa no recibe todos los beneficios de sus actividades, con lo cual otros —posiblemente la sociedad en general— se benefician sin pagar. Como ejemplo, los daños ambientales son, en ocasiones, externalidades negativas de la actividad de la producción de ciertos bienes y servicios. Volveremos sobre este tema más adelante.

II. El daño extrapatrimonial y la sociedad de consumo

En ese marco de cambio, de un esquema contractualista basado en la autonomía de la voluntad y la supuesta igualdad entre partes que obran racionalmente, también se va a observar un «desplazamiento» en el ámbito del derecho de daños que, de estar enfocado fundamentalmente en las consecuencias patrimoniales de las lesiones a derechos o intereses legítimos (el llamado «daño material»), irá dirigiendo su mirada a las «otras consecuencias».

Como sabemos, el llamado daño extrapatrimonial o moral es un daño que no afecta ni directa ni indirectamente al patrimonio de la víctima. El interés legítimo lesionado está constituido, por

un lado, de un menoscabo en sus afectos, emociones o sentimientos. Para decirlo gráficamente, *se ha violado su derecho a no ser mortificado, a no sufrir*.

Pero, por otro lado, el sujeto también puede haber sufrido un menoscabo en sus *probabilidades vitales*, es decir, en su aptitud para realizar actividades vitales no productivas⁶ (v. gr., viajar, pasear, tener relaciones sexuales, gozar de una muestra artística, realizar actividades artísticas o deportivas por puro placer, etc.).

En ambos casos, nos encontramos frente a un *displacer*, que, según el art. 1741 del CCC, debe ser resarcido mediante una «satisfacción» (un placer) que lo compense o sustituya. En el CCC, se lo denomina «daño no patrimonial» y aparece en el art. 1738, cuando este se refiere a 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.

Pero cabe realizar una inmediata aclaración: Las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica a que se refiere el citado artículo pueden ser consecuencias con *repercusión patrimonial* (v. gr., gastos médicos, de farmacia, de tratamiento psicológico, etc.) o *sin repercusión patrimonial* (dolor por la lesión sufrida o por las intervenciones quirúrgicas para remediarla, angustia por el resultado, etc.). Solo en este último caso, estaremos hablando de daño no patrimonial (tradicionalmente llamado «daño moral»).

Como expresamos más arriba, el art. 1738, en coincidencia con la doctrina y jurisprudencia nacional moderna, parte de la base de que el daño extrapatrimonial no solo comprende la afección espiritual, o el «daño a los sentimientos», sino todo *menoscabo en la calidad de vida*, toda pérdida en las probabilidades vitales, toda lesión, por ejemplo, a la posibilidad de esparcimiento, de viajar, de practicar deportes, de mantener relaciones sexuales, de practicar un *hobby*, etc. La alteración del proyecto de vida integra esta categoría.

En síntesis, más allá de las consecuencias patrimoniales de la lesión de un derecho (daño patrimonial), la indemnización debe reparar todas las consecuencias extrapatrimoniales producidas por la lesión al o a los derechos de la víctima.

El daño, como lesión de un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, implica un menoscabo a probabilidades vitales. Es, como mínimo, una pérdida, directa o indirecta, de la calidad de vida, sea que repercuta o no en el patrimonio de la víctima. Por eso, el art. 1738 menciona expresamente como supuesto dañoso a las consecuencias «que resultan de la interferencia en su proyecto de vida».

Aparece así consagrado el llamado «daño al proyecto de vida» como una especie dentro del género «daño extrapatrimonial».

Fernández Sessarego (s. f.) lo caracteriza como:

⁶ En cambio, el menoscabo a la aptitud de realizar actividades productivas es una consecuencia patrimonial, resarcible a título de lucro cesante o incapacidad sobreviniente o pérdida de chance.

... un daño de tal trascendencia **que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir**, que frustra el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño cierto y continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única «manera de ser». No es una incapacidad cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que, como está dicho, le otorgan razón y sentido a su vida.⁷

También señala:

... la notoria y ostensible diferencia de grado que existe entre «el daño psíquico», de cualquier magnitud y que es siempre el antecedente del «daño al proyecto de vida», de este último. Las consecuencias que cada uno de tales daños generan en la vida del sujeto, tal como se advierte, son distintas. En un caso, [...] se produce tan sólo una alteración o modificación patológica del aparato psíquico, mientras que en el daño al proyecto de vida se trunca, de raíz, el sentido valioso de la vida, su razón de ser.

Fernández Sessarego pone como ejemplo el caso de un pianista que, por un accidente de tránsito, pierde varios dedos de las manos, a quien, en razón de ello:

... se ha inferido a la persona un daño radical, que incide en el sentido mismo de su vida. Se ha frustrado su proyecto de vida, que consistía, única y exclusivamente, en «ser» pianista. El ser pianista otorgaba razón a su vida, sentido a su existencia, lo identificaba en la vida social a tal punto que, cuando la gente lo ubicaba en un lugar público, señalaba que se trataba de «un pianista».

En síntesis, la reparación de las «consecuencias extrapatrimoniales» de la lesión a un derecho o interés legítimo implica atender no solo la afectación en los sentimientos, sino la disminución en las probabilidades vitales, disminución que puede ser de mayor o menor magnitud, según el caso.

Por otro lado, en la sociedad de consumo, la vida cotidiana está plagada de «pequeños maltratos». Con esto queremos decir que, además de los supuestos de daño moral «tradicionales» (como el que puede sufrir una madre por la muerte de su hijo, o el que padece la víctima de una mala praxis médica), aparecen una serie de casos anteriormente ignorados por la doctrina y jurisprudencia. Son los llamados «daños mínimos». Hace casi veinte años, Matilde Zavala de González (2004) sostenía que «hay daños morales de variada gravedad pero, si se producen y son injustos, no están fuera de la tutela resarcitoria bajo el pretexto de ser “mínimos”» (Zavala de González, 2004, p. 1).

Antes bien, lo menos que legítimamente puede pretender cualquier persona es vivir con básica normalidad, sin otros inconvenientes que los aparejados por su naturaleza humana y la convivencia. Bastante difícil es ya afrontar esa vida en sociedades fríamente impiadosas para que, además, deban soportarse sin remedio agresiones externas que desbordan una elemental tolerancia y que frecuentemente pudo evitar el dañador.

⁷ La negrita es nuestra.

Nunca es jurídicamente minúscula la nocividad injusta, porque tampoco es mínima humanamente. Gran parte del discurrir personal transita en «pequeñas cosas». ¿Por qué subestimar lo exiguo si es valioso?

Las palabras de Zavala González (2004) son suficientemente descriptivas. Solo agregaremos que, en la actualidad, la conducta que produce muchos de estos daños «mínimos» se encuentra subsumida en la definición «amplia» de *dolo*, del art. 1724 del CCC, cuando se refiere a quienes actúan «con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos».

III. La teoría de la satisfacción sustitutiva

El CCC incorpora en el art. 1741 el siguiente criterio de cuantificación para indemnizar las consecuencias no patrimoniales: «El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas».

Como puede apreciarse, el CCC establece expresamente el carácter resarcitorio de la indemnización del daño moral o extrapatrimonial (no es para sancionar al autor del daño, sino para indemnizar a la víctima) y determina un parámetro de cuantificación: se adopta la teoría de la *satisfacción sustitutiva que propone compensar el displacer sufrido con un placer equivalente*.

Esta postura doctrinaria es merecedora de reparos, en virtud de algunas consecuencias que puede producir su aplicación. Sucede que, dicho en un lenguaje nada académico, *al pobre se lo «arregla» con poco, porque sus satisfacciones son más baratas*. Con lenguaje más técnico, así lo expresa el vocal preopinante en la sentencia del caso «M., J. L. v. C., M. C.»⁸:

La idea central es presentar un modelo abstracto, con los fundamentos teórico-pragmáticos científicos que hemos formulado, y que sirva de referenciamiento para abogados y magistrados. El modelo estructural tiene tres variables que deben combinarse: a) la ubicación temporal del damnificado, en cuanto a su edad cronológica, o mejor aún, determinados períodos de su vida; b) la ubicación en el espectro económico, social y cultural, es decir, la clase social de pertenencia e identidad; y c) la medición de la intensidad del daño moral por medio de los síntomas [...] Estas tres variables coordinadas determinan un campo de encuentro, que de alguna manera nos da la posibilidad de medir el daño moral y, en virtud de ello, establecer la comparación con su contradictorio (alegría-satisfacción)...⁹

De esto surge —nos dice el vocal preopinante— que «el placer concreto con que debe buscarse compensar a cada damnificado por daño moral está directamente relacionado con los placeres concretos con que esa persona acostumbra a regocijarse»¹⁰.

⁸ Es un muy interesante ejemplo de aplicación de esta teoría, bastante anterior a su recepción en el CCC. El vocal preopinante fue el Dr. Peralta Mariscal.

⁹ En la sentencia, el preopinante cita expresamente el libro de Carlos Ghersi, *Daño moral y psicológico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002. En este párrafo, este concepto está tomado de las páginas 194-195.

¹⁰ La negrita es nuestra.

Al respecto, consideramos que, si estamos en un caso de responsabilidad civil donde el factor de atribución es objetivo, por ejemplo, un accidente de tránsito, en el que la culpa o no del agente es irrelevante, este razonamiento puede ser atendible, dado que configura un parámetro de cuantificación en un caso donde el responsable, por hipótesis, puede no ser culpable y responder simplemente en su carácter de dueño o guardián de la cosa.

El caso inverso, en supuestos de responsabilidad civil por factor de atribución objetivo, puede presentar inconvenientes, dado que, con este mismo criterio, «al rico solo se lo arregla con mucho». Esto puede ser injusto para el dañador de escasos recursos, en casos de factor objetivo donde, nuevamente, el responsable, por hipótesis, puede no ser culpable y responder simplemente en su carácter de dueño o guardián de la cosa. En este último supuesto, entendemos que se debe acudir a la facultad de morigerar el monto indemnizatorio, otorgada al juez por el art. 1742, por razones de equidad, «en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho».

En cambio, la combinación daño causado con dolo —satisfacción sustitutiva para víctima de escasos recursos— puede dar como resultado el otorgamiento de montos insignificantes en concepto de reparación del daño extrapatrimonial; insignificantes precisamente porque la víctima, más que satisfacción sustitutiva, puede sentirse mortificada por el otorgamiento de una suma con la que puede «comprarse un buen televisor», como reparación de una conducta cometida «de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos» (art. 1724 del CCC).

Piénsese en alguien que, abusando de su posición dominante, maltrata deliberadamente a otro, sometiéndolo a vejámenes y vergüenza. En casos como este, la satisfacción sustitutiva o compensatoria del que se sabe vulnerable y que fue tratado como tal puede encontrarse en el castigo económico del poderoso, a través de un monto que, a la par que sancione patrimonialmente al dañador, le permita a la víctima procurarse placeres concretos con los que no acostumbra a regocijarse porque, *justamente, están fuera de su espectro económico, social y cultural*.

Esta idea también puede resultar chocante, ya que, en cierto modo, implica que la víctima encuentra placer en el castigo del dañador y porque parece apartarse del carácter meramente resarcitorio de la indemnización de las consecuencias extrapatrimoniales.

Podemos responder que la sensación de que «se hizo justicia», que el ofensor «pagó» por lo que hizo, es decir, sufrió un displacer equivalente al que produjo, es algo susceptible de provocar placer en la víctima. En el mismo sentido, no debemos olvidar que el hecho de que un juez otorgue una suma de dinero a favor de la víctima tiene un valor simbólico que va más allá de los bienes concretos que esta pueda adquirir con aquel.

Por otra parte, que el art. 1740 CCC plantee el principio de reparación plena y que el 1741 tenga una finalidad resarcitoria no significa que no pueda incluirse también la función disuasoria, como una de las funciones de la responsabilidad civil. Dicha función no esté expresamente regulada en el CCC, pero no significa que esté prohibida en nuestro ordenamiento jurídico o vedada a los jueces civiles. En caso contrario, tampoco procedería la aplicación de astreintes, contemplada en el art. 804 del CCC, o el interés «adicional» prescripto en el art. 552 del CCC.

IV. ¿Cuál es el «contenido» del daño extrapatrimonial?

Por lo anterior, podemos avanzar y, utilizando «a contrario» la terminología del art. 1746 CCC, entender el daño extrapatrimonial como una pérdida en la aptitud de realizar actividades no productivas ni económicamente valorables, pero de interés para la víctima y en la afectación espiritual por dicha pérdida. Puede implicar, según los casos, una disminución en la calidad de vida, en el sentido de un menoscabo en las posibilidades de disfrute o una incapacidad sobreviniente para el placer.

Desde otro ángulo, tomando como base el art. 1738 del CCC, podríamos decir que incluye las consecuencias *no patrimoniales* 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.

Al respecto, nos parece útil formular una distinción: podemos encontrar dos tipos de daño extrapatrimonial: uno que podríamos llamar *subjetivo* y otro que denominamos *objetivo*.

El subjetivo tiene que ver con la afectación anímica: El dolor, la mortificación, el sufrimiento son sus expresiones. En el art. 1738, aparece como la violación a las afecciones espirituales legítimas. Es la «mortificación espiritual» que se ve mencionada en muchos escritos de demanda y presupone que la víctima es un sujeto con discernimiento o, por lo menos, con consciencia.

El aspecto objetivo, en cambio, consiste en la disminución o menoscabo en la calidad de vida. Es la pérdida de probabilidades vitales. Concretamente, la persona sufre una privación en sus probabilidades de realizar actividades placenteras.

Por ejemplo, el que, como consecuencia de un hecho dañoso, sufrió una parálisis por la cual no puede volver a caminar, además de sufrir por esa situación de carácter permanente, se ve privado de hacer cosas para él placenteras, como practicar deportes, bailar, jugar con sus hijos, etc. Lo mismo (y mucho más) sucede si esa persona quedó en un estado de coma irreversible.

En la misma línea, el que, por un incumplimiento de la contraparte, se ve privado de la chance de curarse de una enfermedad futura, además de sufrir o mortificarse por esa situación (daño extrapatrimonial «subjetivo»), experimenta las consecuencias de dicha privación, lo que implica una disminución en su calidad de vida (daño extrapatrimonial «objetivo»)¹¹.

Hablar de calidad de vida puede parecer un concepto demasiado abstracto, demasiado amplio, o demasiado vago, tal como si habláramos de vivienda digna o de vida digna. A los fines de su cuantificación, nos parece apropiado remitirnos al término *chance* y a la *pérdida de chance de disfrute* como rubro indemnizatorio.

¹¹ Nos ocupamos de ese tema en nuestro artículo *Las probabilidades frustradas por el incumplimiento del contrato de almacenamiento de células*, publicado en Microjuris.com el 2 de septiembre de 2022. Cita: MJ-DOC-16774-AR | MJ16774.

En efecto, por *calidad de vida* entendemos las probabilidades vitales de una persona. Cuanto mayor es su probabilidad vital, mayor es su calidad de vida. Por *probabilidad* nos referimos al grado de posibilidad de que algo suceda. Cuando decimos «es probable», estamos diciendo que hay una significativa probabilidad de que algo ocurra (o que la posibilidad de que algo ocurra es alta o máxima). Cuando decimos «no es probable», estamos diciendo que no hay una significativa probabilidad de que algo ocurra (o que la posibilidad de que ocurra es baja o mínima).

Las probabilidades vitales extrapatrimoniales tienen que ver con el esparcimiento, el disfrute y están en relación con las circunstancias de persona tiempo y lugar. Por ejemplo, la probabilidad de practicar deportes está en relación con el tiempo de que se disponga, el lugar de residencia y las aptitudes físicas del que quiere practicarlos. En otras palabras, cuanto mayores son las probabilidades vitales extrapatrimoniales mayor es el grado de disfrutar la vida. Estrictamente, tratándose de chance, lo que existe es una probabilidad de menoscabo en su calidad de vida futura.

Por lo anterior, no es necesario que la víctima tenga discernimiento o consciencia a fin de poseer legitimación para reclamar daño extrapatrimonial, dado que, aunque no pueda acreditarse o presumirse un daño extrapatrimonial «subjetivo», igual puede existir el que denominamos como «objetivo». Por ejemplo, si una persona quedó en un estado de coma irreversible, más allá de cualquier posible «mortificación espiritual», que ignoramos que pueda sentir por su estado actual, es evidente que padeció una privación o menoscabo de sus probabilidades de realizar actividades placenteras. En concreto, toda su existencia se vio radicalmente alterada.

V. El *quantum* del daño extrapatrimonial

Respecto de la cuantía del resarcimiento del daño extrapatrimonial, pensamos que está en directa relación con la importancia que una sociedad le otorgue a los derechos extrapatrimoniales o, quizás con mayor claridad, a la «vida extrapatrimonial».

En nuestra sociedad, esa vida extrapatrimonial parece realizarse en el tiempo «libre», el tiempo que sobra —si sobra— una vez cumplidas las actividades productivas o económicamente valorables. Puestas así las cosas, estas actividades productivas o económicamente valorables aparecen como las realmente importantes. Lo otro es algo que hacemos cuando no tenemos «nada que hacer». De esta manera, la vida patrimonial parece estar en un lugar principal, mientras que la vida extrapatrimonial se encuentra cómo un accesorio.

Si este enfoque social cambia y las actividades placenteras son valoradas como tan o más importantes que las productivas o económicamente valorables, es razonable pensar que la cuantía de las indemnizaciones debe aumentar e igualar a las de daños patrimoniales o superarlas.

El menoscabo en las aptitudes para realizar actividades por puro placer, del tipo que sea, debe ser adecuadamente determinado y cuantificado. No es una especie de «yapa» que se concede a la víctima. No basta con expresar que se trata de una categoría autónoma de daño.

VI. El daño extrapatrimonial colectivo

Tomando como base lo normado en el art. 240 del CCC, podríamos definirlo como el menoscabo, actual o futuro, en la calidad de vida que sufre un grupo indeterminado, como consecuencia de la afectación del funcionamiento o la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros.

En relación con la procedencia del daño moral colectivo, si bien este no está expresamente regulado, existen antecedentes jurisprudenciales (*v. gr.*, «Municipalidad de Tandil c. T. A. La Estrella S. A. y otro s/ daños y perjuicios», E.D. 171-373, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 22/10/1996; y el juego de los arts. 1737, *in fine*, 1738, 240 y 1741, *in fine*, del CCC brinda pautas para su determinación y cuantificación.

Cabe hacer una aclaración. La expresión «daño extrapatrimonial colectivo» puede referirse a lo siguiente:

- 1) *Las consecuencias extrapatrimoniales de la afectación de intereses individuales homogéneos.* En este caso, no hay un bien colectivo afectado, sino derechos individuales, de contenido patrimonial o extrapatrimonial, que se encuentran amenazados o lesionados. ¿Cuál es la incidencia colectiva? Eso lo da el carácter *homogéneo* de los intereses individuales amenazados o lesionados. Para decirlo sencillamente: existe, en estos casos, una pluralidad indeterminada de personas que se encuentran con que sus derechos están amenazados o lesionados *por una única causa* (por ejemplo, los miles de usuarios de energía eléctrica perjudicados por un apagón, o los miles de usuarios de una tarjeta de crédito perjudicados por el cobro de un cargo indebido). Razones de economía procesal y seguridad jurídica indican como razonable que haya un solo juicio y que los efectos de la sentencia sean oponibles a todos los que se encuentran en la misma situación. Estrictamente hablando, en este caso, el daño no es colectivo. Lo que existe es una única causa «dañadora», que produce una pluralidad de daños (patrimoniales o extrapatrimoniales) individuales a los miembros de un colectivo, cuyo resarcimiento tramitará por un solo proceso.
- 2) *Las consecuencias extrapatrimoniales de la afectación de intereses colectivos propiamente dichos.* Aquí hay afectación o amenaza a *bienes colectivos* (*v. gr.*, el ambiente, los valores culturales, el paisaje, etc.). Estos bienes colectivos, por definición, no son de titularidad exclusiva de ninguna persona ni, mucho menos, se encuentran en el patrimonio de ninguna persona. En cambio, una pluralidad indeterminada de personas (por ejemplo, los habitantes de un lugar) están legitimados para representar a todos los demás, reclamando en defensa de todos los integrantes del «colectivo» afectado.

Esta terminología en materia de acciones colectivas es la que actualmente utiliza la jurisprudencia¹². Por diferentes razones el proceso colectivo de consumo es la herramienta indicada para que tramiten ambos reclamos. En el primer caso, porque exigir el reclamo individual implicaría, en la práctica, privar del acceso a la justicia a un número considerable de casos. El segundo, por la propia índole del menoscabo, que no afecta a alguien en particular, sino a la calidad de vida de un grupo social en su conjunto (un grupo de personas que viven en un ambiente contaminado tiene una menor probabilidad vital extrapatrimonial en relación con un grupo que vive en un entorno saludable).

Si tomamos como guía el art. 240 del CCC, podríamos decir que la pérdida de la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales o el paisaje genera una disminución en las probabilidades vitales del colectivo afectado. Existe, como mínimo, un menoscabo de la probabilidad de disfrutar de esos bienes. Un menoscabo que puede afectar a la actual generación y a generaciones futuras.

Por otro lado, el hecho de que el art. 1741 establezca que se tendrán en cuenta las satisfacciones sustitutivas o compensatorias no significa que necesariamente el resarcimiento del daño extrapatrimonial colectivo tenga que ser en dinero o en un bien distinto del que se perdió. Si bien esto es lo común porque, en muchos casos, es imposible volver las cosas al estado anterior, deben agotarse las posibilidades en casos como estos, donde se afectan bienes colectivos. Remediar el daño ambiental, cultural, paisajístico o arquitectónico es más valioso que condenar a la entrega de una suma de dinero (si un grupo escultórico original es destruido, la satisfacción sustitutiva podrá consistir en reconstruirlo, procurando utilizar similares materiales y técnicas).

Respecto de la regulación de las acciones de incidencia colectiva en la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), el texto del art. 54 establece lo siguiente:

Artículo 54.- Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Si la cuestión **tuviese contenido patrimonial** establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no

¹² Esta terminología sigue los pasos del Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en la ciudad de Caracas el 28 de octubre de 2004, que habla de acciones colectivas para hacer valer pretensiones de tutela de intereses o derechos difusos y acciones colectivas para hacer valer pretensiones de tutela de intereses o derechos individuales homogéneos (especialmente arts. 1 y 20). Similar terminología utiliza el Código de Defensa del Consumidor de Brasil en su art. 81.

ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.¹³

Del texto arriba transcrito, y limitándonos al objeto de nuestro trabajo podemos señalar que se adopta la postura amplia en materia de derechos de incidencia colectiva, porque, al admitir cuestiones patrimoniales individuales (dice el art 54: «Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral»), está admitiendo las *acciones colectivas en defensa de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*.

Ahora bien, dadas las externalidades negativas que pueden producir las relaciones de consumo, entendemos que el régimen protectorio debe extenderse a todos los que se encontraron expuestos a dichas externalidades.

Con el texto que le dio la Ley 26.361 a la LDC, *estaba* equiparado al consumidor u usuario, quien «de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo». Pero, como sabemos, al entrar en vigencia el CCC, este último supuesto desapareció, porque el art. 1 de la LDC quedó redactado así:

ARTICULO 1º —Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Sin embargo, de diversas normas surge que la LDC y el CCC no solo protegen al consumidor que efectivamente «adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social», sino también al denominado «consumidor potencial», es decir, el que no adquirió ni utilizó bienes o servicios, pero está expuesto a los efectos de las prácticas comerciales comunes en la vida cotidiana en la sociedad de consumo. Véanse, por ejemplo, las disposiciones de los arts. 4, 7, 8 y 19 de la LDC, referidas al deber de información y la publicidad, o de los arts. 1096 y siguientes del CCC, que expresamente indican que los preceptos de dicho cuerpo normativo. Estas disposiciones se relacionan con los derechos de trato digno, trato equitativo y no discriminatorio; libertad de contratar; información e incorporación al futuro contrato de las precisiones efectuadas a través de la publicidad; son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no. Es decir, que

¹³ La negrita y el subrayado son nuestros.

no se busca proteger solamente al consumidor que ya realizó un contrato o recibió una oferta, sino también a los consumidores potenciales o indeterminados.

Ante esta situación, pensamos que la misma solución debe seguirse respecto del art. 5 de la LDC, que dispone que «Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios». En otras palabras, entendemos que este artículo, que reglamenta uno de los derechos contemplados en el art. 42 de la Constitución Nacional, también busca proteger a los consumidores potenciales o indeterminados.

VII. Un ejemplo de «cambio de encuadre»

Nos ocuparemos de lo resuelto el 31 de marzo de 2021 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa «Décima, Julia Graciela y otros contra Productos de Maíz S. A. (Ingredión Argentina S. A.). Daños y perjuicios», y su acumulada: «Díaz, Zulema y otros contra Productos de Maíz S.A. Daños y perjuicios».

En cuanto a los antecedentes, un grupo de habitantes del Barrio de la Construcción, ubicado en la ciudad de Chacabuco, promovió acción de daños y perjuicios contra la empresa Productos de Maíz S. A. (antes Ingredión Argentina S. A.) derivados de la actividad agroindustrial de esta última, en reclamo del cese del daño ambiental; y respecto de cada uno de los actores, el daño físico y psíquico, el moral, el daño por menoscabo del uso de la vivienda y el daño ambiental en particular.

El día 13 de noviembre de 2014, se dictó sentencia, haciendo lugar a la demanda solo por el daño ambiental y su remediación; se difirió para un momento posterior la resolución de las acciones individuales de daños y perjuicios incoadas por los actores. Asimismo, se fijó la suma de \$7.200.000 en concepto de daño punitivo, pagadera en treinta y seis cuotas mensuales, importe que debía ser aportado al Municipio de Chacabuco con el objeto de que se satisficiera la necesidad de insumos e instrumentales básicos de las salas de primeros auxilios de esa ciudad.

A su turno, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín dictó sentencia única y modificó parcialmente el pronunciamiento de primera instancia al excluir del plan de remediación ambiental la obligación de la demandada de proveer de agua potable sin arsénico y la de realizar medidas para mejorar las condiciones sociodemográficas del conjunto poblacional. A su vez, modificó el pronunciamiento al reducir la sanción punitiva y la estableció en la suma de \$5.000.000.

En cuanto al agravio por el daño punitivo, determinó que no se había afectado el principio de congruencia, toda vez que había sido expresamente solicitado en la demanda, más allá de la confusa redacción del capítulo «Cuantificación económica de los daños (externalidades)», en el cual se hacía referencia, a fs. 143 y vta., a los «punitive damages [sic]». Tomó en cuenta que el instituto del daño punitivo establecido en la Ley de Defensa del Consumidor era de aplicación analógica, en razón de la injustificada desconsideración hacia el ambiente y hacia los pobladores de Chaca-

bucu por parte de la empresa demandada, lo que había llevado a los accionantes a la necesidad de reclamar judicialmente el cese y recomposición del daño ambiental.

Por su parte, la Corte bonaerense revocó la sentencia de Cámara en lo concerniente al reconocimiento de daño punitivo, por entender que no cabe la aplicación analógica de ese instituto a cuestiones ambientales. En ese sentido, el Dr. Genoud, en voto al que adhieren los otros ministros firmantes, expresó:

... el carácter sancionatorio del daño punitivo implica que se respeten los principios de la materia penal, partiendo de la sanción de una norma específica para la cuestión ambiental, inexistente en la actualidad, valladar que impide la aplicación analógica del art. 52 bis de la Ley 24.240.

Ahora bien, todo este razonamiento del Máximo Tribunal bonaerense, contrario a la aplicación por analogía de la Ley 24.240, habría caído si el caso se hubiera subsumido en dicha ley, es decir, si se hubiera encuadrado dentro del régimen protectorio de consumo, por entender que se afectaba a consumidores potenciales o indeterminados y, en consecuencia, que se incumplía el art. 5 de la LDC, *además* de la normativa ambiental¹⁴.

Entendemos que el deber de seguridad del art. 5 del LDC incluye la prevención y el resarcimiento de daños causados a consumidores potenciales e indeterminados por externalidades negativas generadas por actividades imputables a los proveedores. Además, en la actualidad, este régimen se halla complementado por el sistema de responsabilidad objetiva que recae en quien realiza, se sirve u obtiene provecho, por sí o por terceros, de actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (arg. conf. arts. 1757 y 1758 del CCC y el régimen de interpretación y prelación del art. 1094 del CCC).

Por último, destacamos que, en este sistema de responsabilidad objetiva, no podrá invocarse como caso fortuito todo aquello que constituya una contingencia propia del riesgo de la actividad, como es el caso de las externalidades negativas (arg. conf. inc. e del art. 1733 del CCC).

VIII. Reflexiones finales

- 1) La sociedad de consumo tiende a la despersonalización de las relaciones y a la cosificación de las personas.
- 2) La asimetría en las relaciones de consumo produce, entre otras consecuencias, la exposición de los consumidores a múltiples y continuas situaciones de «pequeños maltratos», que implican disgustos y pérdida de tiempo, todo lo cual reduce su calidad de vida.

¹⁴ Siempre debe tenerse presente que el art. 3 del LDC establece que «Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica», como puede ser la ambiental.

- 3) La disminución de la calidad de vida puede entenderse como una reducción de probabilidades vitales y, a los fines de su cuantificación, nos parece apropiado remitirnos al término *chance* y a la pérdida de chance de disfrute como rubro indemnizatorio.
- 4) Las probabilidades vitales extrapatrimoniales tienen que ver con el esparcimiento y el disfrute, y están en relación con las circunstancias de persona, tiempo y lugar.
- 5) La pérdida de la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales o el paisaje genera una disminución en las probabilidades vitales del colectivo afectado, es decir, una pérdida de chance de disfrute que debe resarcirse.
- 6) En relación con la procedencia del daño moral colectivo, si bien este no está expresamente regulado, existen antecedentes jurisprudenciales; y el juego de los arts. 1737, *in fine*, 1738, 240 y 1741, *in fine*, del CCC brinda pautas para su determinación y cuantificación.
- 7) El hecho de que el artículo 1741 establezca que se tendrán en cuenta las satisfacciones sustitutivas o compensatorias no significa que necesariamente el resarcimiento del daño extrapatrimonial colectivo tenga que ser en dinero o en un bien distinto del que se perdió. Si bien esto es lo común porque en muchos casos es imposible volver las cosas al estado anterior, deben agotarse las posibilidades en casos como estos, donde se afectan bienes colectivos. Remediar el año ambiental, cultural, paisajístico o arquitectónico es más valioso que condenar a la entrega de una suma de dinero.
- 8) El art. 54 de la LDC adopta la postura amplia en materia de derechos de incidencia colectiva, incluidas las acciones colectivas en defensa de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.
- 9) El deber de seguridad del art. 5 de la LDC incluye la prevención y el resarcimiento de daños causados a consumidores potenciales e indeterminados por externalidades negativas generadas por actividades imputables a los proveedores.
- 10) El deber de seguridad del art. 5 de la LDC se halla complementado por el sistema de responsabilidad objetiva que recae en quien realiza, se sirve u obtiene provecho, por sí o por terceros, de actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (arg. conf. arts. 1757 y 1758 del CCC, y el régimen de interpretación y prelación del art. 1094 del CCC).

En este sistema de responsabilidad objetiva, no podrá invocarse como caso fortuito todo aquello que constituya una contingencia propia del riesgo de la actividad, como es el caso de las externalidades negativas (arg. conf. inc. e del art. 1733 del CCC).

Referencias

- Código Civil y Comercial de la Nación (5.a ed.) (diciembre de 2020). Ediciones Saij. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2690>.
- Fallo: «Décima, Julia Graciela y otros contra Productos de Maíz S. A. (Ingredión Argentina S. A.). Daños y perjuicios», y su acumulada: «Díaz, Zulema y otros contra Productos de Maíz S.A. Daños y perjuicios».
- Fallo: «M., J. L. v. C., M. C.», Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala 2, 18 de septiembre de 2008.
- Fernández Sessarego, C. (s. f.). ¿Existe un daño al proyecto de vida? *Persona*, 11, revista electrónica de derechos existenciales. <http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>
- González Tapia, E. (2016). Las externalidades y el teorema de Coase. *Trilogía*, 28(39), 146-150. <https://sitios.vtte.utem.cl/trilogia/wp-content/uploads/sites/9/2019/10/trilogia-utem-facultad-administracion-economia-vol28-n39-2016-nota-tecnica-1-Gonzalez.pdf>
- Ley N.º 24.240 de Defensa del consumidor sobre normas de protección y defensa de los consumidores. Sancionada: Septiembre 22 de 1993. Promulgada Parcialmente: Octubre 13 de 1993. Recuperada de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/textact.htm>
- Maine, H. (1893). *El Derecho antiguo (Ancient Law) considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las ideas modernas* (Parte general. Trad. de A. Guerra). Escuela Tipográfica del Hospicio.
- Zavala de González, M. (2004). Los daños morales mínimos. *Revista La Ley*, 2004-E, 1311,145-159. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/72-73-74/los-danos-morales-colectivos.pdf>