

EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Por Graciela Ritto, Julián Jalil y Guillermina Sosa

Resumen

El presente artículo tiene por objeto abordar el tratamiento del daño moral en el ámbito contractual, en particular, en el ámbito del derecho de consumo, a los fines de verificar cuál es la tendencia doctrinaria y jurisprudencial.

Abstract

His article aims to deal with moral damage in the contractual field, especially in the consumers' area, in order to verify what is the doctrinal and jurisprudential trend.

Palabras clave

Consumidor, publicidad, información, seguridad, trato digno.

Keywords

Consumer, publicity, information, security, traitment meritorious.

El Concepto de Daño Moral¹

Conceptualizar el daño moral es una tarea esencial en nuestro trabajo. Es el punto de partida y de llegada hacia su reparación integral en el ámbito contractual y en el marco constitucional de defensa del consumidor.

Tal es la trascendencia del concepto que abordemos que incidirá en la problemática de su cuantificación y fundamentalmente en la legitimación activa para reclamarlo. (Ritto, Graciela, 2010,23).

Precisar en qué consiste el daño moral conllevará consecuencias tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable. "...Los límites cualitativos y cuantitativos del derecho del primero y la obligación de resarcir del segundo pasan por la cuestión conceptual...". (Pizarro, Ramón, 2000, p. 23).

La pregunta inicial sería qué es el daño. En un sentido amplio se lo identifica con la ofensa o la lesión a un derecho, a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial y este es el alcance que se le otorga en el derecho penal y también en el derecho civil.

¹ Por Graciela Ritto

Los artículos 519, 1068, 1069 y 1078 del Código Civil se refieren al daño y el 1067 dice que no hay deber de reparar sin daño pero no explica qué es el daño.

En definitiva el daño patrimonial para nuestro Código es “perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria” pero daño es sinónimo de perjuicio.

Finalmente, el artículo 1078 en su primer párrafo establece que además de la indemnización del daño patrimonial es resarcible el daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y tiene su correlato en el art. 522 que en los casos de indemnización por responsabilidad contractual prevé que será facultativo para el juez condenar al responsable a la reparación del agravio moral.

En la redacción anterior a la Ley 17.711, el 1078 regulaba que “si el hecho fuese un delito de derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de 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”.

Es decir, que aunque sólo era resarcible el agravio moral si derivaba de un delito de derecho penal, la norma diferenciaba con mayor precisión el daño patrimonial y el moral, al hablar de las pérdidas e intereses en el primer caso y del sufrimiento en su seguridad personal, en el goce de sus bienes o en sus afecciones legítimas, en el segundo.

En rigor de verdad, antes de la reforma de Borda, la norma predeterminaba las circunstancias fáctico - jurídicas que daban nacimiento al agravio moral.

El artículo 522 regula textualmente que “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

Hemos citado el texto normativo pero el concepto de daño es fundamentalmente un concepto doctrinario.

En una primera aproximación al tema podríamos inferir que desde la letra del código el daño es perjuicio patrimonial que se traduce en pérdidas e intereses o agravio moral y que no hay obligación de reparar sin daño.

Y que evidentemente hay una estrecha relación entre el daño y su consecuencia, la obligación de resarcir, pero no nos parece, prima facie, adecuado, definir por las consecuencias una institución de derecho.

También en un primer intento analítico podríamos considerar que el daño es una lesión, un menoscabo, a un interés jurídico patrimonial o extrapatrimonial que debe ser reparado.

El daño moral como lesión a un interés jurídico espiritual:

Queremos puntualizar que compartimos las ideas de nuestro maestro, el doctor Alberto Bueres, quien brinda una concepción objetiva del daño moral y le otorga significado propio sin desmerecer las consecuencias provocadas por el perjuicio.

Esta concepción objetiva será para nosotros el punto de partida y de llegada en la temática que intentamos analizar: la procedencia del daño moral en el caso de vulneración de los derechos del consumidor.

Por ello, pensamos que es relevante citar textualmente su concepto de daño moral y el análisis del mismo realizado por el autor.

“El daño moral, cuando menos en una acepción primaria o pura – es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que a de ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual).

El significado expuesto presenta las siguientes características:

1) Por de pronto, hemos puesto el acento en los intereses a seleccionar por el intérprete (y no en los bienes –o derechos, o en las consecuencias).

2) Estos intereses han de ser jurídicos (amparados por el Derecho). En otros términos, ha de tratarse de intereses que es de justicia reparar. Alguna vez dijimos que la juridicidad no puede quedar reducida a la anémica o esmirriada noción de los idealistas enlazada con un derecho subjetivo, normalmente absoluto, e incluso limitado o recortado en punto a la extensión de las necesidades a satisfacer. La juridicidad que predicamos no se detiene en la positividad de la norma, sino que apunta a todo el ordenamiento como totalidad (a todas las fuentes del Derecho como expresión de lo justo). (el resaltado nos pertenece). Va de suyo que dentro de un amplio sistema de atipicidad del daño, han de tener cabida los llamados intereses de hecho o intereses simples en tanto y en cuanto ellos sean serios y lícitos, pues el reconocimiento de dichos intereses es un reclamo de la equidad y de la solidaridad social.

3) El interés conculcado ha de ser espiritual (o extrapatrimonial). Nos apresuramos en aclarar que resaltamos principalmente lo espiritual de la necesidad que se afecta.

4) En corolario de lo afirmado precedentemente, el daño moral debe tener un contenido subjetivo o, con arreglo a otras miras, debe tener consecuencias espirituales. Bajo esta óptica, es aceptable que se diga que en el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, querer y de sentir – que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial - .Claro está que para algunos autores esta definición encierra el concepto de daño moral, mientras que nosotros pensamos que la proposición conceptualiza, al menos en una primera acepción, sólo las consecuencias – o si se prefiere el contenido – del susodicho perjuicio espiritual. [] El daño en sentido estricto, cabal rigurosamente técnico, etcétera, es el enunciado (lesión a un interés jurídico), el hecho de que admitamos la homogeneidad entre el interés y sus repercusiones, posibilitaría con un

criterio eminentemente pragmático y abreviando pasos, admitir como segunda acepción del daño la que lo conceptualiza al tenor de sus secuelas, de sus trascendidos. (Bueres, Alberto, 256, 1994).

Elegimos esta concepción porque nos parece la más estricta jurídicamente y abarcativa de todas las aristas de la temática que nos ocupa. Ello, así, dado que:

- Parte de la lesión o menoscabo a un interés jurídico (no a los bienes ni derechos).

Es importante recordar que en los primeros tiempos sólo se consideraba resarcible la lesión de un derecho o de un interés legítimo.

Posteriormente se aceptó como resarcible el simple interés no contrario a derecho que fue precisado por el doctor Eduardo Zannoni al sostener (en, 1993, p. 29) que: “el daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyere el sustento de un derecho subjetivo, es una facultad que ciertamente integra la esfera de su actuar lícito, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a un interés - cualquiera que sea éste – produce en concreto, un perjuicio”.

- Explicita su contenido subjetivo o espiritual.
- Afirma el carácter espiritual de sus consecuencias como modificación disvaliosa del espíritu, pero sin confundir el significado del instituto con su exteriorización.

Finalmente pensamos que es indispensable diferenciar el daño moral del llamado por la doctrina daño a la persona.

El daño a la persona, daño corporal para los franceses, es el perjuicio causado a la vida de un sujeto o su integridad psicofísica y puede generar daño patrimonial o moral.

Por otra parte, el daño moral es siempre un daño a la persona pero para nuestra normativa sólo existe daño patrimonial y agravio moral que generan la obligación de reparar.

Daño Moral Contractual y Extracontractual:

El Código Civil consagra un doble régimen de responsabilidad: la originada en el incumplimiento obligacional (arts. 505 a 514, 519 a 522, 622 y concordantes) y la aquiliana (arts. 1066 y siguientes, 901 y concordantes, siendo las diferencias fundamentales la extensión del resarcimiento y el plazo de prescripción liberatoria.

En lo que interesa a nuestro objeto de estudio, el Código trata del daño moral contractual en el artículo 522 y del extracontractual en el 1078.

En el ámbito contractual o de incumplimiento obligacional, el artículo 522 prescribe que: “...En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez

podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso...”.

En el ámbito extracontractual, el artículo 1078 regula: “...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 causado a la víctima...”.

Mosset Iturraspe (en 1999, 99) reflexiona acerca de los dos regímenes de responsabilidad y afirma que en el artículo 1078 hay una responsabilidad con base legal, genérica y abstracta que el juez debe aplicar probado el daño y en el artículo 522, la responsabilidad tiene base judicial en la equidad y es facultativo para el magistrado condenar o no el daño moral.

La responsabilidad aquiliana tiene su fundamento en el principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*) de base constitucional.

Las dos corrientes de interpretación del artículo 522 del Código Civil:

La tesis amplia: es partidaria de reparación de todo daño moral existente o demostrado.

El podrá del artículo 522 carece de sentido (Bueres), o bien debe leerse como podrá si no está probado pero deberá si el daño moral se demuestra (Brebba). No puede ser entendido como una facultad discrecional (Trigo Represas). (Mosset Iturraspe, 1999, p. 101).

Requisitos para la procedencia de la indemnización: la existencia de un contrato válido, un incumplimiento de las obligaciones emergentes del mismo, el factor de atribución de responsabilidad objetivo o subjetivo que haga imputable el incumplimiento del deudor, la relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento y el daño y un daño moral resarcible.

En lo relativo a la prueba se enfatiza que debe ser acreditado debidamente por la víctima o bien procede cuando resulta resulta notorio según Bueres (Jornadas de San Juan).

La tesis restringida: El podrá atiende a la potestad del magistrado y reconoce su origen en el Código suizo de las obligaciones (arts. 47 y ss.).

En esta corriente están los que alegan que el daño moral debe ser grave en su intensidad, los que defienden la prueba indubitable, los que no reconocen el dolor contractual sino los daños a la persona, los que postulan la sanción mixta (sanción al ofensor y reparación para el damnificado) y entonces exigen culpa grave o dolo para hacer lugar a la indemnización.

Incorporan así exigencias que no se derivan de la norma: gravedad del sufrimiento, prueba del dolo, intensidad para negar las simples molestias y dar lugar a las molestias más profundas (Ritto, Graciela, 2010, p. 62).

Para esta concepción la sentencia que hace lugar al daño moral contractual no sería declarativa sino constitutiva del derecho, y este carácter constitutivo de la sentencia está íntimamente vinculado a la sanción ejemplar.

Al respecto, Llambías (1973, p. 353), que es uno de los máximos defensores de la sanción ejemplar, discurre que: "...Es interesante poner de relieve la fórmula muy apropiada del art. 522. No determina una automática indemnización de todo daño moral proveniente de un contrato... En esa locución son importantes: 1) el podrá que remite a la prudencia y discreción del juez 2) el condenar que aclara el sentido punitivo y no resarcitorio que en esa situación tiene la sentencia. 3) la mención del agravio moral que ciñe el pronunciamiento al daño moral intencionado o proveniente del dolo del deudor, 4) el causado que indica la necesidad de que el dolo del deudor sea la causa eficiente de la lesión. No se trata pues de medir o ponderar un daño, sino de apreciar la gravedad de una falta a fin de graduar, justamente, es decir con justicia, la importancia de la pena a que el deudor se ha hecho merecedor..."

Daño moral por incumplimiento obligacional o contractual:

Ya nos detuvimos en los presupuestos de su configuración pero es menester resaltar que debe existir una obligación preexistente emanada de un contrato válido (no viciado de nulidad) o de otra fuente obligacional.

Pizarro insiste (2000, p. 152) en que en la llamada órbita contractual es más amplia de lo que parecería y por analogía abarca otros supuestos, así la doctrina admite que se apliquen sus preceptos en materia de actos jurídicos unilaterales entre vivos, de contenido patrimonial, involucrando a las obligaciones emergentes de la voluntad unilateral y a la gestión de negocios, regida por las acciones del mandato, en la medida de la utilidad de la actividad.

La legitimación activa para reclamar daño moral contractual:

Es el acreedor, en principio, el único titular de la acción resarcitoria como consecuencia del principio de la relatividad de las convenciones (arts. 503, 1195 y concordantes).

En definitiva, el artículo 522 del CC consagra la reparación del daño moral en materia obligacional.

La doctrina discute el alcance del rol del juez que prescribe la normativa y pensamos siguiendo a Pizarro (2000, p. 160) que la función del magistrado es la misma, tanto en los actos ilícitos como en el incumplimiento contractual.

En este sentido reflexiona el prestigioso jurista citado precedentemente que: “ No alcanzamos a comprender por qué en materia contractual el rol del juez debe ser de equidad y en la órbita aquiliana de justicia ...La equidad (valor fundado) es uno de los caminos que permiten llegar a la justicia (valor fundante) pero no el único. Está también la seguridad, que no puede ser soslayada en esta materia...”.

Creemos que el daño moral derivado de un ilícito contractual o extracontractual debe recibir el mismo tratamiento por el ordenamiento jurídico si la responsabilidad civil se basa en el damnificado y en este orden de ideas se expidió el despacho final de las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984. (Zavala de González, Bueres, Vazquez Ferreira, Gabriel Stiglitz, Chiappero de Bas, Sandioval Luque, Junjet de Sandoval y Pizarro).

Asimismo han adoptado esta línea de pensamiento jurídico, los proyectos de reforma del Código Civil de 1987, el proyecto de la Comisión de Legislación General (con sanción de la Cámara de Diputados) y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1992. (la indemnización comprende el daño moral).

Y en rigor de verdad, esta es la jurisprudencia dominante en la actualidad, que se concreta aún más en las relaciones de consumo, en las que impera el principio de la interpretación pro consumidor (art. 3º de la ley 24.240).

En este ámbito, el doctor Carlos Alberto Ghersi y la doctora Celia Weingarten (2008, p. 237) argumentan que: “...La Ley del Consumidor en el artículo 40 establece precisamente a través del daño causado por el riesgo y vicio del bien o servicio, la unificación del campo contractual y extracontractual, incorporando además a los obligados a la reparación en forma solidaria, a la cadena de producción / comercialización...”.

El daño moral extracontractual:

El acto ilícito es la vulneración del deber de no dañar a las personas, en sí mismas o en sus bienes, *neminem laedere*.

Pero al decir de Mosset Iturraspe (1999, p. 156): “No es verdad que baste o sea suficiente para responsabilizar al agente del daño causado; es preciso además que ese daño sea el resultado del obrar antijurídico...”.

Existe un deber de no dañar a otro consagrado en el artículo 19 de nuestra Carta Magna, y por supuesto el daño es un presupuesto de la responsabilidad civil y la antijuricidad es otro de los presupuestos, concurrente pero distinto al daño.

De conformidad con la redacción del artículo 1078 de la ley 17.711, para la procedencia de la indemnización del daño moral es suficiente un ilícito civil, ya no un delito de Derecho Penal como en la etapa anterior a la reforma de Borda.

El ilícito civil puede ser o no un delito de derecho criminal, tampoco es necesario que se trate de un ilícito intencionado, realizado con ánimo de perjudicar, un delito (art. 1072). Tanto en el delito como en el cuasidelito (art. 1109) corresponde la reparación del daño moral.

Hemos abordado la problemática del daño moral contractual y extracontractual, por lo que pensamos que es oportuno ahora referirnos a los presupuestos del daño moral resarcible que son comunes a ambos regímenes de responsabilidad.

Los requisitos del daño moral resarcible:

En opinión del destacado jurista Pizarro (2000, p. 102) que compartimos, el daño moral debe ser cierto, personal – aunque no necesariamente exclusivo – del damnificado y derivar de la lesión a un interés jurídico o espiritual.

La prueba del daño moral:

Los doctores Carlos Alberto Guersi y Celia Weingarten (2008, p. 256) exponen que el daño moral debe ser, en principio, probado por quien pretende haberlo sufrido, salvo cuando se presenta como un hecho notorio y evidente (el de la cónyuge y los hijos del causante) en cuyo caso no se requiere prueba específica, pues es obvio y debe presumirse. (daño in re ipsa).

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 obligatorio (art. 522).

Aún así sigue el debate doctrinario al que nos referimos precedentemente, 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 señala Pizarro (1998, p. 120) la prestación siempre debe tener contenido patrimonial (art. 1169, Cód. Civ.) pero en cambio el interés o utilidad del acreedor en esa prestación puede ser variable y asumir según las circunstancias, carácter patrimonial o extrapatrimonial.

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

Pensamos que este paradigma de pensamiento cede frente a los lineamientos de la Ley de Defensa del Consumidor.

En este orden, hemos dicho y constatado 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.

La relación de consumo:

Gherzi explica (2005, p. 30) 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.

Alude luego 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 se concretó en 1993 con la sanción de la ley 24.240 y sus posteriores modificaciones de 1998 (ley 24.999) y del año 2008 (ley 26.361).

El prestigioso doctrinario considera, con estricta lógica, al contrato de consumo como una subcategoría de la categoría de estructura por adhesión.

En esa inteligencia, el artículo 38 de LDC dispone: Contrato de Adhesión. Contratos en Formularios. 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 de adhesión, en la que es indudable la presencia de un contratante en inferioridad de condiciones que debe aceptar cláusulas predisuestas.

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. (Gelli, 2008, p. 458).

La Constitución Nacional comienza declarando los derechos de 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.

Publicidad e Información:

Carlos Gherzi enfatiza que la negociación individual se efectúa mediante preofertas, tentativas o propuestas (art. 1148 CC) y la de adhesión se concreta por sistemas de mercadocracia, tales como la publicidad, el marketing. (Gherzi, 2005, p. 34).

El art. 8º de la LDC 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 considera 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 será conforme a las publicidades previas, su prestigio, su marca, 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.

La publicidad hoy constituye una oferta contractual y ello no admite discusión sobre todo a partir de la vigencia del art. 8º 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 publicidad engañosa genera daño moral al producir una lesión a un interés jurídico espiritual.

Con fecha 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.

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 C. Nac. Civ, Sal A, R. 161.722 del 5/4/1995).

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

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. (Kemelmajer de Carlucci, 1994).

El doctor Lorenzetti 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, los relativos a la funcionalidad de la cosa o el servicio. (Lorenzetti, 2003).

La LCD dispone el deber de información en el artículo 4º que incluye la publicidad del 8º, 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 LCD, sino también en la Constitución Nacional, la Ley de Lealtad Comercial, el Código Alimentario, la Ley de Medicamentos. (Mosset Iturraspe, y Wajntraub, 2010).

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

El artículo 4º de la LCD 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 (Pita y Moggia De Samiter , 2006).

Deber de seguridad en bienes y servicios:

El artículo 5º - Protección al Consumidor de la LCD 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 se conjuga con el artículo 6º.

El art. 6º establece que: Cosas y Servicios Riesgosos. 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.

Gherzi 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 art. 5º de la LCD para las relaciones de consumo (Gherzi, 2005).

El artículo 5º- Protección al Consumidor de la LCD prescribe 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.

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.

En la misma línea de ideas, se ha dicho que el artículo 5º de la LCD establece la obligación de seguridad en forma expresa en todo tipo de contratos de consumo y que 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. (Jorge Mosset Iturraspe, Javier Wajntraub, 2010, 85).

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. (Hernández, 2009).

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

Ello así, nos interesa resaltar el fallo de la Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza (C4aCivComMinasPazyTribMendoza) ~ 2010-09-02 ~ 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

Ya hemos sostenido que son aspectos a destacar que ha meritado el Tribunal: 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 (Ritto, 2011).

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 5º de la Ley 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.

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.

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.

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). (RCyS2010-VI, 240).

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.

En palabras de Lorenzetti (1995), la regla de justicia es que debe tratarse a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual.

- Lowenrosen señala que al 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
- Es objeto de atención deficiente o irrespetuosa por dependientes del proveedor
- por éste mismo;
- Debe esperar mucho tiempo para ser atendido;
- No se le solucionan sus reclamos y quejas, o se diferieren, o cuando al presentarla
- es objeto de burla,
- Es tratado como un delincuente cuando se activa alguna alarma en el local comercial donde se realiza la relación de consumo;
- El local donde se desarrolla la relación de consumo se encuentra en condiciones antihigiénicas;
- Se difunden fotos sin su autorización, etc. (Lowenrosen)².

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 24 Nominación 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 el Sr. FC estaba en vigencia.

² Recuperado de www.eldial.com.ar

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, reafirmando este argumento en segunda instancia (Imbrogno, 2005).

Algunas conclusiones finales relativas al daño moral y la defensa del consumidor:

Hemos iniciado este trabajo sosteniendo que aún está vigente en nuestra doctrina y jurisprudencia el carácter restrictivo de la procedencia del daño moral en materia contractual y que a nuestro criterio este paradigma cede ante los lineamientos de la Ley de Defensa del Consumidor.

Y a medida que avanzamos en nuestra investigación 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 y ser de carácter autónomo.

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.

Ese carácter autónomo del daño moral ha sido consagrado por nuestra Corte Suprema en Santa Coloma de 1986.

En el mismo orden de ideas, Carlos Ghersi señala la creación de nuevos supuestos de responsabilidad de atribución objetiva como lo son la ausencia o defectos en la información (art. 4º LCD), la obligación legal de seguridad (art. 5º de la LCD), el trato indigno, las prácticas abusivas (Ghersi, 2011.)

Es indudable que la publicidad engañosa, la ausencia de información, el incumplimiento de la obligación de indemnidad, el trato indigno generan daño moral.

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 esencial, la tarea jurisprudencial el marco de un derecho de daños de rango constitucional.

PREMISAS ESGRIMIDAS POR LA JUDICATURA ARGENTINA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL CONTRATO DE TELEFONIAS MOVILES EN EL MARCO DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

”...Si murmurar la verdad fue la única justicia de los débiles, la responsabilidad civil en la actualidad no puede ser otra cosa que la igualdad de estos sobre los fuertes...”³

1.- GRADO DE INSTRUCCIÓN DE USUARIO DE TELEFONOS CELULARES Y MAGNITUD DEL INCUMPLIMIENTO.

El sistema legal de defensa al consumidor es de orden público, aplicándose a toda relación contractual de consumo sin atender al nivel de instrucción que pudiera tener el consumidor. Desde esta perspectiva, una empresa de telefonía no puede ampararse en la circunstancia que el usuario era instruido en derecho, pues el supuesto de hecho que torna operativa la norma es la especial situación de vulnerabilidad comercial frente al proveedor o empresario.⁴

Atendiendo la regla de interpretación de los principios de la ley de defensa del consumidor, que en su art. 3° establece su aplicación en la forma más favorable al consumidor, la circunstancia de que el lapso de interrupción del servicio de telefonía celular sea breve y que el daño sea considerado pequeño no exime de responsabilidad a la empresa prestadora del servicio de telecomunicaciones, pues esa condición no está establecida expresa o implícitamente por la ley, ni resultan de los principios, los cuales declaran que todo daño es resarcible.⁵

³ Por Julián Emil Jalil

⁴ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Marceillac, Juan I. c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. 10/04/2006, LLBA 2006, 1218, AR/JUR/3884/2006. Igual Sentido: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, "Martinelli, José A. c. Banco del Buen Ayre", 20/11/1997, LLBA 1998, 511.

⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Vasquez, Gabriel Fernando c. CTI PCS S.A. 23/03/2010, RCyS 2010-VIII , 213, AR/JUR/14409/2010. En este sentido se resolvió que debía responsabilizarse a una empresa de telefonía móvil por los daños y perjuicios causados a un cliente como consecuencia del cumplimiento tardío de un acuerdo conciliatorio homologado por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor y en el cual se había comprometido a cancelar una línea telefónica y los cargos de cobranza mal facturados, toda vez que el usuario se vio perjudicado por su accionar, máxime si cumplió en tiempo oportuno con su parte del convenio. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, Díaz Cisneros, Adriano Patricio c. CTI PCS S.A., 09/12/2009, DJ 02/06/2010, 1494, JA 2010-III, 37, AR/JUR/61927/2009. Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que corresponde ordenar a la empresa prestataria del servicio de telefonía móvil demandada a restituir, dentro del plazo de 60 días, lo indebidamente cobrado a cada usuario en concepto de "tasa de control, fiscalización y verificación" y de "aporte al Fondo Fiduciario del Servicio Universal", con más los intereses que aplica para el caso de mora en el pago de las facturas, y a indemnizar al usuario con un crédito equivalente al 25% del importe cobrado ilegítimamente desde que la obligación de pagar dichos conceptos se encuentra en el ámbito patrimonial del prestador del servicio, sin que nada autorice a trasladar su costo al cliente. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala IV, Unión de Usuarios y Consumidores c. Movicom Bell South y otro, 22/11/2007, LA LEY 14/12/2007, 5, LA LEY 2008-A , 132 , LA LEY 04/04/2008 , 4 con nota de Dante D. Rusconi, LA LEY 2008-B , 572 con nota de Dante D. Rusconi, DJ 09/04/2008 , 940, DJ 2008-I , 940 LA LEY 2008-C , 151,

2.- LOS DERECHOS DEL CONSUMO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LA LEGITIMACIÓN COLECTIVA PARA LA DEFENSA DE LOS MISMOS.

El art. 42 de la Constitución Nacional pone en cabeza de los consumidores y usuarios derechos plenos, un poder de exigir atribuido a la voluntad de cada uno, por lo que tales derechos son operativos, sin necesidad de que se dicte una ley que los instrumente para poder hacerlos valer.⁶ Por su parte, conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Halabi", la legitimación aludida en el art. 43 de la Constitución Nacional resulta operativa respecto de reclamos que involucran derechos de incidencia colectiva comprensivos de intereses individuales homogéneos, como ser los derechos patrimoniales de los usuarios y consumidores.⁷

Con relación a las acciones colectivas contra las empresas de telefonías móviles, constituye un recaudo indispensable para su procedencia, la acreditación de un interés colectivo. Al respecto se consideró que debía rechazarse la acción de amparo colectiva incoada por una asociación de usuarios contra una empresa de telefonía móvil, por las fallas detectadas en un equipo celular que aquella comercializa, pues no se acreditó la existencia del interés colectivo expuesto en la demanda, ya que solo se han incorporado a la causa los nombres de los adquirentes del equipo, sin acreditarse el carácter de usuarios perjudicados o lesionados en sus derechos.⁸

3.- CARÁCTER DE LA OBLIGACION ASUMIDA POR LAS EMPRESAS PRESTADORAS DEL SERVICIO DE TELEFONÍA.

Las obligaciones que asumen las empresas prestadoras de servicios telefónicos frente a los usuarios son de resultado, pues éstos contratan con el único fin de poder

Sup. Adm. 2008 (abril) , 50, AR/JUR/7607/2007. Ver También: CNContenciosoadministrativoFed, sala II, "Movistar S.A. c. S.C. e I.", 29/06/2000, LA LEY 2001-B, 313 - DJ 2001-2, 318

⁶ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contenciosoadministrativo Nro. 6, Unión de Usuarios y Consumidores c. Secretaría Comunicaciones Dto. 764/00, 18/03/2009, Sup. Adm. 2009 (agosto) , 68 , LA LEY 2009-D , 716, AR/JUR/1966/2009.

⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, Consumidores Libres Coop. Ltda. de Pr. de Serv. de Acc. Com. c. AMX Argentina S.A. 30/10/2009, LA LEY 22/03/2010 , 6 con nota de Gabriel Martínez Medrano, LA LEY 2010-B , 416 con nota de Gabriel Martínez Medrano, AR/JUR/60115/2009. en "Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04", 24/02/2009, LA LEY 02/03/2009, 8, con nota de Juan Vicente Sola; LA LEY 2009-B, 157, con nota de Juan Vicente Sola; LA LEY 04/03/2009, 8, con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli; Roberto J. Boico; LA LEY 2009-B, 189, con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli. Nuestro Máximo Tribunal dispuso al respecto que frente a la falta de una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase —en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos—, el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular, pues donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, principio éste del que ha nacido la acción de amparo, ya que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para su vigencia efectiva.

⁸ Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sosa, Beatriz c. A.M.X. Argentina S.A. DEN., Comercial Claro p/ac. Amparo, 01/07/2011, LLGran Cuyo 2011 (diciembre) , 1142 con nota de José Luis Correa, AR/JUR/43573/2011

comunicarse y aquéllas se comprometen a que esa posibilidad realmente exista, al margen de la diligencia con que se actúa para lograrlo, por ende, el factor atributivo de responsabilidad por las deficiencias del servicio prestado -en el caso, se adjudicó un número con un prefijo distinto al correspondiente al domicilio del actor- es objetivo, al cliente le basta con demostrar la incomunicación y la empresa sólo puede liberarse de ella acreditando caso fortuito o fuerza mayor, culpa de un tercero por quien no deba responder o culpa exclusiva o concurrente de la víctima.

En el caso de obligaciones de resultado, la acreditación de la circunstancia objetiva de la no obtención de lo perseguido desplaza a la culpa en razón de que la prestación tenía por meta un objetivo concreto; de allí que no resulte apta para morigerar el monto de la condena originada en la deficiente prestación del servicio de telefonía celular por parte de la empresa de telefonía móvil, la argumentación vertida por ésta en el sentido de que se trató de un error atribuible a título de culpa pero nunca de dolo o malicia.⁹

4.- LA APLICACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS ANTE INCUMPLIMIENTO DE LAS EMPRESAS DE TELEFONIAS MOVILES.

Preliminarmente corresponde señalar que el daño punitivo reclamado a una empresa de telefonía resulta improcedente, si no se vislumbra un obrar grave y malicioso de aquélla,¹⁰ pues los elementos probatorios debe surgir un daño derivado de una imputación subjetiva agravada. Por su parte, a los fines de la procedencia de la indemnización por daño punitivo contemplada en el art.52 bis de la ley 24.240 de defensa del consumidor -texto agregado por la ley 26.361- no tiene relevancia jurídica alguna que haya habido condena por daños compensatorios, pues la condena es independiente de otras indemnizaciones.¹¹

La aplicación de los daños punitivos ha reconocido en el marco jurisprudencial nacional un sinnúmero de situaciones que involucran a compañías de telefonías móviles. A modo de ejemplo mencionamos los siguientes:

⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, Villegas, Jorge R. c. CTI Cía. de Teléfonos del Interior S.A., 29/04/2003, LLLitoral 2004 (mayo), 462, RCyS 2004 , 845, AR/JUR/4920/2003. En este caso la empresa adjudicó un número con prefijo distinto al correspondiente a la ciudad donde se domicilia el usuario.

¹⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV, Vazquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/daños y perjuicios, 07/08/2012, LA LEY 17/10/2012, 10, LLLitoral 2012 (octubre) , 950 con nota de Marcelo G. Gelcich, RCyS 2012-XI , 66 con nota de Guillermo C. Ríos, AR/JUR/40764/2012. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.", 10/05/2012, LA LEY 10/08/2012, 3, AR/JUR/15752/2012.

¹¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III, Macian, Elsa Susana c. AMX Argentina S.A. (Claro) s/ especiales (residual) (cumplimiento de acuerdo y daños y perjuicios), 14/11/2011, LLNOA 2012 (marzo), 222, DJ 06/06/2012, 83, AR/JUR/85142/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala I, P., D. H. c. Telecom Personal S.A. 13/04/2011 LA LEY 06/05/2011 con nota de José Ignacio Ondarcuhu 06/05/2011 LA LEY 06/05/2011 , 5 06/05/2011 LA LEY 2011-C con nota de José Ignacio Ondarcuhu 06/05/2011 LA LEY 2011-C , 123 RCyS 2011-VI RCyS 2011-VI , 272 LLNOA 2011 (junio) LLNOA 2011 (junio), 555 DCCyE 2011 (junio) con nota de Federico M. Alvarez Larrondo DCCyE 2011 (junio) , 115, AR/JUR/12708/2011. La prueba de los daños punitivos, Nallar, Florencia, LLNOA 2011 (abril), 252; Un primer paso auspicioso (comentario a la ley prov. n° 8.365 de implementación de un procedimiento para la defensa de los derechos y garantías de los consumidores y usuarios). Díaz Critelli, Adrián, LLNOA 2010 (diciembre), 1032ADLA LXXI-A, 1.

1. **Falta de rampa para discapacitados en ámbitos destinados a formular las denuncias pertinentes:** se dijo que resulta procedente imponer una multa civil, en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, a una empresa de telefonía celular cuyo local carece de una rampa de acceso para discapacitados, impidiendo el acceso al mismo de un cliente que había concurrido para formular un reclamo y se desplazaba en silla de ruedas, desde que se da en el caso un abuso de posición de poder que evidencia un menosprecio grave por el derecho del consumidor a un trato digno.¹²

2. **Accionar dilatorio y negligente ante la solicitud de baja del servicio:** se señaló al respecto, que el daño punitivo es procedente, pues resulta claro que la empresa de telefonía móvil demandada adoptó un accionar dilatorio y negligente ante las sucesivas presentaciones y reclamos de un cliente a efectos de dar de baja un servicio, imponiéndole trabas para concretar la rescisión del contrato.¹³ Con similar tesitura, se resolvió que la empresa de telefonía celular accionada debe abonar a un usuario un resarcimiento en concepto de daño punitivo, en tanto se acreditó que actuó con una actitud groseramente negligente e indiferente al no dar respuesta alguna al pedido de éste de dar de baja el servicio y transferir determinadas líneas, lo cual implicó, a su vez, un incumplimiento del deber de información a su cargo (art. 4, ley 24.240).¹⁴

3. **La falta de entrega del celular ya abonado:** en una acción incoada a efectos de que se condene a una empresa de telefonía celular a entregar al actor el equipo telefónico cuyo precio abonó, la Sala F de la CNCiv. entendió que resulta procedente imponer a la demandada una suma por daño punitivo pues, su contumacia y su reticencia en cumplir con las obligaciones contraídas, torna

¹² . Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina, 27/05/2009, LA LEY 08/06/2009 , p. 11, LA LEY 2009-C , 647, LA LEY 19/06/2009 , p. 7 con nota de Florencia Nallar, LA LEY 2009-D , 96 con nota de Florencia Nallar, LLBA 2009 (junio) , 557, RCyS 2009-VII , p. 62 con nota de Federico M. Alvarez Larrondo, LA LEY 29/12/2009, 4 con nota de Humberto Quiroga Lavié, LA LEY 2010-A, p. 220 con nota de Humberto Quiroga Lavié, AR/JUR/10675/2009

¹³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Zárate-Campana, Ayestarán, Juan Carlos c. AMX Argentina S.A. s/daños y perjuicios, 29/05/2012, La Ley Online, AR/JUR/32281/2012. NALLAR, Florencia, Domínguez, Alicia, Coco, Gustavo, Maucouvert, Rodolfo, "Nuevas tendencias de la responsabilidad civil: la prevención del daño. Efecto disuasorio de los daños punitivos y medidas autosatisfactivas", DJ on line Exclusivo.

¹⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala I, P., D. H. c. Telecom Personal S.A. 13/04/2011, LA LEY 06/05/2011 , p. 5 con nota de José Ignacio Ondarcuhu, LA LEY 2011-C , 123 con nota de José Ignacio Ondarcuhu, RCyS 2011-VI , p. 272, LLNOA 2011 (junio), 555, AR/JUR/12708/2011. Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de Salta de 11a Nominación, Gramajo Salomón, Juan Pablo c. Telefónica Móviles Argentina S.A. (Movistar), 05/04/2010, LA LEY 29/06/2010, 7, LA LEY 2010-D , 222, RCyS 2011-I, p. 76 con nota de Enrique J. Perriau, LLNOA 2011 (abril) , p. 252 con nota de Florencia Nallar, AR/JUR/26629/2010

aplicable lo establecido en los arts. 10 y 52 bis de la ley 24.240, texto según ley 26.361.¹⁵

4. **Con relación a las costas de la acción de daños y perjuicios:** en la cual se reclamó una indemnización por daño punitivo que fue acogida en menor medida, deben imponerse al demandado vencido en tanto se trata de daños que son de carácter estimativo o de difícil estimación¹⁶.

5.- RESPONSABILIDAD POR PUBLICIDAD ENGAÑOSA POR LOS LLAMADOS “CRÉDITOS DE REGALO”

La publicidad obliga al oferente, por lo tanto, la empresa de telefonía celular destaca en sus publicidades el no cobro de llamadas recibidas desde teléfonos públicos, debe considerarse como integrante del marco de ejecución del contrato con el consumidor —art. 8° de la ley de Defensa del consumidor—, por aplicación del principio de la buena fe contenido en el art. 1198 del Cód. Civ.¹⁷

En este orden, la Justicia Municipal de Faltas de la Ciudad de La Plata, a través de un juzgado con competencia en la materia de defensa del consumidor, sancionó a una empresa de telefonía celular por haber incurrido en publicidad engañosa, condenándola al pago de multa y a la publicación a su costa de la parte resolutive del fallo condenatorio. Dicho Tribunal sostuvo que resulta engañosa la publicidad realizada por una empresa de telefonía móvil promocionando una cantidad de créditos "de regalo" con la adquisición de una unidad y, en "letra chica", supeditando una parte de dichos créditos gratuitos al desembolso posterior de dinero por parte del cliente para efectuar la primer recarga de créditos, toda vez que las aclaraciones efectuadas en la mencionada "letra chica" en ningún caso pueden contradecir las condiciones promocionadas en la "parte captativa" del mensaje publicitario.

La circunstancia de que la entrega de los créditos "de regalo" promocionados por una empresa de telefonía móvil en la publicidad tendiente a la venta de sus unidades esté supeditada a la previa entrega de una suma dineraria como contraprestación -en el caso, el cliente debía efectuar una primer recarga de créditos para obtener dicho beneficio- le quita la condición de liberalidad a la operación llevada a cabo entre la

¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA", 18/11/2009, LA LEY 23/12/2009, 10, con nota de Sebastián M. Serra; LA LEY 2010-A, p. 203, con nota de Sebastián M. Serra; RCyS 2010-I, 112 - RCyS 2010-II, p. 133, con nota de Carlos V. Castrillo; AR/JUR/45423/2009.

¹⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III, Macian, Elsa Susana c. AMX Argentina S.A. (Claro) s/ especiales (residual) (cumplimiento de acuerdo y daños y perjuicios), 14/11/2011, LLNOA 2012 (marzo), p. 222, DJ 06/06/2012, p. 83, AR/JUR/85142/2011

¹⁷ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Marceillac, Juan I. c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A., 10/04/2006, LLBA 2006, 1218, AR/JUR/3884/2006. Igual Sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, "González de Bruno, Mónica c. Banco de Galicia y Buenos Aires", 05/09/2005, LA LEY 2006-B, 542, con nota de Norma O. Silvestre; Raquel A. Lubiniecki - RCyS 2005-XII, p. 132 - LA LEY 2005-F, p. 684.

empresa y el consumidor, configurándose un supuesto de publicidad engañosa contraria a la ley de defensa del consumidor 24.240. Por su parte, se dijo que es irrelevante, a los fines de eximir de responsabilidad a empresa de telefonía celular por la promoción engañosa publicitada en medio de comunicación, la circunstancia de que la información sea correctamente otorgada cuando el cliente se dirige al local de venta de la empresa, toda vez que lo que se intenta evitar es que el potencial adquirente del bien promocionado concorra a dichos locales interesado de manera ilegítima.¹⁸

6.- LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN.

La omisión de una empresa de telefonía celular de informar respecto de las condiciones de adquisición de un equipo telefónico, constituye una infracción al art. 4 de la ley de defensa del consumidor, ya que se trata de datos esenciales para comprender las características del servicio. Para la configuración de una infracción administrativa no se exige dolo como voluntad de realizar el hecho típico, bastando la conducta que derive en la afectación del bien jurídico protegido por la ley, bastando para su configuración, la imprudencia, el descuido o la ligereza en el comportamiento.¹⁹ Con similar tesitura se consideró que incumple el deber de buena fe la empresa de telefonía que no informó al consumidor, conforme al art. 4° de la ley 24.240, de manera cierta, veraz y suficiente que, por encima de la convenido, cobraría las llamadas entrantes que fueran efectuadas desde teléfonos públicos, pues de este modo se altera el art. 42 de la Constitución Nacional.²⁰

En sentido adverso, se dijo que debe desestimarse la acción intentada por una asociación de consumidores a fin de que la empresa de telefonía demandada restituya a los usuarios del servicio lo cobrado en virtud de las llamadas recibidas a sus celulares provenientes de teléfonos públicos, semipúblicos y locutorios, con fundamento en que no se les habría informado respecto de estos cargos, pues, de la folletería que recibían aquellos conjuntamente con la facturación surge que se les notificaba que debían abonar ese tipo de llamadas, resultando esta información cierta, veraz y oportuna.²¹

¹⁸ Juzgado de Faltas Nro. 2 Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata, Telefónica Unifón (TCP S.A.), 07/07/2005, DJ 2005-3 , p. 567 con nota de Fulvio Germán Santarelli, LLBA 2005 (setiembre) , 929 con nota de Fulvio Germán Santarelli, AR/JUR/1614/2005

¹⁹ Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, Telecom Personal S.A. c. Ciudad de Buenos Aires, 25/02/2005, LA LEY 13/07/2005, 13, LA LEY 2005-D, p. 374, AR/JUR/404/2005. En este caso, la empresa entregó "gratuitamente" un teléfono, sin informar que lo suministraba en comodato.

²⁰ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Marceillac, Juan I. c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A., 10/04/2006, LLBA 2006, p. 1218, AR/JUR/3884/2006. (Del voto de Dr. Ferro). Igual Sentido: Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, "Asociación Civil Hospital Alemán c. Ciudad de Buenos Aires" 03/03/2004, DJ 18/08/2004, p. 1228 — LA LEY 19/08/2004, 7.

²¹ . Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 2 de Mendoza, Areco (Asociación de Asesoramiento y Def. del Consum. US.) c. Unifon (Telefónica de Comunicaciones Personales S.A.), 18/02/2009, La Ley Online, AR/JUR/75749/2009. Ver También: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I "Asociación Civil de Usuarios c. Bancarios C./amx Argentina", 2009-12-22, LA LEY 15/06/2010, p. 3, con nota de Matías Irigoyen Testa; LA LEY 2010-C, p. 624, con nota de Matías Irigoyen Testa; LLBA 2010 (julio), 645. IRIGOYEN TESTA, Matías "Revisión judicial de la doctrina del caso "Halabi" (telefonía móvil y acciones de clase)", LA LEY 15/06/2010, p. 3.

7.- EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL.

Una empresa de telefonía debe indemnizar el daño moral sufrido por un cliente si le vendió a este un celular defectuoso, en los casos en donde el cliente perdió valioso tiempo en defensa de su derecho del consumidor, quedó incomunicado de su grupo familiar y tuvo que seguir pagando la línea aun cuando no la pudo utilizar, pues el sufrimiento de disgustos y el quebrantamiento de su bienestar deben ser resarcidos bajo este rubro.²²

Es decir, las dilaciones indebidas, la burocracia innecesaria, la falta de delicadeza y respuesta a los inconvenientes que en diversas oportunidades se le presentan al usuario de las telefonías móviles, que tengan relación causal directa con el sufrimiento, angustia, amargura, congoja, ansiedad, aflicción, o padecimiento inmerecido, debe ser resarcido como rubro independiente de los demás daños analizados, siempre que el mismo sea probado en cuanto a su existencia y alcance.

El daño moral contractual en las relaciones de consumo. Perspectiva constitucional y Jurisprudencial²³

Al comenzar estas líneas, hicimos referencia al agravio moral derivado del incumplimiento de los contratos cristalizado en nuestro ordenamiento en el artículo 522 del Código Civil, transcripto ut supra. Este deber de reparar el daño sin discriminar su origen se encuentra en un todo conforme con el principio general del deber de no dañar. En definitiva “en verdad el carácter del perjuicio moral es el mismo, tanto si proviene de un acto ilícito, como del incumplimiento de una obligación contractual” (Alterini, 2010). En virtud de ello, se propició en las Segundas Jornadas Sanjuaninas, la modificación del “podrá” por “deberá”.

Si bien creemos que la modificación propuesta reduciría los supuestos de incerteza jurídica al acotar las atribuciones judiciales en el otorgamiento del resarcimiento que se originan a partir de la presencia –como vimos apuntando a través del tratamiento jurisprudencial sobre el punto- de criterios disímiles; entendemos que hasta tanto se produzca dicha modificación, si bien el artículo 522 del Código Civil dispone que el juez “podrá” condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado; esta posibilidad librada al arbitrio judicial no debe ser caprichosa,

²² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV, Vazquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otros/daños y perjuicios, 07/08/2012, LA LEY 17/10/2012, 10. LLLitoral 2012 (octubre) , 950 con nota de Marcelo G. Gelcich, RCyS 2012-XI , p. 66 con nota de Guillermo C. Ríos, AR/JUR/40764/2012.

²³ Por Guillermina Leontina Sosa

sino que presente el daño debe resarcirse, y en relación a la extensión de la reparación conforme continua rezando el mismo artículo, el magistrado deberá ponderar “la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”. Si bien esta última pauta parece a primera vista demasiado amplia, entendemos que la posterior incorporación de la protección del consumidor en el artículo 42 de la Constitución Nacional aporta claridad manifiesta en la relación al daño moral contractual que se ocasione en los contratos o relaciones de consumo. En este sentido, el régimen tuitivo del consumidor consagrado por la ley 24.240 y sus modificatorias también brinda herramientas que permiten la interpretación armónica de la indemnización ante el daño en este tipo de casos. Asimismo, es principio general que todo daño injustamente sufrido, debe ser resarcido. En realidad, aún sosteniendo la postura restrictiva en relación a la procedencia del daño moral también en los supuestos de relaciones de consumo (tesis que no compartimos), resulta procedente el daño moral que se haya acreditado o que resulte notorio. En este sentido en un reciente fallo se sostuvo:

El hecho de que el menor no haya sufrido una incapacidad psicofísica como consecuencia de la ingesta del medicamento vendido erróneamente por la farmacia accionada —en el caso, se le entregó un medicamento para adultos con una dosis mayor— no es óbice para que ésta lo indemnice por daño moral frente al sufrimiento que seguramente experimentó al ingerir el medicamento y haber requerido una posterior internación para ser desintoxicado²⁴.

El apoyo a una tesis de interpretación amplia o restrictiva tendrá sus consecuencias al momento de valorar la acreditación o no del daño. De este modo, aquellos que sostengan la tesis restrictiva de procedencia de reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual requerirán la acreditación de algo más significativo que una molestia o sufrimiento derivado del mero incumplimiento.

En este orden de ideas, en un caso en el que los padres de un menor que sufrió un accidente que lo dejó en estado vegetativo, ganaron el juicio de daños y perjuicios que iniciaron contra quien ocasionó el infortunio, luego incoaron demanda de daños y perjuicios contra los abogados que los representaron en la causa anterior en la que alegaron que los letrados no pagaron la totalidad de la indemnización que les fue otorgada. El juez admitió parcialmente la demanda, rechazando la reparación pretendida de daño moral. Apelada la decisión de grado, la disidencia sostuvo:

Si bien el incumplimiento contractual revela la culpa del deudor, ello no es suficiente para acoger todo reclamo por reparación del daño moral en los supuestos de responsabilidad contractual, sino que éste debe ser probado, pues de lo contrario no tendría razón de ser la limitación determinada en el art. 522 del Código Civil para su procedencia. (Del voto en disidencia parcial de la Dra. Marsala).

²⁴ Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, R.A.J. y ots. c. V.M. y ots., 29/11/2010, Cita Online: AR/JUR/77215/2010, LLGran Cuyo2011 (febrero), p. 70

Afortunadamente la mayoría en el caso cuya disidencia figura en el párrafo anterior hizo lugar a la reparación del agravio moral contractual al entender que:

El abogado demandado debe indemnizar el daño moral pretendido por un cliente en tanto se acreditó que no le abonó de forma íntegra la indemnización que obtuvo en un proceso judicial en el cual lo representó —en el caso, la indemnización correspondía al hijo del cliente por causa de un accidente— y el engaño al que lo sometió le generó dudas, desazones, desconfianzas y angustias que están del todo alejadas de las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios o en las comunes molestias que se originan en el incumplimiento contractual.

Nótese, que la existencia del daño —claramente— es siempre necesaria para la viabilidad de la reparación. Puede suceder que el incumplimiento contractual no haya ocasionado perjuicio mayor que las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios y por ende no se deba indemnizar el daño moral, por inexistente. Ahora presente el daño, así se trate de “daños mínimos”, conforme los refiere Zavala de González, o “daños ínfimos” en palabras de Mayo (1979) ese daño debe ser reparado pues en primer término no existe norma que impida el resarcimiento de otros daños si no, por el contrario, rige en nuestro derecho el principio de integralidad de la reparación. El daño mínimo o ínfimo conceptualmente nos representa la existencia de un daño, lo cual no es igual a no sufrir ningún perjuicio. Consecuentemente, celebramos el voto mayoritario mediante el cual se sostuvo que:

Por más que se entienda que las lesiones padecidas por un niño que sufrió una fractura mientras estuvo internado en un sanatorio han sido de mínima entidad, debe ser indemnizarse el daño moral por el experimentado aún cuando luego se haya recuperado íntegramente por el tratamiento seguido, pues, el daño existió y se originó en el incumplimiento contractual de la parte demandada que debía proteger la integralidad psicofísica del menor²⁵

En virtud de lo expuesto anteriormente, disentimos con la sentencia que revocó la reparación del agravio moral otorgado por el juez de grado al adquirente de un automóvil 0 km., que presentaba un rayado en el pulido en toda la superficie de la carrocería. En el caso, la Alzada sostuvo que:

Debe rechazarse el resarcimiento por daño moral solicitado por el adquirente de un vehículo que presentaba imperfecciones en el pulido de la carrocería —las cuales fueron tratadas infructuosamente en los talleres de la concesionaria vendedora en dos ocasiones— en tanto la prueba aportada no demuestra que la presencia de un detrimento que hiera su fuero íntimo generándole una mortificación de entidad, siendo que en el ámbito contractual queda a cargo de quien lo invoca comprobar fehacientemente el perjuicio anímico que dice haber sufrido²⁶.

²⁵ CNCiv., Sala E, 2011/03/01, Olmos, Mariela Fernanda c. Sanatorio Franchín y otros, La Ley Online.

²⁶ Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, Bellagamba, Mariano Sergio c. Volkswagen Argentina S.A. y otro, 17/08/2010, Cita Online: AR/JUR/59620/2010, RCyS 2011-III , p. 207

Creemos, que resulta evidente la frustración experimentada por el consumidor que compró un auto cero km esperando encontrarse con una cosa sin desperfectos, conforme a lo acordado. Máxime si como en el caso, se acreditó que el vehículo presentaba un vicio desde el momento mismo en que el comprador lo retiró de la concesionaria y se aportó prueba testimonial que señalaba la “movilización” emocional por la que había pasado el consumidor.

El nuevo estatuto del consumidor ha generado nuevas perspectivas en la teoría general del contrato. Garrido Cordobera (2011) ha apuntado que el derecho del consumidor erige al consumidor en “un nuevo sujeto de derecho con perfiles propios que impactan en todo el derecho” en materia contractual, respecto a la interpretación y también en relación al deber de información.

En cuanto al daño moral derivado del incumplimiento contractual genérico, es decir no especialmente del daño derivado de contratos de consumo, la doctrina se ha debatido respecto a qué debe entenderse por contrato. En este punto coincidimos con la interpretación amplia del término que brinda un sentido dinámico al vocablo contrato. Por lo que la reparación será debida también para los efectos pre y pos contractuales en caso de que el daño se ocasione en dichas instancias. Estimamos, esta interpretación se ajusta al deber de buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos requerida por nuestro ordenamiento. Como esgrime Ghersi (1999) “la causa de existencia jurídico-económica de las etapas previas y posterior es precisamente a través del desarrollo secuencial y dinámico del negocio contractual (...) ambas etapas son necesarias y hasta imprescindibles para el contrato” (p. 63). Sumado a ello, entendemos que si limitáramos la posibilidad de otorgar la reparación del daño causado solo a aquellos supuestos en que el contrato se encuentre formalizado, actuaríamos en contra de los criterios de equidad, en general; y en especial al deber de información debido al consumidor aun con antelación al perfeccionamiento del contrato, por ejemplo en los casos de publicidad engañosa.

Si como describimos en los párrafos anteriores, la doctrina y la jurisprudencia en relación a que el criterio para otorgar un resarcimiento por agravio moral ante el incumplimiento contractual suele considerar que ha de ser restringido, entendemos que dicho postulado vinculado al incumplimiento ocasionado en virtud de una relación de consumo debe revisarse a la luz del prisma constitucional con su clara finalidad de protección integral del consumidor.

El artículo 43 de la Constitución Nacional ha venido a re-conceptualizar la interpretación de la viabilidad del daño moral contractual para el caso de las relaciones de consumo. Esta manda constitucional engrosa vertiginosamente las posibilidades judiciales de otorgar una reparación al que ha sufrido un agravio. Debemos tener presente que si la restricción en la interpretación de la reparación del daño moral contractual va de la mano de la necesidad de agilidad de los negocios, es porque la relación habida entre las partes se piensa, en dichos casos, entre iguales. Por ende, la

reparación corresponde en estos supuestos, solo si los molestares ocasionados por el incumplimiento contractual exceden los padecimientos comunes que se producen en el mundo de los negocios. Ahora, a partir de la incorporación del artículo 42, se ha consagrado constitucionalmente una protección para “los nuevos débiles” en términos Sagües (1999, p. 211).

Esta cláusula amplía la interpretación otrora restrictiva para la procedencia de la reparación del agravio moral la cual entendemos ya no podrá cuestionarse, al menos, respecto de los supuestos comprendidos en la relación de consumo. Entonces, a partir del artículo 43 CN se reconoce la existencia de una parte débil que no está –ni debe estarlo- alerta de los giros o modos operacionales del “negocio” de la empresa. El consumidor/usuario “entra” en una relación motivado por obtención del bien o servicio ofrecido por la empresa. Por ello, el incumplimiento por la prestadora puede dañar la esfera extrapatrimonial del cliente aún cuando para la empresa dicho incumplimiento resulte “común en el mundo de sus negocios” (Agnello, 2010, p. 18). La manda constitucional viene, entonces, a zanjar cualquier duda en relación al criterio amplio o restringido con que debe ser interpretada la procedencia de la reparación del agravio moral derivados del incumplimiento contractual, otorgando la victoria a la postura amplia y permitiendo una interpretación más flexible cuando nos hallamos ante el supuesto de relación de consumo. En estos casos es preciso que el arbitrio judicial tenga presente el principio pro consumidor al momento de tener o no por acreditado el daño (artículo 3 LDC), y conceder cuando corresponda la reparación del agravio que haya herido o menoscabado las afecciones legítimas del consumidor.

Consecuentemente, la jurisprudencia ha otorgado la reparación del daño moral ocasionado al adquirente de un automotor cero kilómetro por la seguidilla de desperfectos eléctricos que presentó:

Debe otorgarse una indemnización en concepto de daño moral al adquirente de un automotor que se vio obligado a resolver el contrato de compraventa ante la presencia de vicios ocultos —en el caso, falló el soporte de fijación de la batería, lo cual ocasionaba problemas eléctricos—, dados los inconvenientes que debió soportar por las mencionadas fallas, que le impidieron disfrutar del bien y ver realizada la expectativa que tuvo cuando lo adquirió²⁷.

En el sentido postulado, de interpretación no restrictiva a la reparación de los daños morales derivados de incumplimientos contractuales en las relaciones de consumo, se viene desarrollando también la jurisprudencia de nuestro país vecino, Brasil.

²⁷ Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, Sala II , Massaccesi, Carlos Rolando c. Peugeot-Citroën Argentina S.A. y Lourdes S.A. Concesionario Citroën S.A., 22/06/2010, Cita Online: AR/JUR/35169/2010, LLNOA2010 (septiembre), p. 759

Así el Superior Tribunal de Justicia ha sostenido en un caso de reclamo de daños morales y materiales devenidos de desperfectos presentados por un vehículo cero kilómetros:

El vicio del producto de servicio, aun cuando sea solucionado por el fabricante en el plazo legal, podrá dar ocasión a la reparación por daños morales, si están que presentes los elementos caracterizadores de sufrimiento en la esfera moral del consumidor. Se el vehículo cero kilómetros presenta, en sus primeros meses de uso, defectos en cantidad excesiva y capaces de reducir sustancialmente la utilidad y seguridad del bien, tendrá el consumidor derecho a la reparación por daños morales, aun cuando el fabricante tenga solucionado los vicios del producto en el plazo legal²⁸.

Es en esta misma sentencia que se señala que el artículo 18 del Código del Consumidor de Brasil no impide el derecho del consumidor a obtener una reparación por daño moral, en aquellas hipótesis en que el vicio del producto pueda ocasionar al consumidor un dolor, un sufrimiento, una vejación o humillación capaces de sobrepasar el mero mal sabor del incumplimiento.

En el sentido apuntado ha de ser interpretado el artículo 40 y 40 bis de nuestra ley del consumidor, ambos ubicados en el capítulo X relativo a las responsabilidades por daños.

El artículo 40 de la LDC establece una “presunción de causalidad”, lo que determina la responsabilidad objetiva. Esta como otras presunciones, como las concernientes a la interpretación de los contratos a favor del consumidor, están dispuestas, como reitera Stiglitz (2011) a favor del consumidor, se erigen en remedios que justifican la existencia misma del derecho del consumidor que, en definitiva, constituye un sistema de tutela especial para nivelar, igualar a la parte más débil de la relación de consumo.

Como ponen de resalto, Weingarten y Gherzi (2009) el artículo 40 de la LDC (y entendemos que todo el orden tuitivo del consumidor) pretende adecuar las relaciones de consumo a la nueva realidad, a un nuevo contexto. En los supuestos de procesos de fabricación y comercialización en los que el adquirente carece de vínculo contractual con el fabricante y asimismo este al momento del daño ya no cuenta con la condición de dueño o guardián requerida por el artículo 1113 del Código Civil para endilgar la responsabilidad, se pone de manifiesto con claridad la insuficiencia de esta norma del Código de Fondo para reglar este nuevo tipo de relaciones. Es importante señalar que compartimos con los autores citados la postura de encuadrar a este tipo de relaciones dentro de la categoría de base contractual, pues si bien el adquirente no entabló una

²⁸ STJ – Resp 324.629 – 3ª Turma – j. 10/12/2002 – rel. Nancy Andrighi – DJU 28/4/2003; Revista dos Tribunais, vol. 818, p. 168, DEZ/2003, JRP/ 2003/1780. La traducción es nuestra. El texto original: “O vício do produto ou serviço, ainda que solucionado pelo fornecedor no prazo legal, poderá ensejar a reparação por danos morais, desde que presentes os elementos caracterizadores do constrangimento à esfera moral do consumidor. Se o veículo zero-quilômetro apresenta, em seus primeiros meses de uso, defeitos em quantidade excessiva e capazes de reduzir substancialmente a utilidade e a segurança do bem, terá o consumidor direito à reparação por danos morais, ainda que o fornecedor tenha solucionado os vícios do produto no prazo legal.”

relación directa con el fabricante, como dicen los autores a quienes venimos haciendo referencia:

La responsabilidad es contractual ya que se trata de nuevas estructuras negociales conexas, y en el que convergen distintos contratos todos ellos orientados a la misma satisfacción de una misma finalidad contractual. Es decir, un mismo fin económico es instrumentado a través de una red de contratos funcional y económicamente vinculados pero que en realidad constituye un único negocio, aunque desde su ropaje normativo aparezcan como independientes (Weingarten y Ghersi, 2009, p. 190).

El artículo 40 bis permite al consumidor obtener la reparación del daño directo (conceptualizado en la misma norma) que se le haya ocasionado, en la sede administrativa y sin perjuicio de que luego el monto obtenido será “deducible de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste (al consumidor) por acciones eventualmente incoadas en sede judicial” (artículo 40 bis LDC).

El artículo 52 bis incorporó los tan cuestionados “daños punitivos”. En la misma norma se hace referencia a que los mismos proceden “independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

En definitiva, no hay cláusula alguna que impida la procedencia del daño moral contractual, sino por el contrario, y en una interpretación armónica de los distintos sustratos normativos en concordancia con la especial protección que ha decidido darle el convencional constituyente de 1994 a través del artículo 43, así como del principio de integralidad de la reparación del daño, entendemos que el agravio moral originado en el incumplimiento contractual en supuestos de consumo debe interpretarse con criterio amplio.

Estimamos positiva la jurisprudencia que hace lugar al reclamo por daño moral formulado por un pasajero que debió pasar una noche en una terminal de ómnibus de un país extranjero y solventar su propia comida, incluida en el precio del pasaje, como consecuencia de la demora en el cumplimiento del contrato de transporte por considerar que la aludida situación “pudo” afectar desfavorablemente la estabilidad emocional del actor²⁹. Nótese que la sentencia, otorga el resarcimiento del agravio moral ante la posibilidad lógica, de sentido común de que el consumidor frente al incumplimiento sufrió una afectación emocional. Es importante la deducción, pues de lo contrario se impone al consumidor que intente acreditar mediante quien sabe qué medios el hecho del padecimiento. Sobre una plataforma fáctica similar, un pasajero que sufrió el retraso de un vuelo y, con ello, perdió la posibilidad de abordar otro vuelo de conexión, fue resarcido por el daño moral padecido pues la Cámara estimo que “los padecimientos de índole moral que sobrevienen por la demora se traducen en la pérdida de tiempo de

²⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, Miani, Mirta Beatriz y otros c. Coit Ltda., 15/07/2010. Cita Online: AR/JUR/49090/2010, RCyS2010-XI, p. 196

vida.”³⁰ El destacado nos pertenece. Con ello, creemos queda explícito que en definitiva, ante el incumplimiento contractual en las relaciones de consumo, está en juego algo mucho más profundo que el detrimento material, esta muchas veces en juicio el alcance de la dignidad humana. Aquí, la Alzada con agudas palabras pone de resalto que, en definitiva, es claro el padecimiento en cabeza del consumidor quien pierde tiempo de vida en razón del incumplimiento. Es evidente su perjuicio moral y el por qué de la mayor protección otorgada por nuestra Constitución. En igual sentido, en un reciente fallo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F³¹, otorgó la indemnización por daño moral reclamada por un asegurado en virtud del incumplimiento de un contrato de seguro de automotor, en tanto vio frustrada su legítima expectativa de obtener la indemnización por la destrucción total, pues consideró que no puede desdeñarse el sufrimiento anímico de quien, ante esa pérdida, experimenta un sentimiento de desprotección frente a la compañía aseguradora que debía indemnizar el siniestro.

La reparación del agravio moral, en particular en el ámbito de las relaciones de consumo se justifica en que “aún en el ámbito del incumplimiento contractual, no se trata sólo de la tutela de los intereses económicos de los consumidores. Está en juego la propia dignidad de la persona”. En definitiva, la finalidad misma de la reparación, de la indemnización es la de “restablecer el equilibrio que el incumplimiento de la prestación o el daño han alterado” (Cazeux, 20100, p. 214).

Ese concepto de dignidad de la persona, de vida digna, va redefiniéndose a partir de las nuevas conquistas de la sociedad. Nadie hoy, puede negar la necesidad para el desarrollo armónico de la vida diaria de contar con la correspondiente prestación del servicio de energía eléctrica, y de la comunicación telefónica o de INTERNET, que en muchos casos configura una fuente de ingresos. En virtud de ello, consideramos que es evidente el perjuicio anímico que genera la discontinuidad en la prestación de estos servicios que se han vuelto indispensables para la vida cotidiana. Así lo ha entendido la jurisprudencia al considerar procedente el resarcimiento por el daño moral sufrido por un usuario del servicio de energía eléctrica a raíz de un corte en el suministro, pues, las molestias e incomodidades que la interrupción le ocasionó, exceden las que de ordinario debe soportar una de las partes del contrato ante la inejecución temporaria de las obligaciones de la otra, habida cuenta lo extraordinario de su duración —en el caso, siete días—, y por la índole de la prestación comprometida por la empresa prestataria,

³⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, Di Pace, Guillermo Domingo c. Trans American Airlines S.A Trans Am S.A., 29/04/2010, Cita Online: AR/JUR/28990/2010, La Ley Online. En sentido similar puede verse Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Schuster, Matías Nicolás c. Air Madrid y otro, 13/04/2010, Cita Online: AR/JUR/21626/2010, LA LEY 06/08/2010, 7; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, Saravi, Alejandro José y otro c. Air Madrid Líneas Aéreas S.A., 31/03/2010, Cita Online: AR/JUR/30533/2010, RCyS2010-X, p. 182.

³¹ Soler, Marcelo Gustavo c. Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A., 13/07/2010, Cita Online: AR/JUR/47163/2010. En igual sentido, CNCom, sala F, “Cots, Roberto Jorge c. La Caja de Seguros SA”, 2010/06/24, RCyS 2010-X, 228, AR/JUR/39497/2010

ella resulta de imprescindible necesidad para el desarrollo de la vida moderna.³² Asimismo, en un caso en el que una empresa prestadora del servicio de telecomunicación realizó una facturación incorrecta e interrumpió erróneamente una línea de telefonía celular, se la condenó al pago de una indemnización en concepto de daño moral al usuario, en tanto se entendió que la situación vivida por el actor frente a sus desatendidos reclamos bien pudo aparejarle sinsabor, ansiedad y molestias que de algún modo trascendieron la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias, máxime teniendo en cuenta que el accionante realizaba un deporte poco usual —en el caso, aladeltismo—, no grupal, sujeto a los vaivenes del clima y en el cual las largas distancias se compensan o acortan a través del teléfono móvil.³³

Por ello, sostenemos que en el incumplimiento contractual en el ámbito de las relaciones del consumo, la procedencia del resarcimiento del daño moral debe efectuarse con criterio amplio, pues de este modo lo ha querido el constituyente en nuestra ley Fundamental. Al decir de SABSAY (Op. Cit. p. 237), este artículo 43 ensancha el ideal de calidad de vida digna, “para asegurar una competencia genuina que les confiera a las personas una verdadera libertad de elección de bienes y servicios”.

Consecuentemente, agregamos, si lo que ha buscado el constituyente mediante la especial protección brindada al consumidor —en lo que aquí nos interesa— es ensanchar la protección de la dignidad humana y permitir una verdadera libertad de elección, es menester que el magistrado no permita que el incumplimiento empañe dicha elección. En este sentido, si el incumplimiento resulta “económico”, entonces será más rentable que el cumplimiento concertado. Este costo mínimo del incumplimiento —si constantemente se interpreta que no será procedente el resarcimiento el daño moral— terminaría por empañar la posibilidad de elegir libremente del consumidor pues perdería la certeza de que lo que contrata sea lo que efectivamente recibirá.

V.- Colofón.

A la luz de los fundamentos expuestos, de la jurisprudencia y doctrina recabadas, consideramos que una razonable interpretación del ordenamiento tuitivo del consumidor que prescribe la interpretación “pro consumidor” (art. 3°, ley 24.240) y, principalmente, en virtud de la revalorización y protección otorgada por el constituyente mediante la incorporación de una salvaguarda especial para quienes considero en especial situación de vulnerabilidad —en tanto “No puede presumirse que cláusula alguna de la

³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, Pintos, Raul Jorge c. Edesur S.A., 25/03/2010, Cita Online: AR/JUR/14174/2010

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Vasquez, Gabriel Fernando c. CTI PCS S.A., 23/03/2010, Cita Online: AR/JUR/14409/2010, RCyS2010-VIII, 213

Constitución esté pensada para no tener efecto”³⁴ -, hacen preciso que sea acogido con criterio amplio la procedencia de la reparación del daño moral sufrido a la luz de un vínculo contractual incumplido cuando nos hallemos ante la presencia de una relación de consumo.

Esta interpretación es la única que permitirá la reparación integral del perjuicio ocasionado al consumidor, y pesa –a raíz de la normativa en juego a aplicar conforme hemos visto a lo largo de estas líneas- sobre el magistrado la efectiva consecución de la justicia en el caso. Como de modo sublime afirmaba el Chief of Justice de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, John Marshall: “Nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución” (Haro, s.f.). Consecuentemente, toda intelección que se oponga al dogma de nuestra Carta Fundamental debe ser desechada so perjuicio que se permita que una norma inferior aniquile las conquistas que tanto batallar han requerido para consagrar la voluntad del constituyente. Pues, nuevamente recordando al Chief Marshall, en el célebre caso *Marbury c. Madison*, ya citado, en fragmento que nos permitimos transcribir:

...o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. (...) Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Por ello, y sin perjuicio de lo normado en el artículo 522 del Código Civil, en el supuesto del daño moral derivado del incumplimiento en las relaciones de consumo, no quedan dudas de que la reparación debe interpretarse con criterio amplio y conforme a la pauta pro consumidor de modo de cumplir con la especial protección brindada por la manda constitucional a quienes se encuentran en la posición aludida.

Bibliografía

Agnello, P. El daño moral en los contratos de consumo, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Volúmen 2010 fascículo IV, Suplemento del 15-12-2010.

Alterini, A. (2010). *Código Civil Sistematizado*, 1ª ed. Buenos Aires: La Ley.

³⁴ Suprema Corte de Estados Unidos, *Marbury c. Madison*, 24/02/1803, Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría General del Derecho - Director: Eduardo Angel Russo - Editorial LA LEY, 2002 , 3, con nota de Sergio Gustavo Simona; Gelli, Miller, Cayuso en *Constitución y Poder Político* Tomo 1 , 5, Ed. Astrea; Cita Online: AR/JUR/2/1803

- Bueres, A. (1994). El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la vida de relación y a la persona en general. Daños a la persona. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Bueres, A. (1999). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, 3 A, dirección Alberto J. Bueres, coordinación Elena Highton. Buenos Aires: Hammurabi.
- Cazeux, P. y Trigo Represas, F. (2010). *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., Tomo I: La Ley.
- Garrido Cordobera, L. 1ª Jornadas Internacionales de Derecho Civil en la Provincia de Buenos Aires, 18, 19 y 20 de mayo 2011.
- Gherzi, C. (1999). La regulación jurídica del daño moral por incumplimiento contractual. *Revista de Derecho de Daños*, Nº 6. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Gherzi, C. (2005). *Cuantificación Económica. Contratos de Consumo*. Buenos Aires: Astrea.
- Gherzi, C. Los nuevos daños en el derecho del consumo. Buenos Aires: La Ley, 07/07/2011.
- Gherzi, C. y Weingarten C. (2009). *Defensa del consumidor ley 24.240*; 1ª ed. Buenos Aires: La Ley.
- Gherzi, C. y Weingarten, C. (2008). *Tratado de Daños Reparables – Tomo I – Parte General*. 1º ed. Buenos Aires: La Ley.
- Haro, R. La razonabilidad y las funciones del control. Recuperado de <http://www.acader.unc.edu.ar>
- Hernández C. y Frustagli S. (2009). *Protección al Consumidor. Cosas y Servicios riesgosos. Ley de Defensa del Consumidor*. Dirección Picasso Vázquez Ferreira. Buenos Aires: La Ley.

Imbrogno, A. (2005). *Derecho del Consumidor. La obligación de un trato equitativo y digno*. s.n: Universidad Nacional del Centro.

Lorenzetti, R. y Shotz. (2003). *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.

Lorenzetti, R. Igualdad, antijuricidad, diferencia, derecho a ser diferente, a no ser discriminado, interpretación y protección. *JA* 1995- IV, p. 834.

Lovece, G. La fuerza vinculante de la publicidad. *La Ley*, 2005 – F, p 734

Lowenrosen, F. I. *La dignidad, derecho constitucional de los usuarios y consumidores*. Recuperado de www.el dial.com.ar.

LLambías, J. (1973). *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I. Buenos Aires: Perrot.

Mayo, J. (1979) en comentario al artículo 519 en la obra Código Civil y leyes complementarias, Dir. Belluscio, A.- Coord. Zannoni, E., Tomo 2. Buenos Aires: Astrea.

Kemelmajer de Carlucci, A (1994). Consumidores. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 5. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Kemelmajer de Carlucci, A. R. (1994). Sirve al Derecho argentino la creación pretoriana de la justicia italiana. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 1.

Mosset Iturraspe, J. (1999). *Responsabilidad por Daños – Tomo V – El Daño Moral*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Pizarro, Ramón A. (2000). *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammurabi.

Ritto, G. (2010). *El daño moral y la legitimación activa*. Buenos Aires: Universidad.

Ritto, G. Acerca de la reparación del daño moral contractual y la defensa del consumidor. *LLGC*, 2011, Febrero 13.

Ritto, G. Acerca de la obligación de seguridad de los supermercados y el derecho a la integridad física del consumidor. *RCyS* 2010, VI, p. 240.

Russo, E. (2002). *Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: La Ley.

Sagües, N. (1997). *Elementos de Derecho Constitucional*, 2da ed. actual. y Ampl. Buenos Aires: Astrea.

Stiglitz, G. La integración de las presunciones a favor del consumidor y deber de colaboración de las empresas. Ponencia en el XI Congreso Internacional de Derecho de Daños, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2 y 3 de junio 2011.

Zannoni, E. La responsabilidad por el no reconocimiento espontáneo del hijo. *La Ley* 1990 A, p. 1.

Zannoni, E. (1993). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

Zavala de González, M. (1993). *Resarcimiento de Daños*, tomo 2 a, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.

Fuentes de información

Soler, Marcelo Gustavo c. Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A., 13/07/2010, Cita Online: AR/JUR/47163/2010. En igual sentido, CNCom, sala F, "Cots, Roberto Jorge c. La Caja de Seguros SA", 2010/06/24, RCyS 2010-X, 228, AR/JUR/39497/2010

Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, R.A.J. y ots. c. V.M. y ots., 29/11/2010, Cita Online: AR/JUR/77215/2010, LLGran Cuyo2011 (febrero), 70

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, Miani, Mirta Beatriz y otros c. Coit Ltda., 15/07/2010. Cita Online: AR/JUR/49090/2010, RCyS2010-XI, p. 196

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, Di Pace, Guillermo Domingo c. Trans American Airlines S.A Trans Am S.A, 29/04/2010, Cita Online: AR/JUR/28990/2010, La Ley Online. En sentido similar puede verse Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Schuster, Matías Nicolás c. Air Madrid y otro, 13/04/2010, Cita Online: AR/JUR/21626/2010, LA LEY 06/08/2010, 7; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, Saravi, Alejandro José y otro c. Air Madrid Líneas Aéreas S.A., 31/03/2010, Cita Online: AR/JUR/30533/2010, RCyS2010-X, 182

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, Pintos, Raúl Jorge c. Edesur S.A., 25/03/2010, Cita Online: AR/JUR/14174/2010

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Vasquez, Gabriel Fernando c. CTI PCS S.A., 23/03/2010, Cita Online: AR/JUR/14409/2010, RCyS2010-VIII, 213

Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, Sala II , Massaccesi, Carlos Rolando c. Peugeot-Citroën Argentina S.A. y Lourdes S.A. Concesionario Citroën S.A., 22/06/2010, Cita Online: AR/JUR/35169/2010, LLNOA2010 (septiembre), 759

STJ – Resp 324.629 – 3ª Turma – j. 10/12/2002 – rel. Nancy Andrichi – DJU 28/4/2003; Revista dos Tribunais, vol. 818, p. 168, DEZ/2003, JRP/ 2003/1780. La traducción es nuestra. El texto original: “O vício do produto ou serviço, ainda que solucionado pelo fornecedor no prazo legal, poderá ensejar a reparação por danos morais, desde que presentes os elementos caracterizadores do constrangimento à esfera moral do consumidor. Se o veículo zero-quilômetro apresenta, em seus primeiros meses de uso, defeitos em quantidade excessiva e capazes de reduzir substancialmente a utilidade e a segurança do bem, terá o consumidor direito à reparação por danos morais, ainda que o fornecedor tenha solucionado os vícios do produto no prazo legal.”

CNCiv., Sala E, 2011/03/01, Olmos, Mariela Fernanda c. Sanatorio Franchín y otros, La Ley Online

Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, Bellagamba, Mariano Sergio c. Volkswagen Argentina S.A. y otro, 1