



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

**DAÑO MORAL AUTÓNOMO POR LA MERA INCORPORACIÓN
DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

2013

Tutor: Pellejero, Rodrigo Martín.

Alumno: Galarza, Facundo Emanuel.

Título al que aspira: Abogado.

Fecha de presentación: febrero de 2013.

Dedicatorias y agradecimientos:

A mis padres, por el apoyo incondicional durante toda mi vida y mi carrera.

A mis hermanos, por estar en los mejores y peores momentos.

A mi novia, por el amor que me brinda.

A mis amigos, por los momentos vividos.

A mis tíos, primos, abuelos y a toda mi familia, por la contención que me brindan.

A mi tutor, por inculcar sus conocimientos en mí, y a todos los profesores que dedicaron tiempo de su vida para educarme.

A todos ellos, muchas gracias por haber sido parte de un proceso que culminará con un sueño cumplido.

1. Resumen:

El consumo es una de las condiciones más determinantes de nuestro tiempo. Su fuerza modeladora se cierne sobre las costumbres, la organización familiar, las formas de pensamiento y la legislación tradicional.

En nuestra vida cotidiana constantemente establecemos relaciones de consumo, algunas veces de forma muy simple y otras veces de forma más compleja, en cuyo caso se requerirá la firma de un contrato escrito.

El avance tecnológico, la producción a gran escala, y el consumo masivo dieron nacimiento a una serie de eventos y circunstancias que culminaron en la vulneración de los derechos del consumidor, y en muchos casos ocasionando a los mismos una grave lesión a sus sentimientos y emociones (daño moral), merecedor de toda protección y reparación.

El presente trabajo tiene por objeto investigar y analizar como se encuentra regulado y protegido en nuestro ordenamiento jurídico el daño moral, centrándonos fundamentalmente en el daño moral contractual y la defensa del consumidor; y el daño moral autónomo por la mera incorporación de cláusulas abusivas, en violación al valor “confianza”.

En el Capítulo Primero, la idea es mostrar la regulación en el Código Civil de los distintos tipos o clases de daños extraeconómicos abarcando así el daño moral tanto en su órbita contractual como extracontractual, y posteriormente, en el Capítulo Segundo, analizarlo en el mismo sentido pero en el ámbito jurisprudencial.

En el Capítulo Tercero, nos adentraremos en el daño moral contractual ocasionado al consumidor y veremos cuáles son sus principales supuestos, como así

también analizar como se encuentra regulado el régimen de reparación daños al consumidor en la Ley 24.240, para luego, en el Capítulo Cuarto, tratar el daño moral autónomo por la mera incorporación de cláusulas abusivas en violación al valor confianza.

Por último, en el Capítulo Quinto, desarrollaremos las reflexiones finales.

2. Estado de la cuestión:

El daño moral contractual ha sido largamente debatido por años en nuestro derecho. En nuestros tribunales existe cierta reticencia a la reparación del daño moral en materia contractual. Aquí se argumenta que la víctima debe soportarlo como riesgo propio de los negocios, pero no parece justo que si una persona es lesionada en un accidente de tránsito tenga expedita sin problemas la vía para reclamar el daño moral, en cambio, si se trata de un pasajero transportado en un automóvil de alquiler, como es parte de un contrato, su reclamo de daño moral sufra mengua.

El daño moral contractual se encuentra regulado por nuestro Código Civil en el art. 522, tras haber sido reformulado por la sanción de la Ley 17.711 en 1968.

Antes de 1968, el pensamiento penal de la estructura del delito, se veía reflejado en el ámbito civil, sancionando sólo a aquel que causaba un daño con su obrar antijurídico y culpable.

La idea central era la responsabilidad subjetiva fundada en la voluntariedad de la conducta humana, la cuál tiene como elementos estructurales básicos la ilicitud y la culpabilidad, además de un hecho humano como ser el daño y la relación de causalidad.

El originario Código Civil de Vélez Sársfield solo hacia mención a la reparación del agravio moral ocasionado en la órbita extracontractual en el antiguo artículo 1078.

Luego, en 1968 se sanciona la ley 17.711, regulándose el daño moral tanto en la órbita contractual como extracontractual.

En el ámbito de la relaciones negociales, se introdujo la reparación del daño moral mediante la modificación del art. 522 del Código Civil; la norma fue toda una novedad y objeto de análisis por parte de la doctrina especializada.

Además, con la reforma, se apunta a colocar el vértice en el daño y la persona del damnificado, cambiando así la óptica de la formulación de Vélez Sársfield que centra su atención en el agente dañador y la sanción.

Por su parte, en el ámbito extracontractual el viejo art. 1078 del Código Civil también fue reformulado.

Nuestros tribunales han tenido una importante relevancia en el tema a la hora de dictaminar sus pronunciamientos sobre el daño moral contractual.

Como mencionamos anteriormente, la tendencia jurisprudencial es más estricta en materia contractual que en la materia extracontractual. En el ámbito de la responsabilidad contractual, la determinación del daño moral es siempre facultativa de los jueces, y por ende, su admisión se encuentra supeditada a mayores exigencias que cuando se trata de la responsabilidad extracontractual.

En la mayoría de los pronunciamientos, los jueces entendieron que el daño moral contractual debe ser apreciado con “criterio estricto”, debido a que, en ese ámbito de interacción humana, sólo se afectan intereses pecuniarios.

No obstante, a pesar de las dificultades que acarrea su prueba, ha sido concedido en numerosos casos, como ser: en la privación de uso del servicio de televisión por cable; rescisión intempestiva de un contrato de medicina prepaga; cancelación de tarjeta de crédito sin justificación válida; etcétera.

Si bien sostenemos que aún está vigente en nuestra doctrina y jurisprudencia el carácter restrictivo de la procedencia del daño moral en materia contractual, consideramos que este paradigma cede ante los lineamientos de la Ley de Defensa del Consumidor.

La protección a los derechos del consumidor se concretó en 1993 a través de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) y al año siguiente estos derechos alcanzaron protección constitucional al ser incluidos en el art. 42 de nuestra Carta Magna en la reforma del año 1994.

La ley 24.240 sobre Defensa del Consumidor se encarga de regular determinadas cuestiones para dar protección y garantías a los consumidores frente a las fallas de calidad, riesgos contra la salud, publicidad engañosa, cláusulas ineficaces, términos abusivos en los contratos, formas de prestar los servicios, etcétera. Además, el art. 3 establece el principio protectorio: en caso de duda, se debe interpretar siempre a favor del usuario o consumidor (*in dubio pro consumidor*).

Luego, en el año 1998, la Ley de Defensa del Consumidor fue modificada por la Ley 24.999 y posteriormente, en el año 2008, por la Ley 26.361.

Por su parte, es menester mencionar que tanto el daño moral contractual, como así también los derechos del consumidor, han sido objeto de investigación, estudio y análisis por parte de la doctrina especializada.

Dentro del estudio del daño moral contractual, se destacan autores como Carlos Ghersi¹, Juan Venini², Eduardo Zannoni³ y Graciela Lovece⁴ entre otros.

1 Ghersi, Carlos A. Daño moral y psicológico. Daño a la psiquis. Cuantificación económica. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2006.

2 Venini, Juan C. Responsabilidad por daños contractual y extracontractual. Rosario. Juris. 1990.

3 Zannoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea. 1987.

4 Lovece, Graciela I. Derechos del consumidor. Buenos Aires. La ley. 2005.

Por su parte, en el estudio de los derechos del consumidor y las relaciones de consumo encontramos diversos autores como ser Carlos Ghersi⁵, Ricardo Lorenzetti⁶, Ariel Ariza⁷, Juan Farina⁸ y Laura Pérez Bustamante⁹ entre otros.

Sin embargo, pocos han conjugado el daño moral contractual y los derechos del consumidor como lo ha hecho Carlos Ghersi¹⁰, de allí que su obra “Daño moral y psicológico” sea uno de los pilares fundamentales para el desarrollo del presente trabajo.

Dicha obra, no solo abarca el daño moral contractual ocasionado al consumidor, sino también la importancia del valor confianza en las relaciones de consumo.

Sin embargo, es menester mencionar que creemos necesario, debido a la importancia y el papel predominante que hoy en día juegan los derechos del consumidor, destacar cuales son los principales supuestos de daño moral contractual ocasionados al consumidor e incorporar el valor confianza en nuestro ordenamiento jurídico como fuente autónomo de reparación de daños.

De allí la motivación del presente trabajo y la propuesta de que la confianza constituya un centro de atribución autónomo y objetivo de responsabilidad, el cuál debe ser incorporado al régimen de reparación de daños al consumidor en la Ley 24.240.

3. Marco teórico:

5 Ghersi, Carlos A. Derechos y responsabilidades de empresas y consumidores. Buenos Aires. Mora. 1995.

6 Lorenzetti, Ricardo L. Consumidores. 2ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 2009.

7 Ariza, Ariel (Coordinador). La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361. Contratación inmobiliaria. Crédito para el consumo. Títulos de crédito. Contratos administrativos. Derecho procesal. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2008.

8 Farina, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2004.

9 Pérez Bustamante, Laura. Derechos del consumidor. Buenos Aires. Astrea. 2004.

10 Ghersi, Carlos A. Daño moral y psicológico. Daño a la psiquis. Cuantificación económica. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2006.

Para el desarrollo del presente trabajo creemos que será necesario conceptualizar la terminología específica que servirá de base para el posterior análisis de nuestra posición en relación al objeto que nos convoca.

Consumidor o usuario: El artículo primero de la Ley de Defensa del Consumidor establece que: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”.

Además, estipula que: “Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

Consideramos importante determinar el alcance de éste concepto, porque define el sujeto de derecho tutelado por la Ley de Defensa del Consumidor, destacando la importancia de la mencionada normativa, dado que reviste carácter de orden público y por lo tanto, no puede ser dejada de lado por las partes.

Confianza: El significado de la palabra confianza según lo define el diccionario de la Real Academia Española, indica precisamente que es: “La esperanza firme que se tiene en una persona, institución, organismo, o situación concreta y definida”.

La importancia de determinar el alcance de dicho concepto radica en que la confianza será el objeto de investigación y análisis para determinar si la misma constituye o no un hecho económico jurídico autónomo para que nazcan obligaciones.

4. Introducción:

El presente trabajo se sitúa dentro del área de:

Derecho Privado.

Derecho de los Contratos.

Derechos del Consumidor.

Derecho Constitucional.

En primer lugar, dentro del Derecho Privado abarcaremos más precisamente el Derecho Contractual y el Derecho del Consumidor.

Asimismo, veremos el derecho de daños, centrándonos en el estudio del daño moral contractual en nuestro Código Civil.

Además, al adentrarnos en los derechos del consumidor, cabe destacar que éstos últimos se encuentran regulados por nuestra carta Magna, y es por ello que abarcaremos el Derecho Constitucional.

Por último, investigaremos sobre el daño moral contractual y la defensa del consumidor, centrándonos puntualmente en la Ley de Defensa del Consumidor y sus reformas.

El desarrollo del presente trabajo ha sido de mi mayor interés, no solo por la investigación, el estudio y el análisis del daño moral contractual, el cual ha sido largamente debatido por años en nuestro derecho, sino también por la posibilidad de conjugarlo con una de las ramas de nuestro derecho que cada día se encuentra más en auge, como lo es el Derecho del consumidor.

Como se mencionó anteriormente, el resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual fue largamente debatido por años en nuestro derecho.

El debate doctrinario se origino en torno al alcance del verbo “podrá” del art. 522 del Código Civil como facultativo del juez, creando así una corriente restrictiva.

Sin embargo, nos planteamos los siguientes problemas:

¿Éste paradigma de pensamiento debe ceder frente a los lineamientos de la ley de defensa del consumidor?

¿El alcance restrictivo de la reparación a partir de la redacción del art. 522 del Código Civil merece margen de razonabilidad en las relaciones de consumo debiendo dejarse de lado su aplicación dogmática?

¿Y de ser así cuales serían los principales supuestos de reparación de daño moral contractual ocasionados al consumidor?

Por su parte, las empresas invierten cuantiosas sumas de dinero en estrategias de confianza para poder obtener un posicionamiento en el mercado. Sin embargo, muchas veces las empresas violan dicha confianza al incorporar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

En este último supuesto:

¿Dicha confianza constituye un centro de atribución autónomo y objetivo de responsabilidad?

¿Cuales serán las consecuencias por la mera incorporación de cláusulas abusivas en violación a dicha confianza?

En base a la problemática planteada, pretendemos demostrar que la confianza generada por las empresas es un hecho económico jurídico autónomo para que nazcan obligaciones.

Ésta confianza constituye un centro de atribución autónomo y objetivo de responsabilidad, el cuál debe ser incorporado al régimen de reparación de daños al

consumidor en la Ley 24.240.

Para ello, los objetivos del presente trabajo serán los siguientes:

Generales: Investigar y analizar el régimen de reparación del daño moral contractual y su diferenciación con la órbita extracontractual, como así también su evolución jurisprudencial.

Específicos: Investigar y analizar el daño moral contractual y la defensa del consumidor, como así también las consecuencias de la mera incorporación de cláusulas abusivas por la empresas en violación a la confianza generada por ellas mismas, haciendo hincapié especialmente en la defensa de los derechos del consumidor.

Capítulo I

LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DAÑO EXTRAECONÓMICO, MORAL Y PSICOLÓGICO EN EL CÓDIGO CIVIL

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El daño moral en los ámbitos extracontractual y contractual, según la normativa original de Vélez Sársfield. 2.1. División metodológica del originario art. 1078 del Código Civil. 3. La reformulación del daño moral tras la sanción de la ley 17.711 en el año 1968. 3.1 Análisis metodológico de la reforma de 1968. 4. Daño Psicológico. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN.

En este capítulo, la idea es mostrar la regulación en el Código Civil de los distintos tipos o clases de daños extraeconómicos y posteriormente analizarlo en el mismo sentido, pero en el ámbito jurisprudencial. Constituyen dos planos del derecho diferenciados, donde se han producido similares pero no idénticas evoluciones, por lo cual es interesante el conocimiento y análisis de las mismas.

La metodología será abordar la normación del daño extraeconómico en el primitivo Código Civil de Vélez Sársfield, y luego hacer lo mismo con la reforma de 1968, para presentar su evolución.

No será ajena a este estudio la Constitución Nacional, pues sostenemos que ha tenido influencia en dicha evolución.

Asimismo, cabe resaltar la importancia del presente capítulo, ya que para poder abordar el problema del daño moral contractual ocasionado al consumidor, como así también el ocasionado por la mera incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, es necesario analizar y comprender previamente como es la regulación del daño moral en el Código Civil, como así también su posterior análisis en el terreno jurisprudencial.

2. EL DAÑO MORAL EN LOS ÁMBITOS EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL, SEGÚN LA NORMATIVA ORIGINAL DE VÉLEZ SÁRSFIELD.

La concepción del codificador en materia de reparación de daños, respondía a la

doctrina que informaba todo su Código Civil: el individualismo filosófico y el liberalismo económico.

Para el individualismo, el hombre es dueño de su voluntad, lo que involucra tener el control de sus acciones y omisiones.

Por eso, la libertad, como prolongación del ser humano, hace a su propia esencia, y las únicas limitaciones concebibles son aquellas impuestas por el poder constituido a través de la ley.

No se piensa que puedan ser límites a la libertad las carencias o necesidades humanas o las diferentes posibilidades de acceso a la cultura¹¹.

En lo económico, el liberalismo sostiene el libre juego de oferta y la demanda en la formación de los precios de mercado. Por ende, el contrato es una herramienta para el goce de bienes y servicios, en cuya formación y ejecución el estado debe abstenerse.

Frutos de esta corriente son el libre albedrío y la autonomía de la voluntad, como bastiones de concepción de derecho clásico (art. 1137 y 1197 del Código Civil).

En el campo de la reparación de daños causados por el hecho propio, de notable preponderancia cuantitativa en la época preindustrial, el pensamiento penal de la estructura del delito se refleja en el ámbito civil, sancionando sólo a aquel que causa un daño con su obrar antijurídico y culpable.

El hombre, ser esencialmente libre, debe reparar el daño causado a otro pues ha violado el deber general y fundamental de no dañar, implícitamente establecido en los art. 14 y 19 de la Constitución Nacional, o la obligación contractual voluntariamente convenida. No debe extrañar, por lo tanto, que la idea central sea la responsabilidad subjetiva fundada en la voluntariedad de la conducta humana.

11 Ghersi, Carlos A. Derecho civil. Parte general. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2002.

Esta forma de razonar implica establecer el vértice en el dañador y en su conducta antijurídica y reprochable, tanto en la órbita contractual como en la extracontractual.

La **responsabilidad civil subjetiva** contiene como elementos estructurales básicos la ilicitud y la culpabilidad; obviamente, también requiere de un hecho humano, es decir, el daño, y la relación de causalidad.

La conducta voluntaria del dañador es abstraída por la normativa legal, configurando una cierta forma de tipicidad, de tal manera que su calificación como ilícita y culpable es determinante para hacer que nazca la responsabilidad y marcar la extensión de la indemnización.

El ilícito que da lugar a la reparación es siempre el quebrantamiento del orden jurídico; por eso, el art. 1066 del Código Civil establece: “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiere impuesto”.

Insistimos en que la valorización del ilícito bajo la concepción subjetiva parte necesariamente del libre albedrío. Para que exista verdadera ilicitud el hombre debe aparecer quebrando el ordenamiento legal, conjugándose los elementos internos (discernimiento, intención y libertad) con el externo (manifestación de la voluntad).

La culpabilidad que se suma a la ilicitud y la califica, denota el reproche de la conducta antijurídica y admite dos vertientes: la culpa propiamente dicha (art. 512 del Código Civil) y el dolo, con configuración estructural-conceptual diferenciada para el

ámbito contractual (art. 521) y extracontractual¹² (art. 1072).

La culpa propiamente dicha aparece como un concepto intermedio entre el obrar doloso y el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 513). Mantiene unidad conceptual, pero las consecuencias reparativas son diferentes según se entre en la órbita contractual o extracontractual.

El alcance de las consecuencias como parámetro de indemnización enmarcado en los arts. 901 a 906 del Código Civil, va creciendo en uno y otro ámbito en la medida de la mayor intensidad en la culpabilidad de la conducta del agente dañador.

En este sentido, la única mención a una formulación de daño extraeconómico era el art. 1078 del Código Civil (derogado por ley 17.711): “Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización por pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”.

2.1. DIVISIÓN METODOLÓGICA DEL ORIGINARIO ART. 1078 DEL CÓDIGO CIVIL.

Trataremos de dividir metodológicamente los distintos párrafos de la norma para su mejor análisis: a) la simultaneidad de un delito civil y un delito del derecho criminal; b) la conexidad del impacto económico y extraeconómico, y c) la multiplicidad de impactos y ámbitos posibles.

a) La simultaneidad de delito civil y delito del derecho criminal.

12 Venini, Juan C. Responsabilidad por daños contractual y extracontractual. Rosario. Juris. 1990.

Nos encontramos con que se trata de un requisito de procedencia o constitutivo del carácter de damnificado.

En el esquema de la responsabilidad subjetiva del Código Civil de Vélez Sársfield, la constitución de un delito requería de los elementos comunes: hecho humano, daño y relación de causalidad, que implicaba establecer la autoría por hecho propio¹³.

A ello deben sumarse los elementos específicos: la antijuridicidad como fecundación de la conducta descrita en el prescripto normativo (normología) y la transgresión al valor instituido por la normativa (axiología).

El segundo requisito es la imputabilidad, es decir, la aptitud jurídico-procesal de conciencia en la comisión del hecho y la posibilidad de aceptar la lógica del procedimiento judicial y la correspondiente sanción. Por último, la culpabilidad, en su graduación máxima: el dolo, a partir de la intención de dañar, como lo establece el art. 1072 del código civil¹⁴.

Esto en el ámbito civil, pero para adquirir la condicionalidad del carácter de damnificado debe además fecundarse, simultáneamente con este delito civil, un delito del derecho criminal.

Dice Ávila¹⁵: “ Es sabido que la parte fundamental del sistema de responsabilidad penal está constituido por la teoría del delito. Ésta se ha ido modelando como un conjunto de conceptos, de algún modo derivados de la ley penal, que definen otros tantos elementos cuya ocurrencia en la realidad sujeta a juzgamiento debe verificarse para poder declararla: de ahí su caracterización como modelo conceptual-

13 Gherzi, Carlos A. Teoría general de la reparación de daños. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2003.

14 Orgaz, Alfredo. La culpa. Buenos Aires. Lerner. 1970.

15 Ávila, Juan J. Teoría general de la reparación de daños. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2003.

analítico. Su pretensión es facilitar el análisis jurídico de un hecho acaecido, a través de la exigencia de esa verificación en pasos sucesivos, cada uno de los cuales presupone el anterior y permite acceder al siguiente”.

Luego dice: “La constatación de que han ocurrido efectivamente los hechos que satisfacen los requerimientos conceptuales de cada elemento, conforme a la teoría, permite pensar y juzgar con mayor claridad y precisión la realidad que se reproduce durante la tramitación del proceso, ganándose en seguridad jurídica. Cada uno de estos elementos suministra, a su vez, las razones de su descalificación y eliminación, en un juego de constataciones que debe permitir arribar a una conclusión ajustada a los requerimientos constitucionales de garantía y a la letra de la ley penal; que satisfaga exigencias de una ética crítica o ideal, y los aporte de la política criminal”.

Por último, Ávila¹⁶ enuncia como esos elementos constitutivos a: la acción con la exigencia de “mismidad” y control de movimientos corporales del autor; la tipicidad, plasmada en las constituciones liberales y conocida como principio de legalidad, que consagra el apotegma *nullum crimen nulla poena sine lege*, y la necesidad de concretar el modelo teórico del delito determinado; la antijuridicidad, es decir, lo contrario a derecho, que debe reunir la especificidad, evitar la causa de justificación y, por último, la culpabilidad.

Como vemos, hay una cierta similitud entre el delito civil y el delito del ámbito penal, y ésta es precisamente la idea central que imperaba en Vélez Sársfield al instituir la responsabilidad subjetiva como espina dorsal de su sistema: la preferencia por castigar al responsable antes que la reparación del dañado.

También es obvio que esta situación era esperable en la época de la sanción del

16 Ávila, Juan J. Teoría general de la reparación de daños. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2003.

Código Civil, pues se trataba de instaurar y fundar una Nación-Estado, conforme a los principios del naciente capitalismo, y con centro en la adquisición y consolidación de la propiedad privada, su protección constitucional y civil en términos absolutos.

b) Conexidad del impacto económico y extraeconómico.

La persona humana en sí misma no era motivo de preocupación para Vélez Sársfield; esto es así por una doble razón.

La primera, porque la diferencia de clases que existía entre los hacendados o comerciantes, que detentaban el poder, y los trabajadores urbanos o rurales no podía generar ningún conflicto, porque de alguna manera la persona de las clases bajas era casi una pertenencia de las clases altas.

No debemos olvidar que desde 1810 comenzó un período de caos, de caudillos provinciales y nacionales, que perduró hasta la generación de 1880; recién después de la primera década del siglo XX se comenzó a reconocer los derechos del trabajador.

La segunda razón es que en ese mismo lapso se trató de consolidar un modelo económico basado en el latifundio y en la actividad agroexportadora, papel que nos había sido adjudicado (especialmente por Inglaterra) en el concierto económico global. Para ello hubo que desplazar por la fuerza a los indios de sus tierras.

En suma, poco podía importar la persona y menos aún su calidad sentimental o su personalidad.

Es claro que para el codificador y la norma sólo sería reconocido en la medida en que existiera el daño moral, pero derivado de una situación de delito contra la propiedad o la actividad económica (denominada en dicha época daño patrimonial).

c) Multiplicidad de impactos y ámbitos posibles.

Esto también tiene relación con el daño económico o, en su anterior denominación, patrimonial.

Efectivamente, de las tres alusiones que contempla la norma, dos corresponden al ámbito de la persona: molestarla en su seguridad personal y herir sus afecciones legítimas.

La primera, es decir, molestarla en su seguridad personal, alude a la relación del delito del derecho criminal en sus diversos tipos penales, que atenten contra la vida, atendiendo al principio constitucional de la inviolabilidad de la persona (arts. 8, 15 y 16 de la Constitución Nacional).

El segundo, o sea, herir sus legítimas afecciones, es en realidad, el único supuesto auténtico o puro de daño moral directo, pues precisamente las afecciones aluden al plano de los sentimientos.

Si establecemos la relación del primer supuesto (seguridad personal) con el segundo (legítimas afecciones), resulta obvio que en el primero no existe un daño moral, sino “como consecuencia de”, es decir, se alude a un impacto (relación indirecta) de un delito contra la vida y en realidad está comprendido en el segundo (afecciones legítimas).

Esto resulta de la confusión del codificador sobre las funciones del derecho civil y del penal, y por no conocer en esa época (1870), en toda su dimensión, la afectación de la esfera de los sentimientos o daño moral.

Por último, hay un tercer supuesto: la afectación en el goce de sus bienes, que resulta de la violación del derecho patrimonial. Podemos hacerle la misma crítica que al primer supuesto, es decir, se trata del incumplimiento de otro deber, el de inviolabilidad

del patrimonio (art. 17 de la Constitución Nacional), y de allí que en realidad no sea un daño moral directo, sino un impacto o consecuencia de violar aquel deber.

En lo que hace al ámbito contractual, no existía sobre ello norma alguna en la redacción primitiva del Código Civil. Sin embargo, debemos hacer una distinción entre incumplimiento del contrato que a su vez constituía un delito del derecho criminal y aquel que no lo configuraba, ya que la distinción permite acceder a la reparación del daño moral.

Efectivamente, el art. 1107 del Código Civil (“Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”) establece la ventana de correlación entre el ámbito contractual y el extracontractual, pues un incumplimiento contractual como tendencia general se mantenía en sus efectos dentro de este ámbito, cuyas consecuencias son específicamente reguladas en el Libro II, Sección I, Título III (“De los daños e intereses de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero”) y luego en el Título VII, Capítulo IV (“De las obligaciones de dar sumas de dinero”), sin perjuicio de sus respectivas congruencias y normas complementarias.

Como situación de excepción y cuando el incumplimiento del contrato implica simultáneamente un delito del derecho criminal (por ejemplo, incumplimiento del contrato de prestación médica que ocasiona la muerte del paciente con responsabilidad subjetiva del profesional), el art. 1107 faculta al damnificado, o a los herederos de la víctima, a pasar al ámbito extracontractual y accionar en los términos de esta vía.

Reaparece en Vélez Sársfield la idea de la represión o sanción para el derecho civil, coherente con el esquema de responsabilidad subjetiva, y en este supuesto se

brinda la posibilidad de adicionar el reclamo del daño moral cuando, además de esta condición (la del art. 1107), se configuran los elementos ya analizados del art. 1078 del Código Civil.

Como vemos, la regulación normativa es merecedora de todas críticas posibles, desde la forma y especialmente la esencia y consistencia del fondo.

3. LA REFORMULACIÓN DEL DAÑO MORAL TRAS LA SANCIÓN DE LA LEY 17.711.

En 1968, la ley 17.711 reformuló este sistema, que podríamos llamar de tipicidad cerrada, y dejó de lado la vía única para conformar una suerte de caminos alternativos, todos de igual envergadura jurídica.

Aparecen así perfectamente delineados nuevos factores de atribución, como el riesgo creado (art. 1113, parte 2º), la equidad (art. 907, párrafo 2º), la buena fe (art. 1198, parte 1º), el ejercicio abusivo de un derecho (art. 1071), etcétera.

En la misma línea de protección que se ha desarrollado en torno del hombre como *homo economicus*, es decir, como consumidor (desde la disciplina del derecho laboral hacia el trabajador), fue acaeciendo la protección a la persona en sus aspectos de humanidad más profunda (por ejemplo, en los ámbitos moral, psicológico, espiritual, etcétera)¹⁷.

El hombre alcanza el máximo desarrollo cuando resuelve problemas atinentes a su propia existencia y convivencia en paz; para ello es necesario valorar la vida humana y sus atributos extraeconómicos al máximo posible, para darle significado a la vida terrenal.

17 Pizarro, Daniel. Daño moral. Prevención, reparación y punición. Buenos Aires. Hammurabi. 1996.

Los niveles de agresión desde el comienzo de la humanidad encontraron tal vez su punto más alto en las experimentaciones y exterminios masivo en la Segunda Guerra Mundial. De allí que el planteamiento de la protección humana haya sido más intenso desde esa época, y especialmente con el reconocimiento de los derecho personalísimos¹⁸.

Esta evolución marca un hito en las décadas del cincuenta y sesenta en el mundo, y especialmente en la Argentina. Creemos que la sociedad humana de esas épocas generó el Estado de bienestar como respuesta amplia y solidaria, especialmente con la generosidad y altruismo con que se comportó aquél.

3.1 Análisis metodológico de la reforma de 1968.

a) El ámbito contractual.

En el ámbito de las relaciones negociales se introdujo la reparación del daño moral mediante la modificación del **art. 522** del Código Civil, que dice: “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

La norma fue toda una novedad, y creemos necesario subdividirla metodológicamente, para analizarla de la siguiente manera: 1) aplicable a la responsabilidad contractual; 2) el juez podrá condenar al responsable; 3) a la reparación del agravio moral que hubiese causado, y 4) de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso.

18 Serrano Alonso, Eduardo. Derecho de la persona. Madrid. La ley. 1996.

1) Aplicabilidad a la responsabilidad contractual.

No es fácil establecer el alcance de la norma si se la considera inmersa en el contexto en que los negocios económicos se han ido desarrollando desde la sanción de la ley 17.711, en lo que hace a las etapas precontractuales y poscontractuales o poscumplimiento.

Podría decirse con todo fundamento que las etapas previas y posteriores gozan de la protección del ordenamiento jurídico general (protección a la persona y su patrimonio desde la normativa constitucional y del Código Civil), y que las regulaciones específicas de lo contractual abarcan sólo desde la formulación genética (consolidada por los elementos esenciales: causa o motivo determinante, consentimiento y objeto) hasta el cumplimiento o la reparación por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Consideramos esta posición fundada y legítima, por supuesto, pero sin embargo coincidimos más con la que enunciare a continuación.

Una primera razón es que en la regulación de cada ámbito debe privar el principio de especificidad; es decir, en situación similar (art. 16, Código Civil), frente a una laguna o vacío legal debe operarse con la normativa que responda a aquel principio. En este sentido, entendemos que la normativa del art. 522 del Código Civil debe aplicarse a las etapas pre y poscontractual.

La segunda razón o fundamento es que la causa de existencia jurídico-económica de las etapas previa y posterior, ocurre precisamente a través del desarrollo secuencial y dinámico del negocio contractual, puesto que por sí no la poseen. Dentro del mismo esquema, podríamos decir que ambas etapas son necesarias y hasta

imprescindibles para el contrato.

La tercera razón que podemos adicionar después de la sanción de la ley 24.240 de defensa del consumidor, es que uno de los elementos de la etapa precontractual, es decir, la publicidad, ha sido incorporado a la oferta, elemento éste del consentimiento y, por ende, del contrato (art. 8º, ley del consumidor).

Lo mismo podríamos señalar de un elemento poscontractual, los vicios redhibitorios y garantías por ventas, que también posee regulación específica (art. 11, ley 24.240).

Esto significa, entonces, que la reparación del daño moral conforme al art. 522 del Código Civil es aplicable en esos términos a las etapas precontractual y poscontractual o poscumplimiento, con todas sus consecuencias.

2) El juez podrá condenar al responsable.

La idea central de esta polémica frase que ha dado lugar a innumerables controversias, la entendemos de la siguiente manera.

El contexto negocial condiciona en forma específica las repercusiones o impactos que sobre la persona pueda ocasionar en sus aspectos extraeconómicos, es decir, las consecuencias que a causa del incumplimiento o violación de los principios generales de la negociación del Código Civil (por ejemplo, buena fe o ejercicio regular de los derechos) y los incorporados por la ley de defensa del consumidor (por ejemplo, información, eficiencia) produzcan en la personalidad del sujeto¹⁹.

De esta forma, se lo protege de esas repercusiones de afectación en dichas

19 Mosset Iturraspe, Jorge. Lorenzetti, Ricardo L. Defensa del consumidor. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 1994.

esferas extraeconómicas²⁰.

En este sentido, como no estamos originariamente en el ámbito de la persona, sino de los negocios económicos, el legislador ha estimado, como decisión de política jurídica, que el magistrado debe tener un margen mayor de análisis y que ello debe concretarse en la procedencia del daño moral.

A lo que se apela es a la discrecionalidad judicial, que se diferencia de la arbitrariedad porque aquélla es fundada, característica que por otra parte deben tener todas las decisiones judiciales, a los efectos de poder rechazar la petición.

Es decir, en realidad se mantiene dentro de la línea de los principios generales del derecho de fondo y procesal.

Por supuesto, aunque parezca obvio debe analizarse primero la responsabilidad económica-negocial, puesto que la reparación del daño moral viene de alguna forma “colgada” del análisis de aquélla.

Sostenemos que puede repararse el daño moral en casos como los de contratos de turismo, cuando la empresa ha cumplido pero con demoras que ocasionaron molestias, o como cuando en cualquier contrato se defraudan expectativas significantes sin consecuencias económicas.

3) Reparación del agravio moral.

Queremos destacar en este punto tres ideas que nos parecen centrales: la incorporación del término “reparable”, que es propio de la reforma de 1968 y que apunta a colocar el vértice en el daño y la persona del damnificado, cambiando así la óptica de la formulación de Vélez Sársfield que, como ya expresamos, centra su

20 Vázquez Ferreyra, Roberto A. Protección y defensa del consumidor. Buenos Aires. Depalma. 1994.

atención en el agente dañador y en la sanción. En segundo término, utiliza un vocablo propio de la época: “agravio moral”, y no daño moral, pues intenta de esta forma resaltar la idea de la protección a la persona mediante la magnificación simbólica del lenguaje²¹.

Recordemos que el contexto histórico y sociológico de la década de los sesenta está marcado por utopías, y fundamentalmente por un lenguaje intenso desde los símbolos de la solidaridad y la exaltación de la persona humana como tal.

La tercera línea de pensamiento de este párrafo, aunque obvia, queremos también mencionarla: “la causalidad”.

Esto tiene que analizarse con la intensidad de la causalidad en doble sentido: la relación negocio jurídico, y las calidades personales de ambas partes (especialmente lo atinente a los poderes desiguales de los sujetos y su vulnerabilidad); y, en segundo término, la causalidad entre las relaciones negociales y las repercusiones en la persona, la personalidad del damnificado, que es lo que de alguna forma se mide con las consecuencias (art. 901, Código Civil).

4) Concordancia con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso.

En realidad, este último párrafo también resulta obvio, pues remite a cuestiones generales que ya han sido analizadas en la responsabilidad subjetiva (art. 512, que alude a las mismas situaciones: hecho generador y circunstancias), espina dorsal en el análisis del incumplimiento en el ámbito contractual.

Sin embargo, desde la reformulación de 1968 hasta el presente se fueron

21 Pardo, Laura M. Derecho y lingüística. Buenos Aires. Nueva Visión. 1992.

desarrollando supuestos de responsabilidad objetiva en el ámbito contractual, por ejemplo, la obligación de indemnidad, donde se admitió la reparación del daño moral.

La referencia podría resultar útil, habida cuenta de que en este tipo de atribución pesan muy poco el hecho generador y las circunstancias del caso, pues el factor de atribuibilidad está pensado en parámetros distintos (la persona como eje) y se traslada hacia los soportes del riesgo y actualmente a la función económica²².

Pensamos que de esta forma coloca al magistrado en la obligación de correlacionar en el pronunciamiento, expresamente, las funciones del hecho generador y las circunstancias del caso, con la derivación hacia la repercusión del daño moral en la persona y personalidad del sujeto.

b) El ámbito extracontractual.

La formulación metodológica de análisis será la misma que la empleada en párrafos precedentes. El **art. 1078** del Código Civil en su nueva formulación establece lo siguiente: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Metodológicamente, la dividiremos para su estudio de la siguiente manera: 1) obligación de resarcir; 2) actos ilícitos; 3) alcances; 4) reparación del agravio moral; 5) alusión a la “víctima”; 6) damnificado directo, y 7) herederos forzosos.

²² Ghersi, Carlos A. Modernos conceptos de responsabilidad civil. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo. 1995.

1) **Obligación de resarcir.**

Como podemos advertir, la incorporación del término “resarcir” apunta a la persona del damnificado y al daño, propio de la evolución de esa época, como hemos señalado precedentemente.

No coincidimos con la terminología “obligación de resarcir”, pues entendemos que, en realidad, se trata (el reparar) de una consecuencia del incumplimiento de la obligación de no dañar, instaurada ya en la Constitución Nacional, y que pasa con igual magnitud al Código Civil.

2) **Actos ilícitos.**

Con este binomio se ha producido una reforma importante, pues incorpora a la reparación de los cuasidelitos, y ha desaparecido el requisito de la constitución simultánea como elemento que fecunda un delito del derecho criminal.

A estos efectos recordemos simplemente que el **esquema de la responsabilidad subjetiva** está constituido por tres elementos comunes: hecho humano, daño y relación de causalidad (autoría o responsabilidad refleja). Por lo tanto, deben fecundarse los dos tipos posibles: el cuasidelito (antijuridicidad, imputabilidad y culpa) y el delito (antijuridicidad, imputabilidad y dolo), conforme a lo que establecen los arts. 1109 y 1072 del Código Civil.

En cuanto a la responsabilidad objetiva, incorporada en diversos supuestos (por ejemplo, arts. 1113 del Código Civil), si bien en sentido técnico no son actos ilícitos, pues en dichos supuestos puede o no existir antijuridicidad (ya que la constitución de esos casos de reparación de daños es indiferente tal elemento, y el factor de atribución

es el riesgo o vicio), la doctrina y la jurisprudencia los han considerado incluidos.

Podemos decir que la reparación del daño moral se extiende a todos los casos (cualquiera sea el factor de atribución) del ámbito extracontractual o de daños extraeconómicos en la esfera de excedente de los negocios.

3) Alcances.

En forma contraria a lo establecido por el art. 522 del Código Civil (que en la esfera de los negocios económicos confiere al magistrado la facultad de declarar la procedencia de la reparación del daño), aquí el legislador ha querido evitar esa discrecionalidad judicial y estableció su reparación obligatoria, sin perjuicio del *quantum*, que sí es motivo de estimación judicial.

4) Reparación del agravio moral.

La frase tiene una connotación especial, a la cual hemos aludido cuando vimos sus términos por separado, que se adapta a los tiempos históricos-ideológicos del final de la década de los sesenta.

Deja de lado el vértice de la responsabilidad y lo coloca en el damnificado (reparación), y asimismo pone el acento en la gravedad del suceso (agravio).

5) Alusión a la “víctima”.

En realidad, la idea y vocablo técnicamente más exacto, incluso acorde con lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 1078, es “damnificado”, que puede o no ser la víctima, dado que ésta pudo fallecer con motivo del acto dañoso o con posterioridad.

La conceptualización de “damnificado” es coincidente con la reparación, en cuanto son términos complementarios y se encuentran en una misma línea de pensamiento sociológico, ideológico y jurídico.

6) Damnificado directo.

Consideramos adecuada la terminología, acorde con lo que venimos sosteniendo, y que también es coincidente con la postura de la mayoría de la doctrina que ha analizado el art. 1078 del Código Civil.

7) Herederos Forzosos.

Aquí la cuestión no ha sido tan simple, pues en el ámbito doctrinal ha habido varias posturas en torno del significado de la expresión “herederos forzosos”, en cuanto a si debía o no aludirse a la normativa específica del ámbito sucesorio, o si debía ser más amplia.

4. EL DAÑO PSICOLÓGICO.

Hemos hecho una síntesis de la historia y del estado actual de la regulación de daño moral en el Código Civil, pero en cuanto al daño psicológico cabe hacer algunas advertencias.

Para una parte importante de la doctrina, el daño psicológico es parte integrante del daño moral y, en consecuencia, está regulado por los **arts. 522 y 1078** del Código Civil.

Para otros, postura a la cual adhiero, se trata de dos daños totalmente diferentes y autónomos en sus causas y consecuencias. Creemos que el daño psicológico está, desde

la Constitución Nacional hasta los códigos, pasando por diversas normas de orden internacional incorporadas con la reforma constitucional del año 1994, por ejemplo, el art. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su inc. 1 establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, con lo cuál cabe destacar que la labor jurisprudencial ha sido determinante en éste punto.

La tendencia jurisprudencial uniforme y casi unánime, no sólo considera que el daño psicológico es autónomo, sino que asigna al ámbito psíquico, o lógica de razonamiento, una función central de la integridad de la persona.

Así se ha dicho en el fallo “Moritan, Santiago c/ Ferreyra, Alejandra s/ daños y perjuicios” de la Cam. Nac. Civ., Sala M, de fecha 7/5/04, . que: “El equilibrio psíquico es un presupuesto para el pleno goce de la salud y el despliegue de las potencialidades de cada individuo, por lo tanto, cuando se quiebra, se produce un perjuicio que indudablemente debe ser reparado. Este desequilibrio o daño en la psiquis, es aquel que produce perturbaciones en el área del comportamiento del individuo disminuyendo sus aptitudes y funciones”.

5. CONCLUSIÓN.

Antes de la sanción de la ley 17.711, el pensamiento penal de la estructura del delito, se veía reflejado en el ámbito civil, sancionando sólo a aquel que causaba un daño con su obrar antijurídico y culpable.

La idea central era la responsabilidad subjetiva fundada en la voluntariedad de la conducta humana, la cuál tiene como elementos estructurales básicos la ilicitud y la culpabilidad, además de un hecho humano como ser el daño y la relación de causalidad.

Por su parte, la única mención a una formulación de daño moral que se encontraba en el antiguo Código Civil, era la del art. 1078 (derogado por ley 17.711) en la órbita extracontractual.

Claramente existía una cierta similitud entre el delito civil y el delito del derecho criminal, y ésta era precisamente la idea central de Vélez Sársfield al instituir la responsabilidad subjetiva como espina dorsal de su sistema, es decir, la preferencia por castigar al responsable, antes que la reparación del daño.

Por otro lado, con respecto a la órbita contractual, debemos tener en cuenta que no existía sobre ella norma alguna en la redacción primitiva del Código Civil. Sin embargo, si un incumplimiento contractual a su vez constituía un delito del derecho criminal, en razón del art. 1107 se permitía acceder, de forma excepcional, a la reparación del daño moral. Este artículo abrió una ventana de correlato entre el ámbito contractual y extracontractual.

Luego, en 1968 se sanciona la ley 17.711, regulándose el daño moral tanto en la órbita contractual como extracontractual.

En el ámbito de la relaciones negociales, se introdujo la reparación del daño moral mediante la modificación del art. 522 del Código Civil, el cuál establece que “En los casos de indemnización por incumplimiento contractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo a la índole del hecho generador de responsabilidad y las circunstancias del caso”.

La norma fue toda una novedad y objeto de análisis por parte de la doctrina especializada.

Además, con la reforma, se apunta a colocar el vértice en el daño y la persona del damnificado, cambiando así la óptica de la formulación de Vélez Sársfield que,

como ya expresamos, centra su atención en el agente dañador y la sanción.

Por su parte, en el ámbito extracontractual, el art. 1078 del Código Civil establece en su nueva formulación que “La obligación de resarcir el daño causado por un acto ilícito comprende, además de la indemnización por pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima”.

Además, estipula que “La acción por daño moral solo compete al damnificado directo; si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, los herederos forzosos pueden intentar la acción”.

Como consecuencia de la reforma de la ley 17.711, se dejó de lado la vía única para así regular el daño moral tanto en la órbita contractual como extracontractual.

Capítulo II

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO MORAL

SUMARIO: 1. Introducción 2. Concepto de daño moral 3. Naturaleza jurídica acordada por la jurisprudencia. 4. Legitimación activa y pasiva. 5. El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual. 6. Diferencia jurisprudencial entre daño moral y psicológico. 7. Naturaleza jurídica y autonomía del daño a la psiquis. 8. Conclusión.

1. INTRODUCCION.

En el presente capítulo analizaremos la evolución jurisprudencial del daño moral, con el objeto de establecer una corriente de conocimiento paralela a la doctrina y a la regulación jurídica, a fin de abarcar ampliamente su análisis, para luego ir adentrándonos en la reparación del daño moral contractual ocasionado al consumidor o usuario.

2. CONCEPTO DE DAÑO MORAL.

En varias oportunidades nuestros tribunales se han referido a la delimitación del daño moral, diciendo en forma positiva que constituye toda modificación desvaliosa del espíritu, puesto que puede consistir en profundas preocupaciones, o en estados de aguda irritación que afectan el equilibrio anímico de la persona. Sin embargo, no constituye título para hacer indemnizable cualquier inquietud o perturbación del ánimo y no tiene por finalidad engrosar la indemnización de los daños materiales, sino mitigar el dolor o la herida a los principios más estrechamente ligados a la dignidad de la persona física y a la plenitud del ser humano.

De acuerdo con distintos pronunciamientos, extraeremos las características del daño moral:

- a) Incide en la aptitud de pensar, de querer o de sentir.
- b) El sufrimiento no es un requisito indispensable para que exista daño moral, aunque sí una de sus manifestaciones más frecuentes.
- c) Constituye angustias y afecciones padecidas por la víctima.

d) Supone la privación o la disminución de los bienes que tienen un valor fundamental en la vida del ser humano y que son la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y, entre otros, los más sagrados afectos.

e) Puede consistir en un injusto ataque a la integridad física como derecho a la personalidad.

Podemos sintetizar la finalidad de la reparación del daño moral, según nuestra jurisprudencia, de la siguiente manera:

a) Apunta a indemnizar la lesión de bienes extrapatrimoniales, como es el derecho al bienestar o a vivir con plenitud en todos los ámbitos (familiar, amistoso, afectivo, etc), y supone la privación o disminución de bienes tales como la paz, la tranquilidad del espíritu y la integridad física.

b) Se ha dicho que es aquel que se manifiesta a través de los padecimientos y molestias que lesionan las afecciones legítimas de los damnificados, concepto que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extrapatrimonial.

Con respecto a los síntomas, el dolor, la angustia, la tristeza, la pérdida del deseo de vivir son posibles manifestaciones o una de las maneras en que el daño moral puede exteriorizarse.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que, aun sin lágrimas o sin percepción sensitiva del menoscabo padecido, exista daño moral. O sea, que se trate de una lesión a los sentimientos y que deba ser resarcible o reparable.

3. NATURALEZA JURÍDICA ACORDADA POR LA JURISPRUDENCIA.

Podemos establecer dos criterios jurisprudenciales de pensamiento que

exponemos separadamente a continuación.

a) Posición minoritaria.

Esta posición, que actualmente ha sido dejada de lado, afirma que el daño moral tiene carácter punitivo, que es una sanción ejemplar para castigar al ofensor.

En este sentido podemos citar algunas concepciones de nuestros tribunales:

1) “El daño moral no es indemnizable porque el dolor no se tarifa ni se paga”.

2) “La reparación del daño moral es una pena civil contra el responsable del delito o cuasidelito”.

3) “La condena por reparación del agravio moral constituye una verdadera pena privada contra el responsable mediante la cual se reprueba la falta cometida”.

Quienes se enrolan en esta postura consideran que sería totalmente inmoral entregar dinero a cambio del dolor sufrido. Lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor.

b) Posición mayoritaria.

Según ésta el daño moral se debe reparar y reviste carácter resarcitorio.

En este sentido, Zannoni²³ ha dicho lo siguiente: “Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y, más aún, que ese dolor o, en general, sentimientos que el daño provoca no tengan precio, no significa que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etcétera.

23 Zannoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea. 1987.

La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol **satisfactivo**, en el sentido de que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas”.

Siguiendo esta corriente de pensamiento, en algunas sentencias se ha dicho lo siguiente:

1) “El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas, que si bien son extraños a valores económicos, su reparación tiene un carácter resarcitorio y no sancionatorio o ejemplar, en tanto lo que se trata de lograr a través de la indemnización es una compensación que en alguna medida morigere los efectos del agravio moral sufrido”.

2) “Los bienes extrapatrimoniales expuestos a ser objeto de daños, no son naturalmente reponibles, pero pueden derivar en reparación satisfactoria, que no es pena represiva”.

3) “Dado que el daño moral tiene naturaleza resarcitoria, no resulta exigible la existencia de dolo para su procedencia”.

c) Postura intermedia.

En ésta se enrola también un sector importante de jueces, que sostiene que la reparación de este rubro tiene un carácter doble: reparatorio y sancionatorio.

Esta jurisprudencia ha sostenido:

1) “La reparación del daño moral persigue un doble carácter, es decir que tanto cumple con una función ejemplar y se impone al responsable a título punitivo, como también tiene carácter resarcitorio y con ello se trata de proporcionar a la víctima una

compensación por haber sido injustamente herida en sus íntimas afecciones; su ponderación debe determinarse ponderando especialmente la índole de los sufrimientos de quien lo padece y no mediante una proporción que lo vincule con los otros daños cuya indemnización se reclama, toda vez que ninguna relación forzosa existe entre el perjuicio material y el moral, razón por la que dicha proporción puede variar en función de las particularidades de cada caso”.

2) “La reparación del daño moral tiene un doble carácter, es decir un aspecto en el cual puede incidir lo predominantemente resarcitorio, ya que con ello se trata de proporcionar a la víctima una compensación por haber sido injustamente herida en sus íntimas afecciones, pero también cumple una función ejemplar y se impone al responsable a título punitivo”.

4. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y LEGITIMACIÓN PASIVA.

El art. 1078, párrafo 2º, del Código Civil dispone: “La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

La jurisprudencia ha analizado quiénes son los damnificados directos, quiénes los indirectos y quiénes los herederos forzosos.

a) Damnificados directos.

Según el criterio de la jurisprudencia, son aquellos que han sufrido menoscabo o agravio en un interés extraeconómico, es decir, que recae sobre ellos la acción dañosa. Con respecto a esto no hay ninguna duda en cuanto a que sólo ellos podrán ser titulares de la acción, obviamente en principio, porque ante la muerte de éste sí podrán reclamar

sus sucesores.

Podemos extraer de las sentencias las siguientes pautas.

1) El art. 1078 del Código Civil, modificado por ley 17.711, limita la acción por indemnización del daño moral al damnificado directo y solamente si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, a los herederos forzosos. El interés jurídico que pretende legitimar la limitación prescripta, no es otro que si el propio interesado no se siente dañado o no cree digno ponerle precio a su dolor, nadie puede intentar la acción en su lugar.

2) El cónyuge de quien resulta damnificada directa en un accidente, no puede pretender ser indemnizado por daño moral, ya que ello encuentra una valla insalvable en el texto legal, atento a que el art. 1078 precisa que sólo compete al que reviste aquel carácter, limitación que resulta acertada pues de otro modo los hechos ilícitos podrían dar lugar a innumerables demandas por indemnización del daño moral, pues las ondas dolorosas que esos hechos producen son indefinidas.

3) Los padres no pueden reclamar indemnización por derecho propio y en concepto de daño moral cuando recurren en representación del menor, reconociéndose el derecho sólo a los damnificados directos; sólo el menor puede reclamar por los daños sufridos.

b) Damnificados indirectos.

Son quienes sufren el menoscabo en virtud de la relación de parentesco que tienen con el fallecido. Es decir que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1078 del Código Civil, únicamente van a estar legitimados en caso de la muerte de la víctima.

1) Pautas generales.

Los pronunciamientos judiciales han marcado las siguientes pautas.

a) No corresponde daño moral a los damnificados indirectos en los casos de lesiones.

b) El art. 1078 admite solamente la reparación del daño moral a damnificados indirectos en caso de muerte de la víctima.

c) La pretensión del padre del menor tendiente a resarcir el daño moral ocasionado choca contra el valladar infranqueable del art. 1078, que no deja lugar a la más mínima duda sobre la exclusión de los damnificados indirectos cuando no se produce la muerte de la víctima como consecuencia del hecho ilícito. Si el propio interesado no se siente dañado, nadie puede intentar la acción en su lugar.

d) El art. 1078 sólo legitima a los herederos forzosos porque es necesario limitar el número de titulares de la acción de reparación por agravio moral, y la razón de ello radica en la naturaleza misma de la afección, puesto que los sufrimientos o el dolor experimentado por un agravio también lo sufren como propio otras personas (el cónyuge, los hijos, los padres, el hermano, otros parientes, la concubina, el hijo de crianza, el amigo íntimo, el novio, etc.), resultando todos igualmente perjudicados. El buen sentido indica que de reconocer en todas esas personas la titularidad del derecho a la reparación, la obligación que pesaría sobre el responsable excedería por su magnitud la posibilidad de ser satisfecha, y de allí la necesidad de colocar un límite.

Al mencionar el art. 1078 a los “herederos forzosos”, dio lugar a dos interpretaciones jurisprudenciales sobre el alcance que corresponda darle a esta expresión.

2) **Legitimados. Cuestiones al respecto.**

Hay quienes han entendido que los titulares de la acción son aquellos que en el momento de la muerte de la víctima tienen vocación para sucederla como herederos forzosos.

Ésta es la postura adoptada por la Suprema Corte de Buenos Aires, que sostuvo:

a) “El art. 1078 del Código Civil, a través de la reforma introducida por la ley 17.711, exige la calidad de heredero para ejercer la pretensión por indemnización por daño moral en caso de muerte de la víctima del acto ilícito, la que adecuadamente debe establecerse al momento del hecho”.

b) Dicho artículo “impone una limitación para reclamar el daño moral, cual es que el reclamante revista el carácter de heredero forzoso de la víctima”.

Otros tribunales sostuvieron que la norma habilita para el reclamo a todos los que revisten esa calidad de herederos, aunque a la muerte de la víctima puedan quedar desplazados por otros de la misma categoría que la ley prefiera. Ésta es la postura mayoritaria.

Así, podemos extraer los siguientes pronunciamientos:

a) “Está legitimado para accionar por indemnización de daño moral cualquier heredero legitimario del difunto, aunque en los hechos resulte excluido de la sucesión por otro heredero. El derecho a la reparación del daño moral no es un derecho sucesorio que se ejerza *iure hereditatis*, sino que es un bien que se demanda por derecho propio, y no en cuanto sucesor del muerto, b que importa es el carácter de pariente íntimo del difunto, con esa calidad de parentesco que entraña potencialmente la herencia forzosa”.

b) “Cuando del hecho resulta la muerte de la víctima, los herederos forzosos legitimados para reclamar la indemnización por daño moral según lo previsto por el art.

1078 del Código Civil, no son sólo los de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio”.

c) “La acción de resarcimiento del daño moral no ha sido otorgada *iure hereditatis* toda vez que la referencia al heredero forzoso es sólo un recurso técnico para referirse a los parientes más próximos. Ni el hijo, ni el cónyuge supérstite excluyen al padre. No es necesario que estos parientes acrediten su calidad de herederos forzosos en la declaratoria de herederos, basta con que acompañen las partidas que comprueben su parentesco”.

c) Personas incapaces.

No podemos dejar de mencionar problemáticas que se han planteado con frecuencia; una es la relativa a las personas sin discernimiento, dementes o menores impúberes.

En lo que se relaciona con los sujetos inimputables, señala Zannoni que la representación del daño moral es satisfactiva de un interés extrapatrimonial que ha sufrido afrenta, agravio, y lo sufre el menor de escasa edad y el demente en igual medida que un mayor de edad o un cuerdo. El resarcimiento, en estos casos, no debe considerarse como la reparación de un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo de un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces²⁴.

En nuestra jurisprudencia se ha esbozado la siguiente corriente:

1) “Habiéndose configurado en el caso mediante el delito cometido por el demandado un agravio moral, lesionándose derechos extrapatrimoniales de la víctima menor de edad, sin que medie prueba en sede civil de que ello no ha ocurrido, resulta de

24 Zannoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea. 1987.

toda evidencia que la acción resarcitoria del daño moral debe prosperar”.

En el caso, el delito penal que culminó con la condena del aquí demandado por resarcimiento de daño moral, consistió en un abuso sexual a un menor de seis años, discapacitado, delante de testigos.

2) “El daño moral no reside sólo en lo que el sujeto realmente siente. La misma pérdida de la capacidad de sentir (parálisis) o de conocer (enfermedad mental) significa la privación de un estado anímico valioso y deseable y, por ello, configura un daño moral. La carencia de discernimiento ocasionado por el hecho, transitoria o permanente, engendra un daño moral, aunque la víctima no sepa lo que le pasa, o , más propiamente, porque no lo sabe”.

d) Concubinos.

Con respecto al derecho a resarcimiento del daño moral a los concubinos, nuestra jurisprudencia ha tenido opiniones encontradas.

Por un lado la jurisprudencia ha negado en reiteradas ocasiones la reparación del daño moral padecido por los concubinos, con los siguientes argumentos:

1) “El daño moral no puede ser reclamado por la concubina, desde el momento que no es heredera forzosa”.

2) “La acción tendiente a obtener la indemnización por daño moral le compete solamente a los herederos forzosos, carácter éste que no previste la concubina”.

3) “Teniendo en cuenta la redacción del art. 1078 del Código Civil que en su parte pertinente dispone que: 'la acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos' toda vez que la concubina

no es heredera forzosa del muerto, no hay dudas de que ella carece de acción para reclamar indemnización por daño moral”.

Sin embargo, en la actualidad los tribunales son más propicios al tiempo de reconocer la legitimación de la acción de daño moral a los concubinos, como consecuencia de la muerte de la víctima (concubino fallecido). Recientemente un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, reconoció a la concubina el derecho a ser indemnizada por daño moral, aunque la ley la excluya de esa posibilidad. En el caso, un hombre murió como consecuencia de una mala praxis médica en un sanatorio privado de Capital Federal y consecuentemente la Cámara declaró inconstitucional el artículo 1.078 del Código Civil que establece que el daño moral sólo puede ser reclamado por el damnificado directo –en este caso, el concubino– y, si éste muere, por los herederos forzosos –incluye a los hijos o a la esposa, pero no a la concubina– la Cámara advirtió que: “La limitación instituida por el artículo 1.078 atenta contra la noción de familia, que conceptualmente excede la constituida sobre bases matrimoniales, puesto que comprende también la originada en una unión de hecho, esto es, la que sin estar constituida legalmente, funciona como tal en la sociedad”.

e) Daño moral ocasionado a las personas jurídicas de existencia ideal.

Hay dos posturas doctrinales en lo relativo a la legitimación activa por daño moral de las personas jurídicas: la que considera que no la poseen, y la postura contraria, que les otorga legitimación.

La primera considera que en modo alguno las personas jurídicas pueden padecer este tipo de daño, puesto que son entes irreales y carecen de vida corporal-consciente.

Agregan, además, que “cuando la tutela del nombre, el honor, la libertad de acción, la intimidad, etc., les es otorgada, no se les está reconociendo un derecho de naturaleza extrapatrimonial, sino, por el contrario, un derecho de neto corte patrimonial”. Tan es así que, por ejemplo, el nombre de una persona jurídica puede ser objeto de una cesión o enajenación en el fondo de comercio. La reputación o el prestigio también pueden ser objeto de una transacción comercial, son susceptibles de valoración económica e integran el concepto de “valor llave”, la libertad de acción en tal caso no es sino la libertad de negociar, y la intimidad no significa otra cosa que el secreto comercial. Esos mismos derechos para las personas físicas son inenajenables, incesibles, inmutables, etc., poseen los caracteres de los derechos extrapatrimoniales.

Los que consideran que las personas jurídicas pueden padecer daño moral sostienen que ellas tienen derechos extrapatrimoniales propios, distintos de los que tienen sus miembros componentes. Así como las personas jurídicas son titulares de bienes patrimoniales que no pertenecen a los sujetos individuales que lo integran, también tienen bienes personalísimos como el honor, la privacidad, el nombre, etc., propios del ente, que son distintos de los bienes personales de los miembros. La personalidad moral de las personas jurídicas, como la personalidad patrimonial, nace de la circunstancia de poseer el ente colectivo una voluntad y conciencia propias, así como un patrimonio moral particular²⁵.

Por último, cabe destacar que la jurisprudencia mantiene mayoritariamente una postura de “no reparación” del daño moral a una sociedad, como se ha pronunciado en varias ocasiones, entre las cuales ha resuelto que: “No cabe reparación del daño moral a favor de una sociedad comercial, pues dado que su capacidad jurídica está limitada por

25 Zannoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea. 1987.

el principio de especialidad y que su finalidad propia es la obtención de ganancias, todo aquello que pueda afectar su prestigio o su buen nombre comercial, o bien redunde en la disminución de sus beneficios o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales”

5. EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

La tendencia jurisprudencial en torno de la procedencia del daño moral en materia contractual es mucho más estricta que en materia extracontractual. Veamos algunos pronunciamientos.

a) “Tratándose de relaciones convencionales la reparación por daño moral es excepcional”.

b) “La apreciación del daño moral en el incumplimiento de contratos debe juzgarse con marcado rigor y términos estrictos”.

c) “No obstante que el art. 522 del Código Civil contempla la indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual, su admisibilidad es facultativa para el juez, toda vez que el precepto dice **podrá** no imponiendo al tribunal la necesidad de hacerlo”.

d) “En el ámbito de la responsabilidad contractual, la determinación del daño moral es siempre facultativa de los jueces y por ende su admisión se encuentra supeditada a mayores exigencias que cuando se trata de la responsabilidad extracontractual. En materia contractual la reparación puede o no ser concedida por el juez, quien está facultado para apreciar libremente el hecho generador y las

circunstancias del caso e imponer o librar al deudor de la reparación del daño moral, siendo su concesión mucho más restrictiva que en los daños causados por culpa aquilina”.

e) “Cuando el daño moral tiene origen contractual (art. 522, Código Civil) debe ser apreciado con criterio estricto, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana sólo se afectan intereses pecuniarios. Corresponde, pues, a quien reclama la indemnización del daño moral la prueba de su existencia, es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral, puesto que de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia en los términos de la norma citada”.

f) “El derecho no resarce cualquier dolo, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos donde se agravan verdaderos intereses extrapatrimoniales, como la salud, la integridad física, la intimidad, el honor, la privacidad, etc., afectados como consecuencia inmediata y necesaria de ese incumplimiento, que no son equiparables ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueda llegar a provocar un simple incumplimiento contractual, en tanto estas vicisitudes o contrariedades son propias del riesgo de cualquier contingencia comercial”.

No obstante, a pesar de las dificultades que acarrea su prueba, ha sido concedido en numerosos casos, de los cuales podemos citar las siguientes:

1) Privación de uso del servicio de televisión por cable.

2) Ruptura intempestiva de un contrato de distribución ejecutado por largos años y el acceso del fabricante a la cartera de clientes del distribuidor para vender en forma directa los productos.

3) Rescisión intempestiva de contrato de medicina prepaga, con la consiguiente interrupción de la cobertura médica.

4) Cancelación de tarjeta de crédito, sin justificación válida, por instrucciones del banco emisor.

5) Incumplimiento de convenio de construcción de una vivienda premoldeada.

6) Defecto de fabricación de un automotor. En el caso, se atribuía al fabricante un defecto de fabricación, ya que faltaba el tercer cinturón de seguridad en el asiento trasero, lo cual se constituyó en causa del daño, que fue el fallecimiento de un hijo menor.

6. DIFERENCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO.

Sistematizaremos a continuación los fallos que configuran posturas encontradas:

a) Daño psicológico comprendido en el daño moral.

Se ha dicho al respecto:

1) “Los estados depresivos forman parte del daño moral, el cuál comprende no sólo los padecimientos, dolores, tribulaciones, sino también el daño psíquico transitorio o permanente. Las perturbaciones psicosomáticas se incorporan al daño inmaterial o extrapatrimonial contemplado en el art. 522 del Código Civil”.

2) “El monto a indemnizar por el daño psicológico, debe integrar el daño moral”.

3) “No corresponde admitir el reclamo en concepto de daño psicológico, pues este rubro está implícitamente incluido en el daño moral. En la unidad de cuerpo y alma

que integran al hombre, su vida psíquica se encuentra vinculada a esta última, razón por la que no cabe distinguir ninguna otra categoría que permita considerar los perjuicios morales sufridos, como si fueran materiales. El resarcimiento por daño moral permitirá a la actora obtener bienes para su satisfacción, por su importe, y debe reputarse incluida en esa prestación la posibilidad de que acuda a quien le brinde la orientación psicológica y espiritual que necesite, si ésta fuere prestada a título oneroso”.

4) “El daño psicológico y el correspondiente al menoscabo a nivel laboral y social debe ser incluido dentro de la categoría de perjuicio no patrimonial, y su cuantía debe determinarse teniendo en cuenta su carácter resarcitorio y no punitivo, y las condiciones particulares de la víctima”.

b) Diferenciación entre ambos daños.

Pueden ser referenciados los siguientes fallos:

1) “El daño moral no puede considerarse identificable con el daño psíquico o psicológico. Como daño inferido a la persona, ha de apreciarse en lo que representa como alteración y afectación de la salud, no limitada al aspecto físico”.

2) “No corresponde confundir las afecciones que configuran el daño moral, cuyo resarcimiento ha sido admitido, con el daño psíquico entendido como secuela patológica derivada de un hecho”.

3) “El daño psicológico no está comprendido en el daño moral , pues en el primero se resarce la incapacidad que en ese campo produjo el accidente, mientras que el daño moral está referido a todos los padecimientos, las angustias y los dolores”.

4) “La indemnización por incapacidad de índole psíquica y por daño moral tienen distintos objetos”.

5) “El daño psicológico debe diferenciarse del daño moral, pues si bien ambos afectan el equilibrio espiritual del damnificado, el primero reviste connotaciones de índole patológica”.

7. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO PSICOLÓGICO Y AUTONOMÍA.

En forma mayoritaria nuestros tribunales entienden que el daño psíquico no constituye una categoría autónoma, sino que puede tener incidencias en el ámbito patrimonial, en el extrapatrimonial o en ambos.

a) “El daño psicológico carece de autonomía. Se trata de un detrimento que puede tener proyecciones en el daño material o en el moral”.

b) “El daño psíquico no constituye ítem autónomo, ya que tal lesión a la psiquis puede producir minoraciones a intereses patrimoniales o espirituales”.

c) “Las lesiones a la psiquis no constituyen una categoría autónoma, puesto que tales lesiones pueden conculcar intereses de índole patrimonial o moral”.

d) “El daño psicológico no entraña una categoría autónoma de daño, sino que se trata de un mero menoscabo naturalístico que conculca, según las circunstancias, intereses (daños) morales o patrimoniales”.

e) “El daño psicológico no es autónomo dentro de la categoría de daños materiales y morales, pudiendo influir en una u otra área, o en ambas a la vez”.

Parte de la doctrina comparte este criterio.

En cambio, otra opinión postula la autonomía del daño psíquico, con sólidos fundamentos, acompañados por interesantes pronunciamientos judiciales. Así, se ha dicho que “la incapacidad sobreviniente, la lesión estética y el daño psicológico,

constituyen ítems autónomos. El déficit en el ámbito psíquico debe ser diferenciado del daño moral, dado que, si bien ambos afectan el equilibrio espiritual del damnificado, aquél reviste connotaciones de índole patológica. Asimismo, debe diferenciarse de la incapacidad sobreviniente, que ha sido tipificada como la disminución de las facultades atinentes a lo laboral y el resto de la vida social. En cambio, el daño psicológico puede dejar incólumes las posibilidades laborales y los aspectos vitales de la persona, en su proyección exterior, y sólo producir consecuencias desvaliosas en su vida interior. Incluso puede ocurrir que el aparato psíquico produzca formaciones reactivas o mecanismos evasivos, que aumenten la capacidad de trabajo y la vida de relación, pero con el costo de una distorsión en la inserción en la realidad, o un empobrecimiento en la calidad de vida, valorada en forma global”.

Afirma Daray: “Para quienes entiendan que no es un perjuicio autónomo si no hay algún grado de incapacidad sobreviniente, será imprescindible que el sujeto dañado haya experimentado algún menoscabo en su potencialidad de producir ingresos pecuniarios o en su vida de relación en general. Para los que nos pronunciamos por la autonomía, bastaría que la existencia del ser humano en estudio se haya visto afectada en alguna de sus diversas áreas, o en la posibilidad de disfrutar de los bienes materiales o espirituales, íntegramente considerados; en síntesis, que se viera deteriorada su calidad de vida”²⁶.

8. CONCLUSIÓN.

Son diversos los conceptos dados por nuestros tribunales sobre el daño moral, sin embargo podemos afirmar que “es aquel que constituye una disminución desvaliosa

26 Daray, Hernán. Daño Psicológico. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2005.

del espíritu, afectando el equilibrio anímico de la persona, incidiendo en la aptitud de pensar, querer, sentir, etc., con la importancia de marcar que el daño moral no tiene por fin engrosar la indemnización de un daño material, sino mitigar el dolor o la herida a los principios más estrechamente ligados a la dignidad de la persona física, y a la plenitud del ser humano”.

A su vez, la jurisprudencia se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre cuestiones relativas a la legitimación activa y pasiva del daño moral (art. 1078, Código Civil); los damnificados directos e indirectos; el daño moral ocasionado a las personas de existencia ideal, etc., pero es de importancia resaltar la tendencia jurisprudencial en torno a la procedencia del daño moral en materia contractual, la cual es de gran relevancia para el análisis de la temática planteada en la presente tesis. Al respecto, la tendencia jurisprudencial es más estricta en materia contractual que en la materia extracontractual. En el ámbito de la responsabilidad contractual, la determinación del daño moral es siempre facultativa de los jueces, y por ende, su admisión se encuentra supeditada a mayores exigencias que cuando se trata de la responsabilidad extracontractual.

En la mayoría de los pronunciamientos, los jueces entendieron que el daño moral contractual debe ser apreciado con “criterio estricto”, debido a que, en ese ámbito de interacción humana, sólo se afectan intereses pecuniarios.

No obstante, a pesar de las dificultades que acarrea su prueba, ha sido concedido en numerosos casos, como ser: en la privación de uso del servicio de televisión por cable; rescisión intempestiva de un contrato de medicina prepaga; cancelación de tarjeta de crédito sin justificación válida; etcétera.

Por último, la jurisprudencia en diversos fallos ha enmarcado claramente la

diferencia entre el daño moral y el psicológico o psíquico.

Consideramos importante resaltar que para la distinción entre ambos daños debe atenderse al carácter patológico del daño psíquico. Este último constituye una enfermedad y, por lo tanto, es diagnosticable por la ciencia médica. Ello no sucede con el daño moral.

En este sentido, se inscribe el daño en el plano psicopatológico, debiéndose descartar valoraciones de tipo moral. No se trata de comprender ni de identificarse moralmente con alguien, sino que se impone arribar a un diagnóstico clínico preciso que arroje la medida de la significación simbólica de determinado trauma sobre un sujeto particular. El daño moral, en cambio no necesariamente se expresa a través de síntomas o de cualquier otra alteración psicopatológica. La evaluación, entonces, no es clínicamente objetivable; por ello, el daño moral configura una categoría ajena al daño psicológico.

Capítulo III

EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Características de la Ley de Defensa del Consumidor. 3. Objeto y beneficiarios de la ley. 4. El daño moral contractual y la defensa del consumidor 5. La relación de consumo. 6. La publicidad. 7. La información. 8. Deber de seguridad en bienes y servicios. 9. El trato digno. 10. Autonomía del régimen de reparación de daños al consumidor. 10.1. Principales características del régimen de reparación de daños según Ley 24.240 y sus modificaciones. 11. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN.

En nuestra vida diaria constantemente estamos estableciendo relaciones de consumo, algunas muy simples, que no requieren firmar nada, tal como ir al almacén y comprar una botella de vino o ir a la farmacia y comprar una pasta de dientes, etc.; otras mas complejas que requieren una firma de un contrato escrito, que a veces es un contrato de adhesión que puede tener cláusulas ya impresas y abusivas, tal el caso de uso del servicio de telefonía, de un cajero bancario, de medicina prepaga, etcétera.

La producción a gran escala en desmedro de la calidad del producto, el consumo masivo de un producto inducido por publicidades a veces agresivas o engañosas, las cláusulas leoninas en los contratos de adhesión, etc., dieron lugar a relaciones de consumo en donde los consumidores o usuarios, por lo general se veían perjudicados y quedaban expuestos a fraudes y arbitrariedades por parte de las empresas, comerciantes e intermediarios, y surgió así la necesidad de proteger los derechos de los consumidores y usuarios.

Esta protección se concretó en 1993 a través de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) cuyo objetivo es precisamente la defensa de los consumidores. Al año siguiente, estos derechos alcanzaron protección constitucional al ser incluidos en el art. 42 de la Constitución Nacional en la reforma del año 1994.

La ley 24.240 sobre Defensa del Consumidor se encarga de regular determinadas cuestiones para dar protección y garantías a los consumidores frente a las fallas de calidad, riesgos contra la salud, publicidad engañosa, cláusulas ineficaces, érminos abusivos en los contratos, formas de prestar los servicios, etcétera. Además, el art. 3

establece el principio protectorio: en caso de duda, se debe interpretar siempre a favor del usuario o consumidor (*in dubio pro consumidor*).

2. CARACTERÍSTICAS DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Las normas contenidas en la ley 24.240 presentan las siguientes características: Importan la consagración de un “microsistema” dentro del derecho común, dado que toma una porción de la contratación privada y de la responsabilidad por daños para sujetarla a un régimen propio y especial, que a su vez, modifica la teoría general del contrato; y, procura “soluciones colectivas”, pues los intereses amenazados o afectados de los consumidores por lo general revisten una naturaleza supraindividual y entonces la reacción jurídica debe arrojar una respuesta igualmente grupal, ya que interesa a la generalidad de la población.

3. OBJETO Y BENEFICIARIOS DE LA LEY 24.240.

Con respecto al objeto y beneficiarios de la ley, cabe destacar que el artículo 1 de la Ley de Defensa del consumidor expresa lo siguiente: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario”.

Además, establece que **usuario o consumidor** es “Toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. Asimismo, se considera usuario o consumidor “a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario

final, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

Quedan incluidos dentro de este concepto las personas jurídicas que adquieren bienes o servicios que no van a reinsertar en el mercado comercial (por ejemplo, si una empresa constructora adquiere un vehículo para transportar a sus obreros, actúa como consumidor ya que está adquiriendo un bien que no reinsertará en el comercio y lo adquiere sin tener conocimientos profesionales, es decir, actuando como parte débil de la relación comercial).

El artículo 1 expresamente dispone que quedan comprendidos los que adquieran derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

El usuario o consumidor debe ser un “consumidor final”, es decir, que debe adquirir el bien o el servicio para su consumo o el de su grupo familiar o social. Por ello quedan excluidos de la Ley de Defensa del Consumidor los que adquieran bienes o servicios para reintegrarlos a una producción, transformación o comercialización (art. 2, Ley 24.240).

Con la reforma de la ley 26.361, están protegidos todos los usuarios, sean a título oneroso o a título gratuito. Por el contrario, antes de la sanción de la ley 26.361 el usuario debía ser a título oneroso y quedaban fuera de la protección legal los actos a título gratuito. Ahora en situaciones dudosas, como por ejemplo, recibir una “muestra gratis”, ya no ofrecen dudas, son tenidas como actos de consumo y quedan protegidos por la Ley de Defensa del Consumidor.

Frente al consumidor y como obligado a cumplir la Ley de Defensa del Consumidor están los **“proveedores”**.

Conforme al artículo 2 de la ley 24.240, son proveedores “las personas físicas o

jurídicas de naturaleza pública o privada, que desarrollen de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”. Además, establece que “todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”.

Cabe destacar que los servicios profesionales liberales que exigen título universitario (por ejemplo, abogados, médicos, arquitectos, etc.), no están comprendidos dentro de los servicios de los que se ocupa la Ley de Defensa del Consumidor. Sin embargo, la publicidad que éstos realicen para ofrecer sus servicios profesionales sí se encuentran comprendidos en las disposiciones de la ley mencionada.

4. EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

El resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual fue largamente debatido por años en nuestro derecho.

Antes de la reforma de Borda, una posición restrictiva limitaba su reparación a que el hecho fuese un delito de derecho criminal y otra amplia sostenía que el agravio moral era resarcible en toda clase de ilícitos fuesen criminales o puramente civiles, se tratase de responsabilidad contractual o extracontractual.

La Ley 17.711 introduce el principio de reparación plena del daño moral, tanto en materia aquiliana (art. 1078) como por incumplimiento obligacional (art. 522).

Aún así, sigue el debate doctrinario en torno al alcance del verbo **podrá** del art. 522 como facultativo para el juez (corriente restrictiva) o con una línea más amplia de pensamiento, hoy mayoritaria, deberá otorgar reparación si el daño está acreditado.

Tal como lo señala Pizarro²⁷: “la prestación siempre debe tener contenido patrimonial (art. 1169, Código Civil) pero en cambio el interés o utilidad del acreedor en esa prestación puede ser variable y asumir según las circunstancias, carácter patrimonial o extrapatrimonial”.

Además, afirma que abundan las relaciones jurídicas obligatorias, principalmente de fuente convencional, en las que el interés del acreedor se vincula con los sentimientos, con su salud física, con su integridad moral y espiritual o con la de sus seres queridos.

En este sentido, la doctrina da como ejemplos: el médico que por su culpa ocasiona un daño en la salud de su paciente al tiempo de intervenirlo quirúrgicamente o, que a raíz de un descuido al efectuar una hemodiálisis, lo contagia con el virus del HIV; el transportista que durante la ejecución del contrato causa un daño en la integridad psicofísica del pasajero; el empresario de una agencia de turismo que incumple sus obligaciones frustrando un viaje de estudios de un grupo de jóvenes o el viaje de bodas de los novios.

En todos estos casos, Pizarro asevera que el acreedor que a raíz del incumplimiento de su deudor sufre un menoscabo espiritual, derivado de la lesión a un interés no patrimonial, que procuraba satisfacer a través de la relación creditoria, tiene derecho a obtener una reparación del perjuicio sufrido.

Se suele sostener que el daño moral sólo se configura excepcionalmente en materia contractual, dado que lo generalmente afectado suelen ser intereses patrimoniales y consecuentemente se exige una prueba categórica del perjuicio no resultando suficiente las molestias menores derivadas del incumplimiento y, también

27 Pizarro, Daniel. Daño moral. Prevención, reparación y punición. Buenos Aires. Hammurabi. 1996.

con mayor rigor aún, que medie dolo en la conducta del deudor.

Sin embargo, pensamos que este paradigma de pensamiento cede frente a los lineamientos de la Ley de Defensa del Consumidor.

En este orden, advertimos que la tendencia de la jurisprudencia actual es la tesis amplia del resarcimiento del daño moral contractual en la defensa del consumidor que tiene raigambre constitucional.

Gherzi²⁸, explica la contaminación que las leyes del derecho del consumo han realizado sobre el derecho privado (civil y comercial) y así, por ejemplo, del artículo 1198 del Código Civil en cuanto a la aplicación del principio de buena fe, se desprende entre los contratantes el derecho y la obligación de información, sin los cuales no se puede establecer adecuadamente el contenido del contrato y los riesgos asumidos, y asimismo el art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor, se conjuga con la información sumida en el 1198 del Código Civil para mejorar el contenido de aquélla, que sólo estaba definida por la doctrina y la jurisprudencia (art. 16 del Código Civil: ‘Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso’), y en igual sentido se puede señalar con respecto a la obligación tácita de indemnidad y el art. 5º de la Ley de Defensa del Consumidor el cual establece 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”.

28 Gherzi, Carlos A. Derechos y responsabilidades de empresas y consumidores. Buenos Aires. Mora. 1995.

5. LA RELACIÓN DE CONSUMO.

Gherzi²⁹ explica que la expresión sociedad de consumo es una terminología surgida desde la modernidad, pues la situación de consumo es tan vieja como la historia misma del hombre porque hace al proceso de conservación y reproducción de la especie.

Luego, alude a la situación de dominación que ejerce el sistema y la empresa sobre el consumidor como individuo y como categoría; y a la imprescindibilidad del mismo para la integración del ciclo como estructura en el sistema y que su situación de minusvalía frente al mercado, constituyó la base para que desde la década de los cincuenta se desarrollarán las denominadas leyes o códigos de defensa del consumidor.

En nuestro país ese movimiento se inició a fines de los ochenta y se concretó en 1993 con la sanción de la ley 24.240 y sus posteriores modificaciones en 1998 (ley 24.999) y en 2008 (ley 26.361).

Compartimos la postura de Gherzi, que considera al contrato de consumo como una subcategoría, dentro de la categoría de estructura por adhesión.

Asimismo, el contrato de consumo puede ser definido como: “Aquel contrato celebrado a título oneroso o gratuito entre un consumidor final, con una persona física o jurídica que actuó profesionalmente, aún en forma ocasional, y que tenga por objeto la adquisición de bienes o servicios por parte del primero, como destinatario final, en beneficio propio, o de su grupo familiar o social³⁰.”

Además, cabe destacar que el artículo 38 de la Ley de Defensa del Consumidor,

29 Gherzi, Carlos A. Derechos y responsabilidades de empresas y consumidores. Buenos Aires. Mora. 1995.

30 Ariza, Ariel (Coordinador). La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361. Contratación inmobiliaria. Crédito para el consumo. Títulos de crédito. Contratos administrativos. Derecho procesal. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2008.

hace referencia a los contratos de adhesión (contratos en formularios), estableciendo lo siguiente: “La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior (cláusulas abusivas). La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido”.

En el sistema contractual, hay dos estructuras, la del contrato de negociación individual (a nuestro juicio, en la actualidad prácticamente inexistente) y la del contrato de adhesión, en la que es indudable la presencia de un contratante en inferioridad de condiciones, que debe aceptar cláusulas predispuestas.

El proceso que generalizó los contratos de adhesión se inició en la Revolución Industrial y ante la asimetría de poder que este tipo de contrataciones conlleva, intervino el derecho con el fin de producir un equilibrio de eficacia económica, a través de institutos como la teoría de la lesión (art. 954 del CC), el abuso del derecho (art. 1071 del CC) y la buena fe contractual (art. 1198 del CC).

Siendo el contrato de consumo una subcategoría de los contratos de adhesión y, ante la dimensión económico social que proyecta en una sociedad globalizada, fue necesaria una protección específica para la parte más débil de la estructura negocial que se concreta en la Ley de Defensa del Consumidor que vino a ampliar y profundizar, la tutela ya garantizada por el Código Civil con cuya estructura normativa se complementa, y con raigambre constitucional a través de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994.

La declaración y reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución histórica de 1853-1960; y hasta en la concepción social de la Ley Suprema incorporada en 1957 con los derechos sociales del art. 14 bis.

La Constitución Nacional comienza declarando los derechos de los usuarios en la relación de consumo, que supone un convenio celebrado del cual habrán de derivar los derechos protegidos y las responsabilidades consecuentes, aunque también, desde luego, puede corresponder responsabilidad extracontractual.

Nos interesa destacar que la defensa del consumidor se abre en dos campos: el de los derechos patrimoniales (la seguridad de no sufrir un daño, los intereses económicos, la libertad de elección, el trato equitativo y digno) y el de los derechos personales (la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en la misma o en la vida) y el derecho a la información adecuada y veraz, resguarda tanto los derechos patrimoniales como los personales. Y fundamentalmente que la vulneración de los derechos patrimoniales como la de los personales da lugar a indemnización por daño moral, que en mucho de los casos asume el carácter de autónomo.

Por último, con la reforma de la ley 26.361, el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor nos dice que la relación de consumo es: “El vínculo jurídico entre el proveedor, y el consumidor o usuario”; con lo cuál, el legislador buscó ampliar el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y no ceñirse a la existencia o no de un contrato de consumo, es decir, que dicho vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario podrá tener fuente contractual o no³¹.

31 Ariza, Ariel (Coordinador). La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361. Contratación inmobiliaria. Crédito para el consumo. Títulos de crédito. Contratos administrativos. Derecho procesal. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2008.

6. LA PUBLICIDAD.

Gherzi³², enfatiza que la negociación individual se efectúa mediante pre-ofertas, tentativas o propuestas (art. 1148 CC) y, en la de adhesión, se concreta por sistemas de mercadocracia, tales como la publicidad, el marketing, etcétera.

El art. 8° de la Ley de Defensa del Consumidor regula los Efectos de la Publicidad: “Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente”.

Gherzi explica que la norma se puede considerar desde dos aspectos: en cuanto a las precisiones que se contengan en la publicidad que constituyen parte de la oferta y, por ende, pasan a integrar directamente el contrato y, en cuanto al marco circundante de la publicidad, es decir, aquello que no son precisiones y que para el autor también deben incluirse porque integran el principio de la buena fe en la ejecución contractual.

Afirma entonces, que de la sola divergencia entre la publicidad y el contrato, o su cumplimiento en concreto que mueve al consumidor a realizar intimaciones, acciones, queda configurado el daño moral autónomo.

En este sentido, concluye que el factor confiabilidad implica que el consumidor deposita en la empresa la carga positiva de que su comportamiento y ésta será conforme

32 Gherzi, Carlos A. Derechos y responsabilidades de empresas y consumidores. Buenos Aires. Mora. 1995.

a las publicidades previas, su prestigio, su marca, etc., de manera que la violación de confianza a través de un hecho sorpresivo e imprevisto o de la inclusión de cláusulas abusivas constituye en sí mismo un daño reparable patrimonial y moral.

En el mismo orden de ideas, se considera que la publicidad cumple el rol de ofertas masiva de contratación, o como ha dicho la doctrina alemana, “es una oferta masiva de confianza, generando en los receptores del mensaje razonables expectativas de cumplimiento”.

El 30 de agosto de 2007, la Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, en autos “M.M y otro c/ Carrefour Argentina S.A.”, a través del voto unánime de sus miembros, condenó a la empresa Carrefour Argentina S.A. a pagarle al consumidor, una suma de dinero en concepto de indemnización por la lesión sufrida en sus legítimas expectativas, las cuales fueron originadas en una oferta realizada por el hipermercado, utilizando publicidad engañosa. Carrefour Argentina S.A., organizó y presentó al público una promoción que consistía en la posibilidad de adquirir ciertos productos, y consecuentemente participar de un sorteo con diferentes premios.

La Cámara sostuvo lo ante dicho por la jurisprudencia en cuanto al otorgamiento facultativo por el Juez de la indemnización por daño moral, dependiendo de la prueba del efectivo incumplimiento contractual y la existencia de una lesión espiritual y de la “índole del hecho generador de la responsabilidad y de las circunstancias del caso” (Todo ello conforme a lo resuelto por la CNCiv., Sal A, 5/4/1995).

En el caso, el Dr. Posse Saguier, valoró la frustración del viaje y su implicancia para las expectativas del niño y consideró que era procedente la indemnización por el rubro de daño moral.

7. LA INFORMACIÓN.

Nos parece importante resaltar que la información no coincide necesariamente con la publicidad, ya que tienen objetivos distintos, mientras que la primera apunta a dar detalles sobre el bien o el servicio que se ofrece, la segunda, mostrando los aspectos positivos, se dirige a captar adquirentes y consumidores.

Por su parte, Lorenzetti³³ explica que integran el deber de información “los hechos susceptibles de influir sobre la decisión del consumidor y que hacen a su consentimiento, los datos relativos a la invalidez del contrato, los referentes a los vicios de la cosa y los relativos a la funcionalidad de la cosa o el servicio”.

La Ley 24.240, dispone el deber de información en el artículo 4° que incluye la publicidad del 8°, aunque persigan metas diferentes, y tiene aspectos específicos en la venta, en los servicios y en el crédito.

El deber de información no sólo está presente en la Ley 24.240, sino también en la Constitución Nacional, la Ley de Lealtad Comercial, el Código Alimentario y la Ley de Medicamentos.

La omisión de información genera daño moral al provocar la lesión a un interés jurídico espiritual.

Así, el fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, con voto primerizo de la Dra. Medina, en los autos: “Luneva, Yulia c/ Iberia Líneas Aéreas de España S.A.” expresó que: “en materia contractual, el reconocimiento de una indemnización por daño moral tiene carácter restrictivo, debiendo el juez ponderar su procedencia en atención al hecho generador y a las particulares circunstancias del caso”, además se destacó que “es claro que la

33 Lorenzetti, Ricardo L. Consumidores. 2ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 2009.

desaparición de la única valija que llevaba la pasajera Yulia Luneva, conforme al curso natural y ordinario de las cosas (pauta suministrada en el art. 901 del Código Civil), debió haber significado para ella un motivo de mortificación o disgusto, no sólo por la pérdida y los inconvenientes que debió afrontar, sino porque la empresa aérea no le brindó una respuesta satisfactoria acerca del equipaje desaparecido durante su estadía en Londres, habiendo prolongado, además, la definición del reclamo manteniendo las expectativas de la viajera en recuperar sus posesiones”. Asimismo, se estableció que “la descripción de los hechos efectuada en la sentencia de primera instancia, que no fue controvertida por la demandada, revela que la actora fue colocada, por la conducta culpable o indiferente de la demandada, en una situación de desasosiego y angustia que resulta indemnizable”.

Se ha dicho que no existen dudas de que la actuación descrita de la compañía no hizo más que incumplir el artículo 4º de la ley de defensa del consumidor, que establece la obligación del proveedor, en este caso del servicio, de suministrar información al consumidor adjetivada por notas de certeza, claridad y detalle.

En este sentido, el art. 4 de la ley 24240 establece que: “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”.

8. DEBER DE SEGURIDAD EN BIENES Y SERVICIOS.

El artículo 5 de la ley 24.240 regula 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” y éste se conjuga con el artículo 6.

Por su parte, el art. 6 establece que: “Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción”.

Gherzi³⁴, enfatiza que la obligación tácita de seguridad, emanada del art. 1198 del Código Civil, continúa rigiendo para los contratos de negociación individual y a través del artículo 5 de la Ley 24.240, para las relaciones de consumo.

La producción de un daño será atribuida a la empresa o contratante en cabeza de quien estaba la obligación de seguridad y por supuesto generará la obligación de reparar el daño moral en caso de lesión a un interés jurídico espiritual.

Se considera también que la obligación de seguridad desborda aquí su tradicional campo de acción, escapando de la rigidez del contrato e ingresando en la noción más amplia de la relación de consumo y que, en cuanto a la falta de precisión normativa respecto de los sujetos pasivos de la misma, la solución razonable sería la integración con la disposición del art. 40 que expande la responsabilidad a todos los proveedores.

34 Gherzi, Carlos A. Derechos y responsabilidades de empresas y consumidores. Buenos Aires. Mora. 1995.

El incumplimiento del deber de seguridad genera daño moral cuando se afecta un interés jurídico espiritual.

Es interesante resaltar el fallo de la CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, de fecha 02/09/2010, en los autos “Pérez, Pablo David c/ Ulloa de Rebollo, Viviana Marta”.

Dicho decisorio, revoca la sentencia de primera instancia y admite parcialmente la demanda de daños y perjuicios planteada por los progenitores en representación de su hijo menor, condenando a una farmacia a abonar el daño moral provocado por la venta de un medicamento que no era el recetado y que provocó su internación por intoxicación.

En el caso, la Cámara entiende que la lesión antijurídica atribuida a la actora resulta del error en la venta del fármaco donde el personal idóneo debe seguir las prescripciones del médico y esta obligación fue incumplida por lo cual la propietaria debe responder por el hecho de su dependiente que configura el incumplimiento obligacional.

Los aspectos a destacar que ha meritado el Tribunal son: el abordaje de dicha responsabilidad contractual desde la perspectiva de la Ley de Defensa del consumidor que es de orden público y la procedencia del daño moral resultante.

Hemos afirmado entonces, que en lo relativo a la temática del Derecho del Consumo, la salud y seguridad de las personas, son valores absolutos por el artículo 5 de la Ley de Defensa del Consumidor y los proveedores tienen un deber contractual de resultado, cuyo incumplimiento trae aparejada la responsabilidad objetiva y el derecho a la indemnización de conformidad con el artículo 40, el cual establece que: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio,

responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Concluye la Cámara en los autos que nos ocupan, que a la hora de conceptualizar la obligación de seguridad puede afirmarse que es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a mantener incólume al otro contratante, ya sea en su persona, su salud o en sus bienes hasta la expiración del contrato.

En autos, el Tribunal manifiesta su adhesión al criterio restrictivo, por lo que considera que no todo incumplimiento contractual conlleva un daño moral resarcible, pero se afirma de conformidad con la letra del art. 522, que este particular daño importa una minoración en la subjetividad de la persona derivada de la lesión a un interés no patrimonial y se acude a la prueba presuncional a los fines de su acreditación, reafirmando su categoría autónoma.

Y aún más, el Tribunal afirma que el hecho de que el niño haya tenido una corta edad al momento del hecho o que padezca una patología de base con déficit neurológico, no es óbice para otorgar un daño moral frente al sufrimiento que seguramente experimentó al ingerir el medicamento y a su posterior internación, dado que para padecer daño moral como dolor no se precisa aptitud para conocer.

Otro caso que hemos analizado en el marco de la problemática de la obligación de seguridad, es el de la CCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, de fecha

14/12/2009, en los autos “Morel, Carlos Guillermo por su hija menor M. J. A. c/ Disco S.A”.

Dicho fallo confirma la sentencia de grado que consagró la responsabilidad de un supermercado por las lesiones sufridas por una menor que circulaba por el establecimiento, cuando estallaron dos botellas cuyos vidrios impactaron sobre aquella, dado que el demandado no logró demostrar la culpa de la víctima para eximirse de responsabilidad.

En el *sub lite*, el Tribunal se basa en el carácter de usuaria de la víctima que, en la relación de consumo con la demandada, fue dañada en su cuerpo por el vicio o riesgo de un producto elaborado.

La existencia de una relación de consumo determina el ámbito objetivo de aplicación de la protección normativa del consumidor o usuario representado por la ley 24.240, con jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Carta Magna de 1994, en su art. 42, en cual estipula que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los

organismos de control”.

Hemos afirmado oportunamente que en el ámbito del Derecho del Consumo, la ley 24.240 se ocupa expresamente de la protección de la salud y de la integridad física y, en general, de la seguridad de los consumidores (arts. 5º y 6º).

Estamos convencidos de que, el mérito del decisorio, es haber aplicado la ley de defensa del consumidor y la obligación de seguridad que garantiza, y que el espíritu tuitivo de la misma adquiere día a día mayor vigencia en los fallos de nuestros tribunales y, por sobre todo, haber confirmado el daño moral sufrido por la actora como consecuencia del accidente mismo, el tiempo de internación y sus secuelas.

9. EL TRATO DIGNO.

El artículo 42 de la Carta Magna al utilizar la expresión “trato equitativo y digno”, se refiere a un aspecto social o externo, es decir al honor y el respeto que se le debe a la persona.

Los conceptos de dignidad, no discriminación e igualdad forman el núcleo de nuestro sistema constitucional en el artículo 16.

Para autores como Lorenzetti³⁵, la regla de justicia es que debe tratarse a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual.

Otros autores señalan que, respecto de la configuración del daño moral en los contratos de consumo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han enumerado distintas situaciones de las que surge afección moral, entre las cuales podemos citar las siguientes:

- a) “Es objeto de atención deficiente o irrespetuosa por dependientes del

35 Lorenzetti, Ricardo L. Consumidores. 2ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 2009.

proveedor o por éste mismo”.

b) “Debe esperar mucho tiempo para ser atendido”.

c) “No se le solucionan sus reclamos y quejas, o se difieren, o cuando al presentarla es objeto de burla”.

d) “Es tratado como un delincuente cuando se activa alguna alarma en el local comercial donde se realiza la relación de consumo”.

e) “El local donde se desarrolla la relación de consumo se encuentra en condiciones antihigiénicas”.

f) “Se difunden fotos sin su autorización”, etcétera.

En cualesquiera de estos supuestos, estamos ante la presencia de la vulneración al trato digno consagrado por nuestra Carta Magna y dicha vulneración genera la obligación de reparar el daño moral.

En el caso, “Cuello Fernando José c/ Telecom-Personal S.A. S/ Daños y Perjuicios”, del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Córdoba, de fecha 29 de mayo de 2005, se sanciona a la prestadora del servicio a causa del comportamiento de una de sus empleadas que agrede con su trato irrespetuoso al cliente, sometiéndolo a pasar por una situación desagradable en ocasión de concurrir a una oficina comercial de la empresa para realizar un trámite ordinario.

El magistrado al sentenciar señala que lo condenable es el “trato irrespetuoso”, “la falta de trato digno y equitativo”, descartando la posibilidad de incumplimiento contractual o daño material atento al hecho de que al momento de la demanda el servicio solicitado por la actora estaba en vigencia.

Siguiendo una tendencia jurisprudencial cada vez más acentuada que tiende a considerar, dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, al daño moral, el

sentenciante encuadra el perjuicio sufrido por el actor en la figura del daño moral, aquel dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima produciendo una disminución en sus atributos o facultades morales”, como causa origen de la indemnización dispuesta en el fallo, reafirmandose este argumento en segunda instancia.

10. AUTONOMÍA DEL RÉGIMEN DE REPARACIÓN DE DAÑOS AL CONSUMIDOR.

La autonomía supone, entre otros efectos, que la responsabilidad se centra en la causación de una daño dentro de una relación de consumo, con independencia de su fuente generadora. Es precisamente la amplitud de la noción de relación de consumo la que mengua importancia a la diferenciación entre ámbitos de responsabilidad contractual o extracontractual, y lleva a superar esa clásica distinción. Esa tendencia se manifiesta marcadamente en orden a la responsabilidad que emerge para los proveedores del artículo 5, en materia de deber de seguridad, cuyos sus alcances se proyectan a la relación de consumo y no sólo al contrato de consumo; y, del artículo 40, en relación a los daños causados al consumidor por el riesgo o vicio de la cosa o por la prestación del servicio.

Dentro de las previsiones de la ley 24.240, con sus reformas, pueden identificarse las siguientes notas distintivas que conducen a afirmar la conformación de un régimen de responsabilidad autónomo³⁶.

a) La objetivación de la responsabilidad del proveedor fundada en la necesidad

36 Nicolau, Noemí L. Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato. Parte especial. Impacto del régimen del consumo sobre la teoría general del contrato. Tomo I. 1ª ed. Buenos Aires. La Ley. 2009.

de tutelar la seguridad de los consumidores.

b) La expansión en materia de legitimados activos y, paralelamente, la ampliación del aspecto de legitimados pasivos.

c) La unificación de la prescripción, a través del establecimiento de un plazo general de prescripción de tres años que rige para todas las acciones nacidas de relación de consumo, y que sólo se excepciona cuando otra ley general o especial establezca uno más favorable al consumidor (conforme al art. 50, ley 24.240).

d) El reconocimiento expreso de la vigencia del principio de reparación integral (art. 54, párrafo 3°).

e) La explícita consagración de beneficios probatorios, en el artículo 53, párrafo 3°, en cuanto dispone que “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”. Si bien se trata de una pauta procesal que rige para cualquier litigio referido a una relación de consumo, su proyección sobre el régimen resarcitorio es indudable.

f) También se ha destacado la vigencia de soluciones sancionatorias, a partir de la introducción de las indemnizaciones punitivas (art. 52 *bis*) que proceden ante el incumplimiento por el proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, que no rigen en otros ámbitos del derecho de daños.

Por otra parte, frente a la especialidad del régimen resarcitorio de consumo y sus marcados beneficios para el consumidor, es importante poner de relieve las facultades judiciales relativas al encuadramiento normativo de la prestación resarcitoria.

Kemelmajer de Carlucci³⁷, señala que el juez, en las acciones de daños, cuenta con amplias facultades para subsumir los hechos en el derecho aplicable; por ello, en el supuesto que las partes del litigio hubieran invocado el derecho común, podrá el tribunal aplicar las disposiciones que en materia de responsabilidad contiene la ley 24.240, especialmente atendiendo al carácter de orden público de esa normativa.

10.1. Principales características del régimen de reparación de daños según Ley 24.240 y sus modificaciones.

a) Supuestos de reparación de daños al consumidor.

En el sistema autónomo de reparación de daños contenido en el estatuto de defensa del consumidor se destacan los siguientes supuestos particulares:

1) “Responsabilidad emergente de la inobservancia del deber de información”.

La relevancia que ostenta el deber de información a cargo del proveedor en las relaciones de consumo determina que su inobservancia, al margen de la procedencia de otras sanciones, pueda ser fuente de la obligación de resarcir el daño causado.

2) “Responsabilidad emergente del incumplimiento de la obligación de seguridad”. Con frecuencia la obligación de seguridad resulta del contrato celebrado, noción que guarda una estrecha vinculación con la idea que tradicionalmente se tenía de ella, en tanto deber derivado del principio de buena fe. Sin embargo, en el microsistema de defensa del consumidor actual, la obligación de seguridad puede existir con independencia de la celebración de un contrato pues actúa en el marco de la relación de

37 Kemelmajer de Carlucci, Aída. Código Civil y sus leyes complementarias. Buenos Aires. Astrea. 1990.

consumo. En este último supuesto, su estructura desborda su consideración como mero deber de protección, anexo a la prestación principal, para asumir el carácter de una obligación autónoma de fuente legal, derivada del principio informador emergente de la cláusula constitucional de protección de los consumidores. Más allá de los horizontes preventivos que posee la regulación del artículo 5 de la ley 24.240, la inobservancia del deber de seguridad ahí consagrado puede acarrear la obligación de indemnizar el daño causado al consumidor.

3) “Responsabilidad derivada del riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio”. El artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor comprende dos situaciones distintas: a) Los daños causados al consumidor por el riesgo o vicio de la cosa; y b) Los daños derivados de la prestación del servicio. En ambas hipótesis la responsabilidad pesa solidariamente sobre todos los integrantes de la cadena de comercialización del bien, y la imputación de responsabilidad se encuentra fundada en factores objetivos (riesgo, seguridad, generación de confianza).

b) Reconocimiento del principio protectorio como eje axiológico del sistema.

La razón de ser principal que confiere autonomía a un sector del mundo jurídico es valorativa, o si se prefiere axiológica, y consiste en que determinadas categorías de relaciones sociales demanden particulares exigencias de justicia que las diferencian de la generalidad. En el derecho de consumo, las soluciones legales aparecen como derivación de un principio axiológico de indemnidad al consumidor como consecuencia de la producción y comercialización de bienes y servicios. Tal principio es una manifestación especial de la regla general *alterum non laedere* (no dañar a nadie) que

está expresamente previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional³⁸.

c) Objetivación de la responsabilidad.

Desde hace años se ha consolidado, tanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual como en el de la responsabilidad contractual, el surgimiento de factores objetivos de responsabilidad. Es destacable, no obstante, la generalidad con que la ley 24.240 estableció la responsabilidad objetiva en el contrato de consumo al señalar en el art. 10 *bis* que las únicas causales exoneratorias del incumplimiento contractual son el caso fortuito y la fuerza mayor. También la objetivación de la responsabilidad impera en la responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa o servicio en el art. 40, en el funcionamiento de las garantías legales, en la responsabilidad por vicios redhibitorios y las consecuencias del incumplimiento de la obligación de seguridad e información previsto por el art. 4° y 5° de la ley. Esta objetivación responde a la poca relevancia que supone la sola diligencia del deudor de una prestación empresarial para ser considerada eximente del incumplimiento en el marco de relaciones de producción y comercialización masificadas y plurales.

d) Complementación de las acciones contractuales, extracontractuales y precontractuales de responsabilidad.

Para el derecho del consumidor la figura del contrato con el consumidor no es más que un segmento de una compleja trama de relaciones en las que aparecen involucrados una pluralidad de sujetos. Si bien admitimos la subsistencia de los

38 Ariza, Ariel (Coordinador). La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361. Contratación inmobiliaria. Crédito para el consumo. Títulos de crédito. Contratos administrativos. Derecho procesal. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2008.

mecanismos contractuales de tutela como sector relevante del intercambio con el consumidor, también afirmamos la insuficiencia de dicho contrato para explicar las demás fuentes de responsabilidad y reparación que se presentan entre los demás sujetos que no han sido contratantes. Dichas acciones de responsabilidad son las que superan el marco contractual para instalarse de lleno en la relación de consumo, y en algunos casos, luego de la ley 26.361, para superarla inclusive por intermedio de las figuras del **consumidor equiparado** (aquel que sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo) y el consumidor expuesto a la relación de consumo³⁹.

e) **Unificación de los plazos de prescripción.**

La ley 26.361 ha afirmado la tendencia protectoria al convalidar la unificación de plazos de prescripción otorgando una preferencia a los establecidos por disposiciones generales o leyes especiales cuando son más beneficiosos para el consumidor.

f) **Protección sancionatoria. Daño punitivo.**

A través del art. 52 *bis*, la ley 26.361 ha incorporado al derecho nacional la figura del daño punitivo o multa privada. Esta solución no constituye un capítulo del fenómeno de la reparación en su faz resarcitoria tal como se encuentra estructurada la responsabilidad civil en el Código Civil. La figura es de naturaleza sancionatoria y,

³⁹ Ariza, Ariel (Coordinador). La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361. Contratación inmobiliaria. Crédito para el consumo. Títulos de crédito. Contratos administrativos. Derecho procesal. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2008.

según se estima en la doctrina, puede cubrir una finalidad preventiva. El diseño conferido por la ley 26.361 al daño punitivo, resulta excesivamente amplio en lo que respecta a sus condiciones de aplicación, lo que demandará una labor interpretativa compleja a fin de que la figura se mantenga dentro del lugar de excepcionalidad que siempre se le ha reconocido.

g) Mecanismos de tutela contractual regulados por el artículo 10 bis.

El artículo 10 *bis* establece la tutela contractual, estipulando que: “El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:

- 1) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;
- 2) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;
- 3) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”.

De esta manera, se abarca la tutela “satisfactoria” (inc. a); la tutela “resarcitoria” (inc. b); y la tutela “resolutoria” (inc. c).

Conforme puede interpretarse de la redacción del art. 10 *bis*, las acciones que concede al consumidor proceden ante la inejecución total o parcial de las obligaciones contractuales contraídas por el proveedor con el consumidor, es decir, que las vías habilitadas por esta disposición solo pueden ser ejercidas, en principio, por el consumidor que es parte de un contrato de consumo, contra el proveedor contratante.

No obstante, cuando exista conexidad relevante entre varios negocios de

consumo, el consumidor puede tener legitimación para actuar contra un proveedor con quien no tenga un vínculo contractual directo pero que integra la cadena de comercialización del producto o servicio.

Resta aclarar, que por tratarse de un régimen previsto con miras a tutelar el crédito del consumidor, no puede ser invocado por el proveedor ante incumplimientos de aquél, siendo aplicable en este caso las soluciones del derecho común⁴⁰.

h) Factor de atribución y eximentes.

Por su parte, en el régimen normativo establecido para los incumplimientos del contrato de consumo, la doctrina ha entendido que se consagra un supuesto de responsabilidad contractual objetiva, fundada en el factor garantía, en razón que se atribuye a las obligaciones del proveedor el carácter de obligaciones de resultado. Ello así, debido a que el proveedor no le basta la demostración de su diligencia para liberarse de responsabilidad sino que solo se admiten como eximentes la acreditación del caso fortuito o fuerza mayor. La solución legal pone de manifiesto un claro agravamiento de la responsabilidad del proveedor en orden a tutelar las legítimas expectativas que el consumidor ha depositado en el negocio.

11. CONCLUSIÓN.

El presente capítulo se ha iniciado sosteniendo que aún está vigente en nuestra doctrina y jurisprudencia el carácter restrictivo de la procedencia del daño moral en materia contractual.

⁴⁰ Nicolau, Noemí L. Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato. Parte especial. Impacto del régimen del consumo sobre la teoría general del contrato. Tomo I. 1ª ed. Buenos Aires. La Ley. 2009.

Sin embargo consideramos que este paradigma cede ante los lineamientos de la Ley de Defensa del Consumidor.

Y a medida que avanzamos, hemos probado la hipótesis enunciada precedentemente pero con una salvedad no menos importante, la mayor parte de los fallos que hacen lugar a la reparación del daño moral en las relaciones de consumo adhieren a la postura restrictiva relativa a su resarcimiento.

Prima facie, de los pronunciamientos de nuestros tribunales, parece sostenerse que el daño moral en materia contractual es facultativo para el juez y sólo procede si está probado y, de las circunstancias del caso, resulta estar probado en las relaciones de consumo.

Aún así, consideramos que hay una tendencia jurisprudencial favorable a su reconocimiento con raigambre constitucional y en la normativa de orden público de defensa del consumidor.

Graciela Lovece⁴¹, establece que “el alcance restrictivo de la reparación a partir de la redacción del art. 522 del Código Civil, merece un margen de razonabilidad y, especialmente en las relaciones de consumo, no procede su aplicación dogmática”.

Y reafirmamos su convicción de que el agravio moral frente al incumplimiento empresarial en las relaciones de consumo surge *per se* resultando innecesaria su prueba específica, mereciendo una apreciación autónoma que no tiene porque guardar relación con el daño patrimonial.

En el mismo orden de ideas, Gherzi⁴² señala la creación de nuevos supuestos de responsabilidad de atribución objetiva como lo son la ausencia o defectos en la

41 Lovece, Graciela I. Derechos del consumidor. Buenos Aires. La ley. 2005.

42 Gherzi, Carlos A. Derechos y responsabilidades de empresas y consumidores. Buenos Aires. Mora. 1995.

información (art. 4, ley 24.240), la obligación legal de seguridad (art. 5), el trato indigno y las prácticas abusivas.

En el ámbito de la relación de consumo es indudable la generación de daño moral autónomo al lesionarse un interés jurídico espiritual.

Así, hemos verificado que la publicidad engañosa, la ausencia de información, el incumplimiento de la obligación de indemnidad, el trato indigno, etc., generan daño moral.

Además, debemos tener en cuenta que las empresas, al violar la confianza del usuario o consumidor (confianza generada por la misma empresa) al introducir cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, ocasiona un daño moral autónomo y reparable (cuestión que trataremos en el capítulo siguiente).

Y entonces ya no podemos hablar de una atribución judicial facultativa o de una reparación de carácter restrictivo, dado que hacerlo implicaría ignorar el *in dubio pro consumidor*, y la garantía prevista por el artículo 42 de nuestra Carta Magna.

Y es la tarea jurisprudencial la que deberá seguir abriendo los caminos que acercan el derecho a la realidad social en el marco de un derecho de daños de rango constitucional.

Capítulo IV

DAÑO MORAL AUTÓNOMO POR LA MERA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El sistema para generar confianza en el mercado. 3. La confianza como superación de la incertidumbre en los consumidores. 4. Las conductas empresariales generadoras de confianza en los consumidores. 5. La confianza como modelo de operatividad para la contratación de consumidores. 6. El cumplimiento de la ley de defensa del consumidor como modelo empresarial confiable. 7. El valor de la confianza y la lealtad del consumidor. 8. La protección jurídica de la confianza referenciada desde el consumidor. 9. La responsabilidad del Estado frente a consumidores y usuarios, por omisión del control en la generación de “falsa confianza”. 10. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN.

El objeto de este capítulo es investigar sobre las consecuencias de la mera incorporación de cláusulas por las empresas en violación a la confianza generada por ellas mismas, haciendo hincapié especialmente en la defensa de los derechos del consumidor.

Las empresas invierten cuantiosas sumas de dinero en estrategias de confianza, para poder obtener un posicionamiento en el mercado y operar a partir de ello con toda eficiencia económica y muchas veces con mala fe.

Esta generación de confianza, con herramientas específicas como la publicidad y el *marketing*, hace que los consumidores y usuarios busquen determinadas empresas, así como específicas marcas de bienes o servicios.

Las empresas, entonces, consolidan de esta forma su posición prevalente en el mercado y capturan clientela. Sin embargo, a veces estas estrategias sólo se hacen con esos únicos fines de captura, y se introducen en los contratos de estructura de adhesión cláusulas abusivas que desvirtúan aquella confianza.

Asimismo, cabe resaltar la importancia conceptual de los términos “contratos de adhesión” y “clausulas abusivas”, para poder abordar con total profundidad la temática propuesta.

Los contratos de adhesión son contratos pre impresos en serie o en formularios por los proveedores con un contenido general aplicable a cualquier consumidor o usuario. Suelen tener lugares en blanco sólo para poner los datos de la contraparte y alguna pequeña observación. Generalmente son abusivos y dan lugar a pleitos sobre su

interpretación, ya que la contraparte no tiene posibilidad de discutir las cláusulas o condiciones: los debe firmar como están o no los firma, suelen contener cláusulas abusivas que limitan la responsabilidad de la empresa o cláusulas que perjudican al usuario redactadas maliciosamente en forma ambigua o con una letra minúscula casi imposible de leer. Estos contratos son frecuentemente empleados por las empresas de seguros, telefonía celular, televisión por cable, proveedores de internet, medicina prepaga, transporte, etcétera.

En definitiva, podemos decir que: “El contratos de adhesión es el que se perfecciona sobre la base de cláusulas previamente redactadas por una sola parte, que ejerce un monopolio legal o de hecho, de modo que la otra parte no tiene posibilidad de introducir modificaciones”.

Se denomina “predisponente” a la parte que pre-redacta las cláusulas, y “adherente” a quien las acepta.

Con respecto a las cláusulas abusivas, la Ley de Defensa del consumidor, para proteger al usuario se ocupa en el Capítulo IX bajo el título “**de los términos abusivos y cláusulas ineficaces**”, refiriéndose a la interpretación de los contratos de consumo en general, y a los contratos de adhesión en particular, estipulando que “se tendrán por no convenidas las cláusulas y procede la declaración judicial de su nulidad”.

La ley de defensa del consumidor establece que son clausulas abusivas:

a) Aquellas que desnaturalicen las obligaciones a cargo de la empresa o las que limiten su responsabilidad por daños (por ejemplo, las que dispensan del dolo o culpa grave o de toda culpa a la empresa; irresponsabilidad del proveedor por evicción o vicio de la cosa; renuncia del adherente a invocar la teoría de la imprevisión, etcétera).

b) Aquellas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor

o amplíen los derechos de la otra parte (por ejemplo, las que permitan que el proveedor modifique unilateralmente el contrato; las que acorten los plazos de prescripción; las que permitan que el proveedor sea interprete exclusivo del contrato, etcétera).

c) Aquellas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Además, la Ley de Defensa del Consumidor establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor (*in dubio pro consumidor*). Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa (para el consumidor o usuario).

También estipula que, en caso que la empresa viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas.

Asimismo señala que cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario. Ante una cláusula abusiva corresponde la declaración judicial de su nulidad. Se trata de una nulidad parcial, ya que en principio el contrato subsiste pero sin la cláusula abusiva.

Por último, la reglamentación (Decreto 1789/94) considera que “términos o cláusulas abusivas son las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

2. EL SISTEMA PARA GENERAR CONFIANZA EN EL MERCADO.

Distintos autores, como Luhmann⁴³ y Fukuyama⁴⁴, se han ocupado de la importancia que la confianza juega en cualquier sistema y, especialmente en el ámbito económico, muestran cómo la confianza sirve para aumentar el potencial de empresas comerciales.

Pretendemos, desde el ángulo del derecho económico y especialmente en el análisis económico del derecho, establecer las bases para la reparación de un daño moral autónomo.

El pensamiento jurídico se enriquece con este marco interdisciplinario, sacándolo de los estrechos límites del mero formalismo dogmático para encontrar nuevos fundamentos, así como caminos alternativos para el análisis de distintas problemáticas que han desbordado la socioeconomía, ampliando de esta forma su universo de cognición⁴⁵.

El ser humano actúa por motivaciones, y la primordial es la expectativa de confianza que le hace superar la incertidumbre en cualquier orden, especialmente en el ámbito cotidiano de adquisición de bienes y servicios, para romper con los riesgos del mercado que desconoce, creando un marco de expectativa favorable a su acceso, evitando daños innecesarios⁴⁶.

Esa expectativa de confianza nace, fundamentalmente, a partir de la credibilidad objetivizada generada por las empresas, que es la que orienta el comportamiento y guía las decisiones de los consumidores.

43 Luhmann, Niklas. *Confianza*. México. Anthropos. 1996.

44 Fukuyama, Francis. *Confianza (trust)*. Las virtudes sociales y la capacidad de generar prosperidad. Buenos Aires. Atlántida. 1996.

45 Pattaro, Enrico. *Elementos para una teoría del derecho*. Madrid. Debate. 1991.

46 Douglas, Mary. *La aceptación del riesgo según las ciencias sociales*. Barcelona. Paidós. 1996.

3. LA CONFIANZA COMO SUPERACIÓN DE LA INCERTIDUMBRE EN LOS CONSUMIDORES.

El significado de la palabra “confianza”, según lo define el Diccionario de la Real Academia Española, indica precisamente que es la “esperanza firme” que se tiene de una persona, institución, organización o situación concreta y definida.

El sociólogo y economista Fukuyama⁴⁷ lo define como “la expectativa que surge dentro de una comunidad de comportamiento normal, honesto y cooperativo, basadas en normas comunes, compartidas por todos los miembros de dicha comunidad”.

En sentido similar, para el sociólogo alemán Luhmann la confianza emerge gradualmente en las expectativas de continuidad, que se forman como principios firmes con los que podemos conducir nuestras vidas cotidianas.

La idea central de estos autores reside en la expectativa del comportamiento, pero no cualquier expectativa, sino aquella que sea razonable y objetivamente justificada en los antecedentes generados por factores introducidos por la empresa, así, por ejemplo, que el contrato con cláusulas predispuestas no contenga situaciones abusivas⁴⁸.

Este tipo de confianza se conforma más allá de los motivos individuales del consumidor que confía (faz subjetiva), y sólo es posible en un consenso social estructurado sobre pautas culturales y valores morales transmisibles generacionalmente en un ámbito de normalidad o de inducción. Es entonces allí donde la confianza se objetiviza y se acumula a modo de “capital económico” para las empresas.

47 Fukuyama, Francis. Confianza (*trust*). Las virtudes sociales y la capacidad de generar prosperidad. Buenos Aires. Atlántida. 1996.

48 Krawietz, Werner. El concepto sociológico del derecho y otros ensayos. México. Biblioteca de ética. 1994.

De esta forma, la confianza determina bajo qué condiciones un consumidor realizará el intercambio económico con la empresa y en qué marco jurídico, precisamente porque aquella crea expectativas y garantiza el cumplimiento de las obligaciones, convirtiéndose en fuente de “seguridad” (económica y jurídica), y el contrato debe ser el fiel reflejo de ello.

En este sentido, la marca o nombre comercial de un producto o servicio de una empresa garantiza que éste será confiable y que el consumidor no sufrirá abuso alguno en las cláusulas de un contrato predispuesto por la empresa.

4. LAS CONDUCTAS EMPRESARIALES GENERADORAS DE CONFIANZA EN LOS CONSUMIDORES.

La lógica que estamos mostrando convoca una mayor confianza de las empresas y, en esta línea de pensamiento, las decisiones de los consumidores se forman sobre la base de la confiabilidad generada y su expectativa de cumplimiento de los contratos sin retaceos, abusos u oscuridades jurídicas.

Es necesario rescatar este aspecto tan importante en la mecánica de operabilidad de los consumidores, pues se halla directamente relacionado con su nivel de conocimiento (entendido como el conjunto de elementos socioeconómicos, escolarización, etc.), de tal forma que ante un menor nivel de culturalización mayor será la incertidumbre que debe afrontar, la cual disminuye ante empresas que se presentan como fiables, suscribiendo el contrato precisamente “confiado” en que la empresa lo ha redactado “bien”.

La lógica de la proyección de la confianza opera desde el consumidor que

pertenece a diversos estratos sociales, desde abajo (donde ante más incultura, más confiabilidad) hacia arriba (donde más cultura, menos confiabilidad porque requiere mas información).

En el panorama de esta posmodernidad, el contratante no sólo se enfrenta a una tensión interna de intereses opuestos con el otro contratante, sino que además tiene que ordenar y adaptar el contrato a aquellas condiciones externas, de globalización y con alto grado de interdependencia.

Es a lo que Luhmann⁴⁹ alude como “acoplamientos estructurales del sistema” respecto de las condiciones del entorno, del que surgen condicionamientos que pueden ser de distinta complejidad e intensidad.

En un estado de incertidumbre y pérdida de confiabilidad, se hace difícil la anticipación (en los sujetos portantes) de los acontecimientos económicos.

Éstos se hacen menos predecibles y tornan más difícil el gobierno negociado de un contrato y de los negocios. Aquí es donde la confianza nuevamente juega un papel esencial, pues permite controlar o reducir esa inestabilidad del contrato.

La confianza, entonces, facilita la gobernabilidad del contrato para el consumidor, permite que se eviten o atenúen las incertidumbres y los riesgos o, simplemente, situaciones conflictivas a los que el contrato está siempre expuesto y que pueden producir situaciones dañosas.

5. LA CONFIANZA COMO MODELO DE OPERATIVIDAD PARA LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES Y USUARIOS.

49 Luhmann, Niklas. La ciencia de la sociedad. México. Universidad Iberoamericana. 1996.

La confianza lo que también el sociólogo Coleman⁵⁰ denomina “capital Social”, que resulta vital para el bienestar económico y la competitividad de las empresas en el mercado. Una sociedad con ausencia de confianza produce rendimientos económicos deficientes, quebrantamientos empresariales y constantes daños a consumidores.

En estos términos, la confianza puede incrementar la eficiencia en las relaciones económicas con los consumidores.

Lo peor que le puede ocurrir a una empresa es caer en el descrédito, porque allí se pierde la confianza y es sabido que las crisis empresariales actuales son, en el fondo, crisis de confianza.

La desregulación de la economía y el proceso de globalización han marcado esta voluntad empresarial de cambiar la imagen y, de hecho, esto se ha puesto en práctica en países como Estados Unidos de América, que lleva invertidas cuantiosas sumas de dinero en ello.

El posicionamiento confiable se vincula con la reputación de una empresa en el mercado, su trayectoria y línea de conducta, la honestidad y transparencia en su historia o lo que representa su nombre, la preocupación por el público, etc., factores éstos que activan e integran la confianza, y marcan una diferencia para las elecciones de los consumidores.

La imagen de una empresa se une a un nombre o una marca comercial, cuya finalidad esencial es distinguir al empresario sobre sus competidores, y sirve por medio de esta función diferenciadora, para acrecentar y consolidar la clientela obtenida.

Así, la imagen y marca confieren un *status* mercatorio, al tiempo que suponen una constancia en el nivel de calidad, eficiencia y seguridad, generando una mayor

50 Coleman, James S. *Social capital in the creation of human capital*. American Journal of Sociology. Nueva York. 1996.

confiabilidad y certeza de que siempre podrá encontrarse en los contratos accesibilidad del derecho de los consumidores.

La dinámica actual de la economía hace que las empresas apelen a estas estrategias de consolidación de mercado, mostrando una imagen sólida y ética.

La publicidad es una herramienta esencial en este proceso, en tanto que es un vehículo de comunicación entre empresas y consumidores que transmite esa imagen y sirve como elemento de persuasión y estímulo a los potenciales clientes o a permanecer leales a una misma marca o firma. Es decir, la publicidad es un instrumento que crea y mantiene una apariencia de confianza y de ética que debe comprometer jurídicamente en esa misma medida.

Pero en esta etapa de hipercompetitividad la publicidad suele traspasar los límites que marca la ética, puesto que con el fin de promover el máximo consumo el mensaje publicitario es desnaturalizado, al ocultarse información, acudir al engaño y apelar a herramientas y técnicas subliminales que manipulan al consumidor modelando sus hábitos, con la finalidad de lograr la colocación del objeto publicitado.

La libre elección del consumidor se ve restringida por esta manipulación, condicionando e induciendo su decisión y, pero aún, haciendo suscribir contratos con cláusulas abusivas.

Por ello es importante lograr la mayor transparencia posible en las cláusulas contractuales que permita a los consumidores no tener que buscar un asesoramiento jurídico en cada contrato.

6. EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR COMO MODELO EMPRESARIAL CONFIABLE.

En una economía de mercado, el principio general es la libertad de ejercicio de la actividad económica en libertad de competencia.

La violación de la ley de defensa del consumidor (ley 24.240 y sus modificaciones por ley 26.361) es una situación que implica un incumplimiento legal y afecta simultáneamente al sistema de competencia, por que coloca a una empresa en situación de desventaja frente a otras, por ejemplo, si se publicitan inadecuadamente los servicios con inexactitudes u ocultamientos para captar a la clientela.

De este modo, las empresas que cumplen con las disposiciones de la ley de defensa del consumidor se ven perjudicadas por las que no las cumplen y logran así posicionarse en el mercado con un costo menor.

Estas mismas consideraciones pueden hacerse respecto del empleo de condiciones generales abusivas de contratación (en los contratos de adhesión), puesto que su utilización (simplificación de la negociación y ahorro de costes) proporciona una seguridad desleal en comparación con las empresas competidoras y para el predisponente abusivo, por que a través de ella se desplazan riesgos y responsabilidades⁵¹.

Pero esta función de proporcionar “pseudo seguridad jurídica” a través de cláusulas abusivas es inadecuada, por que la doctrina, la jurisprudencia y la propia ley del consumidor las considera nulas de nulidad absoluta.

7. EL VALOR CONFIANZA Y LA LEALTAD DEL CONSUMIDOR.

Hemos visto ya como, en este nuevo escenario de apertura económica y de mayor competitividad, coadyuvada por la integración y globalización de los mercados,

51 Alfaro Águila Real, Jesús. Las condiciones generales de contratación. Madrid. Civitas. 1996.

la explotación de cualquier actividad hace que las empresas deban recurrir frecuentemente a la confianza.

De ello se deduce que la confianza tiene un valor de lealtad para el consumidor, y es también la explicación del porqué de la necesidad de proteger la confianza que un contratante deposita en la lealtad del otro (si quien se sirve de ella, luego la defrauda) y establecer la reparación del daño.

El valor confianza como lealtad al consumidor se conecta con los aspectos antes desarrollados, es decir, con la imagen que proyecta la empresa en el mercado, y con la cual se posiciona en forma más ventajosa para competir y generar clientela, la que conforma un elemento integrante del activo de la empresa⁵².

Veamos, así, que el usuario o consumidor deposita su confianza en la empresa contratando en función de esa confianza y lealtad y, al verse ésta vulnerada, genera un “daño moral autónomo” con relación al contrato específicamente suscripto y que, en consecuencia, está más intensamente relacionado con su “calidad de cliente” que con su calidad de contratante en particular.

Cuando un consumidor comprueba que el contrato contiene cláusulas abusivas, se siente defraudado y afectado en sus sentimientos, lo que merece ser reparado.

La confianza es, entonces, un “recurso económico jurídico” que se acumula como cualquier otro capital. Representa para las empresas uno de los activos más valiosos que tienen, que en muchos casos va más allá de los otros activos (por ejemplo, inmuebles). De hecho, muchas empresas conocidas mundialmente concentran gran parte de su inversión en la creación y mantenimiento de una marca o empresa, como valor comercial exclusivo.

52 Stigler, George. El economista como predicador y otros ensayos. Barcelona. Folio. 1996.

El consumidor confía y suscribe el contrato, sin poder obtener toda la información (que no es de fácil acceso, ya sea por que puede ser muy costosa o porque necesitan conocimientos profesionales para evaluarla).

En estas situaciones de fuerte asimetría de poder, el comprador queda obligado a confiar en la redacción contractual de la empresa. Es decir, sustituye los altos costos de información por confianza, que es su equivalente funcional.

La confianza constituye, entonces, un recurso jurídico para reducir la necesidad de información y ahorrar los costes que ésta implica para el consumidor.

Si se abusa de ella mediante comportamientos oportunistas, esto es, conductas con las que alguien fraudula y le causa un daño (por ejemplo, mediante la incorporación de cláusulas abusivas), debe repararlo.

Cuando resulte quebrada la confiabilidad que el usuario apostó en una empresa o en una marca, el derecho privado debe hacer funcionar mecanismos de control judicial, fundamentalmente mediante la “revisión” de los contratos de adhesión y la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, sin perjuicio de la reparación.

8. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA CONFIANZA REFENCIADA DESDE EL CONSUMIDOR.

Nuestro ordenamiento jurídico, si bien no se refiere expresamente a la confianza, dispone de un amplio espectro de normas e instituciones a partir de las cuales la mentada protección se desprende implícitamente.

La Constitución Nacional desde 1853 ha adoptado el sistema económico de libre empresa, lo que constituye una definición de política económica que permite a los agentes económicos interactuar para precisamente hacerlo en un marco de competencia

leal y de prácticas de buena fe.

En segundo nivel normológico, el Código Civil instituye la buena fe (art. 1198) como principio rector que involucra la idea de cooperación, información, y cuidado con el patrimonio y la persona del contratante en todas las etapas de la relación negocial, desde la fase precontractual, haciendo fe a la confianza despertada por la parte, hasta el cumplimiento e incluso las garantías por incumplimiento.

Buena fe implica proteger la confianza generada para el consumidor en cuanto a la eficiencia y seguridad del producto o servicio adquirido, que constituyen la legítima y razonable expectativa del contratante débil, conforme lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender obrando con previsión y cuidado (art. 1198 del Código Civil).

Hablamos de “eficiencia”, en tanto dichos productos o servicios deben adecuarse a las razonables expectativas que de ellos se esperan, a los principios de identidad e integridad del cumplimiento (arts. 740 y 742 del Código Civil), a las informaciones generadas por cualquier medio que despiertan la confianza del consumidor y lo inducen a contratar, así como a cumplir con lo publicitado, y no evitarlo con cláusulas abusivas.

Y hacemos referencia a la “seguridad”, en cuanto se debe preservar la esfera personal y patrimonial del contratante a través de la denominada obligación tácita de indemnidad, que implica la adopción de deberes adicionales de protección para garantizar que, como consecuencia del desarrollo o cumplimiento de la prestación, ningún daño sufrirá el consumidor en bienes distintos afectados al contrato⁵³.

El nivel de eficiencia y seguridad debe ser acorde con la confianza y expectativa “creada” por las empresas, es decir, cuanto mayor sea ésta, mayores serán las

53 Ghersi, Carlos A. Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial. 5ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2002.

obligaciones del empresario. La buena fe objetivada de la Constitución Nacional, del art. 1198 del Código Civil y de la ley de defensa del consumidor 24.240, permite al consumidor suponer que la empresa operará con lealtad y que no introducirá cláusulas abusivas, pero de hacerlo, la citada normativa le permite anularlas.

En otro sentido, existen disposiciones que sirven a la protección de la confianza; así, por ejemplo, el derecho a la información (art. 4 de la ley de defensa del consumidor 24.240) que con posterioridad tuviera recepción constitucional y que sienta las bases para una relación de consumo transparente y de real confianza, que favorece no sólo el ahorro de recursos, sino (lo que resulta más importante) que posibilita al consumidor considerar que su derecho a la información contractual ha sido “automáticamente” violado al introducir cláusulas contractuales.

Las informaciones suministradas por las empresas en los mensajes publicitarios crean en el consumidor legítimas expectativas, porque ha creído en su veracidad, y comprometen y vinculan a quien las emite en esa misma medida. La omisión o tergiversación en los contratos mediante la incorporación de cláusulas abusivas implica la ruptura del valor confiabilidad, defrauda la expectativa y genera un daño moral reparable.

Por eso, el art. 8 de la ley 24.240, al integrar la publicidad con el contrato, lo que hace es conferir implícitamente una tutela a la confianza, que determina la exigibilidad obligacional de las expectativas económicas jurídicamente razonables suscitadas por la publicidad en el consumidor. Su incumplimiento afecta la indemnidad contractual, porque quien apesta a una publicidad con determinados atributos “invierte en confianza”, y el consumidor no puede verse defraudado sin reparación.

Dicha normativa establece que sólo las precisiones formuladas en la publicidad

integran la oferta del contrato, pero aquella, como medio de comunicación, siempre algo expresa o sugiere, aun fuera de las pretensiones, generando en el receptor determinadas representaciones mentales, que conforman, como lo señala la doctrina alemana, el marco funcional del contrato.

Estas situaciones, en las que la “apariencia prevalece por sobre la realidad”, actúan como fuente jurígena. De esta forma, quien sugiera una determinada apariencia queda obligado a cumplirla en la medida en que la otra parte razonablemente fue inducida a confiar en ella.

Las razonables expectativas generadas por la confianza constituyen, entonces, fuente autónoma de obligaciones, cuyo quebrantamiento determina, por sí, la reparación del daño moral causado conforme a los arts. 522 y 1078 del Código Civil.

La confianza es, así, **un hecho económico y jurídico autónomo** para que nazcan obligaciones en el marco del derecho negocial del mercado que, en base a una declaración, comportamiento o apariencia, dé lugar a desplazamientos económicos de los consumidores y, al causar daños con la mera incorporación de cláusulas abusivas, constituirá un factor de responsabilidad objetivo.

9. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A CONSUMIDORES Y USUARIOS, POR OMISIÓN DEL CONTROL EN LA GENERACIÓN DE “FALZA CONFIANZA”.

Como es sabido, es función del Estado, ejercer el poder de policía, en el ámbito mercatorio, con las consiguientes atribuciones de fiscalización sobre las empresas que operan en el mercado.

Sin embargo, este control estatal se ha ido debilitando en los últimos años, especialmente con la filosofía neoliberal de la posmodernidad, y esto ha llevado a que se produjeran distintos hechos traumáticos que han sacudido el sistema económico en general (por ejemplo, productos alimenticios en mal estado o intoxicaciones).

Cuando una persona confía en una empresa, lo hace con la seguridad de que el Estado monitorea y controla lo que ocurre en el mercado y que las empresas cumplen con todos los requisitos que impone la ley, desde la forma de manufacturar un producto, hasta su comercialización adecuada por un control “confiable”.

Ante la falta de otros indicadores y alertas, el consumidor en general, que no tiene la información necesaria sobre la situación del *modus operandi* de las empresas, ni la capacidad de análisis de ella, supone (confía) que el Estado le “permite” operar y que, además, controla su funcionamiento.

El sistema económico privado confiere confianza y seguridad al consumidor, porque está garantizado estructuralmente desde el Estado mismo por medio de las más variadas funciones.

Un sistema económico empresarial privado que opera fundamentalmente sobre la base de la confianza, requiere de una vigilancia estricta a los efectos de crear y mantener ésta en las empresas, con una doble función: por un lado, para dotar de una mejor protección a los intereses de los usuarios y, por otro lado, para proteger a todo el sistema, porque el incumplimiento de una empresa de las obligaciones con sus consumidores puede llevar a una desconfianza generalizada respecto de otras entidades del sistema, es decir, la crisis de una empresa puede arrastrar a este último a una crisis o desconfianza generalizada.

La estructura de contratación que crean las empresas, en concreto y en una

relación jurídica en particular, introduce elementos que refuerzan la apariencia específica de confianza y constituyen fuentes motivadoras de mayor credibilidad y seguridad jurídica, como hemos visto.

Todos estos factores generados por las empresas, llevan a causar en el usuario o consumidor la creencia de un adecuado funcionamiento de todo el sistema económico, de forma eficiente y segura, así como, en particular, para cada sector de la economía y cada empresa.

Esto quiere decir que el Estado, como ejecutor del poder de policía debe ser garante de la seguridad jurídica contractual del sistema, situándose en una posición de aval frente a los consumidores en general, quienes confían en estos dispositivos de seguridad atribuidos constitucionalmente a él.

El control del sistema económico es entonces generador de confianza y ello legitima la responsabilidad del Estado, conexas con esa posición de garantía derivada de su régimen jurídico constitucional.

La realidad cotidiana nos demuestra que las funciones a cargo del ente rector del sistema, el Estado, es deficiente y, en un sinnúmero de casos, omitivo.

Esta falta de control de los contratos de adhesión convierte al sistema en absolutamente inseguro, y ello implica mayores riesgos para los consumidores y usuarios. Es así que éstos deben soportar frecuentemente los perjuicios derivados de cláusulas abusivas que fijan elevadas tasas de interés y diversos tipos de cargos y comisiones por los servicios que consumen. Estas situaciones se repiten constantemente y constituyen una importante causa de daños económicos a los consumidores, pero fundamentalmente defraudan la confianza depositada (daño moral).

Si quien tiene a su cargo la obligación de proporcionar seguridad (el Estado) no

lo hace, porque no controla la eficiencia y seguridad de los contratos y no aplica las sanciones que correspondan en caso, por ejemplo, de irregularidades, es evidente que estamos frente a una situación de “traslados de riesgos hacia los usuarios y consumidores”, que la Constitución Nacional no prevé.

La confianza, entonces, otorga efectos especiales a determinadas situaciones jurídicas, haciendo nacer para quien sugiera determinada apariencia (las empresas) obligaciones específicas, en tanto las expectativas creadas pueden causar daños que deben ser reparados, especialmente el daño moral por el obrar desleal.

El estado también debe ser responsable por la causalidad por omisión en el cumplimiento de sus obligaciones específicas.

La confianza supone, entonces, una **seguridad jurídica especial** respecto de las expectativas de los consumidores y hace reparable su quebrantamiento.

10. CONCLUSIÓN.

Actualmente vivimos en un mundo globalizado, en una sociedad de consumo y en una economía de mercado, y como consecuencia de ello, las empresas invierten cuantiosas sumas de dinero en estrategias de “confianza” para facilitar que las mismas tengan un posicionamiento firme en el mercado y les permita operar a partir de ello con toda eficiencia económica.

Sin embargo, muchas veces estas estrategias se hacen con el solo fin de inducir a los consumidores o usuarios a contratar, y se introducen en los contratos de adhesión cláusulas abusivas que desvirtúan dicha confianza.

Es innegable el papel que juega la confianza en el ámbito económico, ya que esta no solo sirve para aumentar el potencial de las empresas, sino también, entre otras,

para romper la incertidumbre que tienen los consumidores o usuarios al momento de contratar y de adquirir bienes o servicios, creando así un marco favorable para su acceso al mercado.

Asimismo, la confianza facilita la gobernabilidad del contrato para el consumidor, permitiendo que se eviten o atenúen las incertidumbres y los riesgos a los que un contrato normalmente puede ser expuesto.

Cuando la confianza traspasa los motivos individuales del consumidor, y se proyecta generacionalmente dentro de una sociedad estructurada sobre pautas culturales y valores morales, esta se objetiviza y se acumula a modo de “capital económico” para las empresas.

La confianza también puede ser vista como un “capital social”, aquí resultará vital para el bienestar económico y la competitividad de las empresas en el mercado, quedando demostrado que una sociedad con ausencia de confianza produce rendimientos económicos deficientes, quebrantamientos empresariales, y constantes daños a los consumidores.

En este nuevo escenario de apertura económica y de mayor competitividad, coadyuvada por la integración y globalización de los mercados, la explotación de cualquier actividad hace que las empresas necesariamente deban recurrir a la “confianza”.

El consumidor o usuario que deposita su confianza en una empresa, contratando en función de esa confianza y lealtad, al verse esta vulnerada genera un “daño moral autónomo” con relación al contrato específicamente suscripto y que, en consecuencia, está más intensamente relacionado con su calidad de cliente que con su calidad de contratante en particular.

En definitiva, si un consumidor o usuario comprueba que el contrato contiene cláusulas abusivas, éste se siente defraudado y afectado en sus sentimientos, lo que merece ser reparado.

Capítulo V

REFLEXIONES FINALES

SUMARIO: 1. Conclusión final y propuesta.

1. CONCLUSIÓN FINAL Y PROPUESTA.

El resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual fue largamente debatido por años en nuestro derecho. La tendencia jurisprudencial en torno a la procedencia del daño moral en materia contractual es mucho más estricta que en materia extracontractual. Este criterio restrictivo adoptado por nuestros tribunales se fundamentaba en que, en el ámbito de las relaciones negociales, solo se podían afectar intereses pecuniarios. Debido a esta corriente restrictiva, el daño moral que derivaba de una relación convencional solo era reparado excepcionalmente.

Sin embargo, en base a lo desarrollado durante el presente trabajo, afirmamos convincentemente que este paradigma de pensamiento debe ceder frente a los lineamientos de la Ley de Defensa del Consumidor.

Con el tiempo, y en vista de la innegable trascendencia del consumo en nuestra vida cotidiana (abarcando diversos ámbitos como ser el económico, social, cultural, jurídico, etc.) los fallos jurisprudenciales han dado un giro sobre la cuestión, y se ha comenzado a conceder la reparación del daño moral ocasionado en la esfera de las relaciones negociales del consumo, como ser por ejemplo; ante la privación del uso del servicio de telefonía celular; rescisión intempestiva de un contrato de medicina prepaga, con la consiguiente interrupción de la cobertura médica; cancelación de tarjeta de crédito sin justificación válida, etcétera.

La Ley de Defensa del Consumidor provocó un gran impacto en todo nuestro ordenamiento jurídico, trazando gradualmente su autonomía hasta confirmarla definitivamente con la sanción de la ley 26.361.

La noción de “**relación de consumo**” es más amplia que la de “**contrato de consumo**”, ésta abarca tanto la órbita contractual como la extracontractual, sin embargo durante el desarrollo del presente trabajo, y sin dejar de lado la noción amplia del termino relación de consumo, nos hemos centrado por el daño moral contractual ocasionado al consumidor

La doctrina especializada se ha encargado de indicar cuales son los principales supuestos de reparación de daño moral contractual ocasionados al consumidor, dentro de los cuales veremos:

La publicidad: La publicidad hoy constituye una oferta contractual y ello no admite discusión sobre todo a partir de la vigencia del art. 8° de la Ley 24.240 que establece la fuerza vinculante de la publicidad respecto de las precisiones publicitarias y a las contenidas en anuncios, proyectos y circulares.

La sola divergencia entre la publicidad y el contrato, como así también la violación de la confianza a través de la inclusión de cláusulas abusivas, constituye en sí mismo un daño moral reparable.

La publicidad engañosa genera daño moral al producir una lesión a un interés jurídico espiritual.

La información: EL artículo 4° de la Ley de Defensa del Consumidor, no sólo constituye un verdadero principio general en materia de consumo, sino que consagra un derecho subjetivo del consumidor. Asimismo, debe aquí destacarse que la información contractual es la que el consumidor requiere o necesita durante la ejecución del contrato, revistiendo particular importancia la vinculada con el modo o empleo del servicio, siendo exigible el deber de información durante todo el tiempo de la ejecución del contrato y, con más razón, extensiva a los reclamos que el consumidor realice en

relación al servicio prestado.

Por lo tanto, la omisión de información genera daño moral al provocar una lesión a un interés jurídico espiritual.

El deber de seguridad en bienes y servicios: El artículo 5 de la Ley de Defensa del Consumidor, establece la obligación de seguridad en forma expresa en todo tipo de contratos de consumo y el factor de atribución aplicable al caso no es otro que la garantía, por lo que se trata de un deber contractual de resultado, cuyo incumplimiento trae aparejada la responsabilidad objetiva de la empresa deudora.

El incumplimiento del deber de seguridad genera daño moral cuando se afecta un interés jurídico espiritual y como tal debe ser reparado.

El trato digno: El art. 42 de nuestra Carta Magna se ha encargado de amparar el honor y el respeto que se le debe a toda persona, incorporando la expresión “trato equitativo y digno”.

Actualmente, nuestros magistrados se han encargado de señalar que “el trato irrespetuoso al cliente” o “la falta de trato digno y equitativo” son claramente condenables.

Estamos ante la evidencia de que la vulneración del trato digno y equitativo por parte de las empresas genera la obligación de reparar el daño moral ocasionado al consumidor.

Respecto al **régimen de reparación de daños al consumidor**, su autonomía cuenta con un amplio consenso en un sector de la doctrina nacional, que a la vez se ha visto consolidada a nivel normativo luego de la reforma de la ley 26.361, como ser el caso de la responsabilidad que emerge para los proveedores en materia de seguridad (art. 5), cuyos alcances no sólo se proyectan al contrato de consumo, sino a la relación

de consumo en sí; o como ser el caso de los daños causados al consumidor por el riesgo o vicio de la cosa o prestación del servicio (art. 40).

Por último, hemos visto que las empresas invierten cuantiosas sumas de dinero en estrategias de “**confianza**” para poder obtener un posicionamiento en el mercado. Sin embargo, muchas veces las empresas violan dicha confianza al incorporar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En dicho caso, y base a la investigación y al análisis realizado sobre la presente temática, hemos arribado a la siguiente conclusión:

Las empresas generan confianza a través de herramientas como la publicidad y el *marketing*, esto hace que los consumidores o usuarios se sientan interesados por contratar con dichas empresas, con el fin de satisfacer sus intereses de consumo.

El consumidor que confía en una empresa y en la calidad y seguridad de sus bienes y servicios, lo hace porque espera que ella se comporte en forma predecible, conforme a las expectativas que ella misma generó como antecedente. Generar confianza, entonces, implica otorgar certeza sobre algún acontecimiento futuro, especialmente seguridad jurídica, es decir, no incorporar cláusulas que genética o posteriormente resulten abusivas.

Con el tiempo, dentro de un marco económico y socio-cultural estable, la confianza se objetiviza y se acumula a modo de “capital económico” para las empresas.

Además, esta confianza comienza a ser vital para el bienestar económico y la competitividad de las actuales empresas en el mercado, debido a que ésta opera como “capital social” y claramente una empresa con ausencia de confianza produce rendimientos económicos deficientes, y pero aún, constantes daños a los derechos de los consumidores.

A su vez, observamos que la confianza es un “recurso económico jurídico” que

se acumula como cualquier otro capital, representando así uno de los activos más importantes para las empresas actuales.

Es indudable que dentro de este nuevo marco socio-económico las empresas deban recurrir permanentemente a la confianza. Lo vemos a diario en la publicidad masiva y en las constantes ofertas de consumo que nos rodean. De esta forma, la confianza pasa a ser un **“valor de lealtad”** para el consumidor, y aquí es cuando nos vemos en la necesidad de **proteger la confianza** que un contratante deposita en la lealtad del otro, y en caso de defraudarla incorporando cláusulas abusivas en los llamados contratos de adhesión, establecer la reparación del daño moral que se le ha ocasionado.

Concluyendo con el presente trabajo, y en base a toda una investigación y análisis de la temática planteada, queda por concluir y proponer lo siguiente:

- La regulación de la confianza, en la Ley de Defensa del Consumidor, como un hecho económico jurídico autónomo para que nazcan obligaciones.
- La violación de la confianza del consumidor por parte de la empresa proveedora, generará un daño moral autónomo con relación al contrato suscripto.
- La causación de daño moral por la mera incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, constituirá un factor de responsabilidad objetivo.
- El Estado en función al ejercicio del poder de policía en el ámbito mercatorio, será responsable objetiva y solidariamente junto con las empresas por los agravios morales ocasionados a consumidores o usuarios, conforme lo estipulado por el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Acorde a lo estipulado anteriormente, podemos afirmar que la protección de la

“confianza” del consumidor en las empresas, en una economía de mercado, constituye un centro de atribución autónomo y objeto de responsabilidad, que tiene operatividad y autonomía propia.

Su quebrantamiento constituye fundamento suficiente para el nacimiento de la reparación del daño moral, abriendo así un camino más en los hechos fuentes generadores de daños.

Tratamos de consolidar en la Ley de Defensa del Consumidor, como fuente generadora de daños, el abuso de la actividad económica reflejada en la inseguridad jurídica que provee la inclusión de cláusulas abusivas.

Tanto el Estado como las empresas son responsables objetiva y solidariamente por la reparación del daño, conforme lo estipulado por la ley de defensa del consumidor 24.240, art. 40, en cuanto establece la responsabilidad objetiva y solidaria de todos los integrantes de la cadena de fabricación y comercialización de los bienes y servicios que se materializa con cláusulas abusivas.

En síntesis, proponemos que la confianza constituya un centro de atribución autónomo y objetivo de responsabilidad, el cuál debe ser incorporado al régimen de reparación de daños al consumidor en la Ley 24.240.

BIBLIOGRAFÍA

a) General

Gherzi, Carlos A. Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial. 5ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2002.

Gherzi, Carlos A. Derechos y responsabilidades de empresas y consumidores. Buenos Aires. Mora. 1995.

Nicolau, Noemí L. Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato. Parte especial. Impacto del régimen del consumo sobre la teoría general del contrato. Tomo I. 1ª ed. Buenos Aires. La Ley. 2009.

Venini, Juan C. Responsabilidad por daños contractual y extracontractual. Rosario. Juris. 1990.

Zannoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2005.

b) Especial

Ariza, Ariel (Coordinador). La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361. Contratación inmobiliaria. Crédito para el consumo. Títulos de crédito. Contratos administrativos. Derecho procesal. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2008.

Farina, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea. 2004.

Gherzi, Carlos A. Daño moral y psicológico. Daño a la psiquis. Cuantificación económica. 3ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires. Astrea. 2006.

Lorenzetti, Ricardo L. Consumidores. 2ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 2009.

Pérez Bustamante, Laura. Derechos del consumidor. Buenos Aires. Astrea. 2004.

Vázquez Ferreyra, Roberto A. Protección y defensa del consumidor. Buenos Aires. Depalma. 1994.

ÍNDICE

1. Resumen.....	3
2. Estado de la cuestión.....	4
3. Marco Teórico.....	7
4. Introducción.....	9

Capítulo I

LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DAÑO EXTRAECONÓMICO, MORAL Y PSICOLÓGICO EN EL CÓDIGO CIVIL

1. Introducción.....	13
2. El daño moral en los ámbitos extracontractual y contractual, según la normativa original de Vélez Sársfield.....	13
2.1. División metodológica del originario art. 1078 del Código Civil.....	16
3. La reformulación del daño moral tras la sanción de la ley 17.711.....	22
3.1 Análisis metodológico de la reforma de 1968.....	23
4. Daño Psicológico.....	31
5. Conclusión.....	32

Capítulo II

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO MORAL

1. Introducción.....	36
2. Concepto de daño moral.....	36
3. Naturaleza jurídica acordada por la jurisprudencia.....	37
4. Legitimación activa y pasiva.....	40
5. El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual.....	48
6. Diferencia jurisprudencial entre daño moral y psicológico.....	50
7. Naturaleza jurídica y autonomía del daño a la psiquis.....	52
8. Conclusión.....	53

Capítulo III

EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR

1. Introducción.....	57
2. Características de la Ley de Defensa del Consumidor.....	58
3. Objeto y beneficiarios de la ley.....	58
4. El daño moral contractual y la defensa del consumidor.....	60
5. La relación de consumo.....	63
6. La publicidad.....	66
7. La información.....	67
8. Deber de seguridad en bienes y servicios.....	69
9. El trato digno.....	74
10. Autonomía del régimen de reparación de daños al consumidor.....	76

10.1. Principales características del régimen de reparación de daños según Ley 24.240 y sus modificaciones.....	78
11. Conclusión.....	83

Capítulo IV

DAÑO MORAL AUTÓNOMO POR LA MERA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Introducción.....	87
2. El sistema para generar confianza en el mercado.....	89
3. La confianza como superación de la incertidumbre en los consumidores.....	91
4. Las conductas empresariales generadoras de confianza en los consumidores.....	92
5. La confianza como modelo de operatividad para la contratación con consumidores.....	93
6. El cumplimiento de la ley de defensa del consumidor como modelo empresarial confiable.....	95
7. El valor de la confianza y la lealtad del consumidor.....	96
8. La protección jurídica de la confianza referenciada desde el consumidor.....	98
9. La responsabilidad del Estado frente a consumidores y usuarios, por omisión del control en la generación de “falsa confianza”.....	101
10. Conclusión.....	104

Capítulo V

REFLEXIONES FINALES

1. Conclusión final y propuesta.....108
2. Bibliografía.....114