

Una visión sobre el daño moral en la relación de consumo

A comprehensive look about moral damages in consumer relations

JORGE GUSTAVO TAMAYO SILVA¹
Investigador Independiente. Ecuador

ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU²
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina.

Resumen

El daño moral ha sido tratado con asiduidad, tanto en jurisprudencia como en estudios doctrinarios, siendo objeto de una continua evolución. Sin embargo, y a pesar de ser ampliamente analizado y sentenciado en el derecho comparado, en la República del Ecuador no ha existido mayor tratamiento o análisis a la figura del daño moral dentro de la relación de consumo, situación que analizaremos en detalle. Por último, realizaremos una crítica conjuntamente con una exhortación a los tribunales ecuatorianos, en busca de su reconocimiento.

Palabras clave

Relación de consumo / Indemnización de perjuicios / Daño moral / Derecho comparado.

Summary

Moral damages have been treated with assiduity, both in jurisprudence and in doctrinal studies, being the object of a continuous evolution. However, in spite of being widely analyzed in comparative law, in the Republic of Ecuador there has been no greater treatment or analysis to the figure of moral damages within consumer relations, situation that we will analyze in detail. Finally, we will critique jointly with an exhortation to the Ecuadorian courts, in search of their recognition.

Keywords

Consumer relations / Claim damages / Moral damages / Comparative Law.

¹ Abogado, por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (Ecuador). Máster en Derecho LL.M. con Mención en Derecho de la Empresa, por la Pontificia Universidad Católica (Chile). Correo electrónico: jtamayo@tamayoclc.com

² Abogado, por la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Máster en Derecho Empresario, por la Universidad Austral (Argentina). Doctorando en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Secretario sede Jujuy, del "Instituto Noroeste" perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Correo electrónico: ariascau@hotmail.com



1. Introducción

En el ámbito del derecho de consumo, también denominado “derecho de defensa del consumidor”, la legislación latinoamericana ha experimentado una constante evolución con la finalidad máxima de regular adecuadamente las relaciones de consumo, y de forma especial, de proteger al eslabón más débil de la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios; es decir: *el consumidor*³.

En la República del Ecuador, de la lectura y análisis de su legislación, podemos observar que el Juez de Contravenciones, quién está facultado para conocer las causas iniciadas por violaciones a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor (LODC)⁴, dentro de su sentencia (en caso de ser esta condenatoria al denunciado) debe no sólo imponer una multa, sino que, adicionalmente, a ello estipular que se indemnice por daños y perjuicios al afectado⁵. Por ello, es pertinente analizar lo siguiente: ¿es indemnizable el daño moral en la relación de consumo?

A efectos del presente trabajo, junto con el respectivo análisis de la perspectiva ecuatoriana, analizaremos como se aborda esta problemática en el derecho comparado latinoamericano. En ese sentido hemos escogido Chile, Argentina y Brasil, en virtud de ser países donde el derecho de defensa del consumidor ha sido ampliamente desarrollado, estudiado y aplicado a través de la doctrina, jurisprudencia y normativa vigente.

2. El daño moral, dentro de la relación de consumo, en el derecho ecuatoriano

Dadas estas consideraciones, es necesario comentar cómo opera el daño moral (materia generalmente regulada por el Código Civil y desde sus inicios ampliamente reconocida en sede extracontractual, más no en sede contractual) dentro de un estatuto legal especial, como lo es el derecho del consumidor.

En nuestra opinión, dentro de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, existen normas que abren la puerta para que la indemnización por daño moral esté presente dentro de las acciones que tiene el consumidor⁶ de considerar que ha sufrido un daño o menoscabo en sus derechos otorgados por este cuerpo normativo, a pesar de ser un ámbito donde, por lo general, los perjuicios son netamente patrimoniales (aunque, como bien se mencionará a continuación, esto no obsta que se pueda causar daños extrapatrimoniales).

No obstante, ello, y de ser esta una tesis ampliamente aceptada, en nuestras cortes se llevó a cabo un proceso sumamente relevante e instructivo. Dentro de la causa N° 17306-2012-1470,

³ En este sentido, el Artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de la República del Ecuador señala: “En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor. El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes”. En la misma línea, el Artículo 1 de la Ley 19.496 de la República de Chile se expresa en el siguiente sentido: “La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”. De igual manera, la Ley 24.420 de la República Argentina, en su Artículo 1, expresamente establece que tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, toda vez que es la parte más débil en la relación contractual: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario”. Finalmente, dentro del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 8.078, del 11 de septiembre de 1990) de la República Federativa de Brasil, en su Artículo 1, se estipula nuevamente el objeto de normar las relaciones entre las partes y proteger al consumidor: “El presente Código establece normas de protección y defensa del consumidor de orden público e interés social”

⁴ Así lo señala el Artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de la República del Ecuador: “Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción”.

⁵ El Artículo 87 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de la República del Ecuador lo estipula: “La sentencia condenatoria lleva implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios”.

⁶ Así, la LODC, en su Artículo 4 numeral 8, establece el derecho que los consumidores o usuarios tienen a la reparación e indemnización por daños y perjuicios.

sustentada ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, por liquidación de daños y perjuicios, en el considerando octavo de la sentencia, se establece:

En torno al derecho de reclamar daños y perjuicios. Dice el Código Civil, en el Art. 1572, que “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código” (2012).

Con base en dicha consideración, el juzgador procedió a negar, dentro de la indemnización, el monto requerido por el actor en lo referente al daño moral.

De igual manera, en la causa N° 17230-2015-0236, por el mismo hecho, la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en el considerando octavo de la sentencia, señaló lo siguiente como motivación para negar la indemnización por daño moral:

Según lo dispuesto por el Art. 1572 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. El inciso final de esta disposición exceptúa de la regla de que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, los casos en que la ley la limita al daño emergente, así como las indemnizaciones por daño moral [...] De lo expuesto se deduce que el daño emergente y el lucro cesante constituyen daño material.— El Art. 2231 del Código Civil también hace la distinción entre el daño material y el daño moral, al establecer que “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”. En conclusión, cuando la ley se refiere al daño emergente y lucro cesante, o de manera general a la indemnización de daños y perjuicios, comprende solamente al daño material; pues cuando regula el perjuicio o daño moral lo hace de manera expresa (2015).

Ambas sentencias han determinado, de forma clara y expresa, que el daño moral no es objeto de reparación en las acciones iniciadas por violación a los derechos de los consumidores, porque lo caracterizan como excepcional o de interpretación restrictiva. Empero, en lo que aún es más grave, el Código Civil resulta aplicable de manera supletoria a la relación de consumo, ante las carencias de precisiones específicas del legislador ecuatoriano y la falta de hermenéutica protectoria de los tribunales.

Partiendo de esta consideración, es necesario realizar las siguientes puntualizaciones:

- a) De acuerdo con el *Diccionario Jurídico* de Cabanellas, la expresión “daños y perjuicios” corresponde a lo siguiente:

Constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. Ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño. En sentido jurídico, se considera daño el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio; la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo (2012).

- b) De una lectura más acuciosa del Artículo 1572 del Código Civil es fácil colegir que se refiere a los elementos que competen netamente a la reparación de daños materiales o patrimoniales, sin que esto excluya la reparación de daños inmateriales o extrapatrimoniales. Efectivamente, al mencionarse en el Artículo 1572 la expresión *indemnización de perjuicios*, se engloba única y exclusivamente una facción del derecho de daños, como lo es el daño patrimonial; más no se refiere a la *indemnización de daños y perjuicios*, señalado por el Artículo 87 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y que engloba —a nuestro juicio— tanto al daño patrimonial, como al extrapatrimonial.
- c) Es preciso tomar en consideración que el Artículo 2232 del Código Civil establece que se puede demandar la reparación de los daños morales “cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”, siendo estos daños el “resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado” y están especialmente obligados a esta reparación quienes causen “sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes”. Razones por las cuales el daño moral no puede ser excluido como objeto de reparación en ningún evento.
- d) Adicionalmente a ello, es necesario mencionar que la existencia de una relación contractual no excluye la existencia y obligación de reparar e indemnizar los daños morales o extrapatrimoniales⁷. Al respecto existe diversa normativa comparada que lo consagra, siendo excepcionalmente relevante lo estipulado por el profesor Solé i Feliu:

El análisis realizado hasta el momento nos lleva a defender, como regla general, la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento contractual [...]. Sin embargo, como ya se ha visto anteriormente, incluso estos últimos ordenamientos se ven en la necesidad de buscar criterios que permitan a jueces y tribunales indemnizar, con carácter excepcional y bajo ciertos presupuestos, el daño moral que deriva de un incumplimiento contractual [...]. Por todo ello, parece oportuno sostener como regla de principio la no exclusión de la indemnización de la angustia y los sufrimientos [...] (2009, p. 29).

En razón de lo expuesto, estipular que el daño moral o extrapatrimonial no es indemnizable en acciones iniciadas por violación al derecho del consumidor es un error manifiesto, producto de una errónea interpretación de la normativa vigente y, lo más grave, es que deja sin reparar un daño causado por el ilícito de consumo.

Conforme se verá a continuación, no sólo la legislación ecuatoriana reconoce y consagra la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, y por ende el daño moral, sino que de igual manera lo reconocen varios estatutos legales internacionales.

⁷ No obstante ello, en la República Argentina fue necesario reformar el Código Civil de Vélez Sársfield para incorporar, de modo expreso, la posibilidad de incluir el resarcimiento moral en aquellos casos de responsabilidad contractual. En tal sentido, la Ley 17.711 modificó el Art. 522 de dicho cuerpo normativo, en estos términos: “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”.

3. El daño moral, dentro de la relación de consumo, en el derecho comparado

3.1. Chile

En la legislación, doctrina y jurisprudencia chilena, podemos observar que la indemnización del daño moral dentro de la relación de consumo es una institución ampliamente aplicada.

Así, en la Ley 19.496, se consagra lo siguiente: “Artículo 3.- Son derechos y deberes básicos del consumidor: [...] e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales.”

En ese sentido, jurisprudencia varia ha consolidado este concepto. La Corte Suprema, dentro la causa rol N° 9357-2010 sentenció:

[...] condenándola a satisfacer [...] al pago [...] la suma de [...] como resarcimiento del menoscabo moral ocasionado al consumidor [...] y, en su lugar, decidieron desestimar la denuncia y demanda interpuestas [...]. Por estas consideraciones y lo prevenido en los Artículos 540, 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales y la Ley No 19.496, SE ACOGE el recurso de queja (2010).

De igual manera se pronunció en la causa rol N° 8426-2015:

[...] dedujo denuncia infraccional y demanda civil en contra de Cine Hoyts SpA por infracción a la Ley de Protección al Consumidor a causa de un accidente sufrido en dependencias de un cine [...]. Que, en ese contexto, resulta inconcuso que la demandante sufrió daño moral (2015).

Por su parte, la Corte de Apelaciones de La Serena, en la causa N° 60-2011 se ha manifestado en el mismo sentido, reconociendo la indemnización por daño moral dentro de la relación de consumo: “[...] permiten inferir, en forma fehaciente, el daño moral padecido por la actora [...] a consecuencias de su caída en el interior del supermercado “Jumbo” [...] por lo que no cabe sino acogerse la demanda por este rubro” (2011).

En consecuencia, el consumidor o usuario tiene la facultad de solicitar la reparación del daño moral irrogado. Esto permite que el daño moral sea reconocido en sede contractual, cuando inicialmente era reconocido únicamente en sede extracontractual. Domínguez, en ese sentido, menciona que no existe fundamentos o postulados que impidan su amplia aplicación (2006, pp. 227-244).

Inclusive, en tiempos tan lejanos como el año 1998, la misma autora postulaba, tras la aprobación de la Ley 19.496, el necesario abandono por parte de los tribunales chilenos de la doctrina que negaba el resarcimiento de daños morales o extrapatrimoniales en sede contractual, siendo la unificación del daño moral (su reconocimiento en sede contractual y extracontractual) un hecho justo y propio de la lógica jurídica (Domínguez, 1998, pp. 27-55).

En la normativa chilena existen varios supuestos a través de los cuales se vulneran los derechos de los consumidores y, de esa manera, se abre la puerta para la consecuente indemnización por daño moral⁸. Sin embargo, en nuestra opinión, es excepcionalmente

⁸ Al respecto podemos observar que existen varias aristas: a) El caso general (Arts. 3, 3 bis y 3 ter). La vulneración de los derechos generales de los consumidores (derecho a una información veraz, a la libre elección del bien o servicio, a la seguridad en el consumo de bienes o servicios, entre otros), consagrados en los artículos previamente mencionados, da lugar a la consecuente indemnización por daños materiales o morales a que hubiere lugar; b) El derecho que tienen los consumidores a demandar la indemnización por los daños ocasionados en caso de ser requerida la reparación del bien adquirido o la devolución de la cantidad pagada (Arts. 19, 20 y 22), incluyéndose en este particular los defectos por vicios ocultos; c) La indemnización por daños en caso de reparación inadecuada (Art. 40).

relevante la consagración del principio de buena fe objetiva como parámetro⁹, no sólo para la integración e interpretación del contrato, sino también para la determinación de ilícitos de consumo perpetrados a través de los contratos de adhesión.

A través de dicho principio se busca evitar graves desequilibrios en la relación de consumo, pero su efecto más importante es que se disminuye el peso de la autonomía de la voluntad de las partes. La autonomía la voluntad de las partes ya no es el eje central de la contratación, ya que el legislador buscó proteger al consumidor y, a través del *in dubio pro consumidor*, se nulifica toda cláusula que perturbe el equilibrio de prestaciones entre el proveedor y el consumidor (cláusulas abusivas). En la relación de consumo lo importante es la funcionalidad del contrato, es decir, que exista una total armonía entre el fin económico del contrato y las disposiciones legales que lo rigen.

Sin embargo, este entramado normativo, al igual que el ecuatoriano y los que se mencionarán a continuación, no otorgan lineamientos para poder cuantificar de forma adecuada esta reparación. Lo que constituye un grave problema, ya que de no estimarse con prudencia puede ser lesiva para el deudor y convertirse en una fuente de enriquecimiento sin causa a favor de la víctima, al punto de que, como mencionó Vergara en su momento, se haya estado frente a una mercantilización del daño moral en búsqueda por obtener un resarcimiento excesivo (2000, p. 70).

3.2. Argentina

En el ordenamiento jurídico argentino, a través de la Ley N° 24.240 que establece normas de protección y defensa de los consumidores, encontramos disposiciones similares:

En primer lugar, desde el punto de vista general o genérico aplicable al contrato de consumo:

Artículo 10 bis. – Incumplimiento de la obligación. El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor [...]. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

Adviértase, en virtud de la relación de consumo (Art. 42, Constitución de la Nación Argentina), que admite tanto la fuente contractual como la extracontractual, el incumplimiento del proveedor puede darse tanto en las negociaciones previas o tratativas preliminares como una vez ya perfeccionado el contrato, otorgándose al consumidor o usuario diversas posibilidades. Empero, sin perjuicio de optar por continuar o no con el vínculo jurídico, siempre tiene a su disposición la posibilidad de incluir aquellos rubros indemnizatorios (daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance y daño extrapatrimonial), en la medida que se hayan cumplido con los presupuestos de la responsabilidad civil.

Para el supuesto que el incumplimiento del proveedor haya generado un estado de angustia, ansiedad o turbación en el espíritu del consumidor, se podrá incluir como rubro dentro de la cuenta indemnizatoria al daño moral o extrapatrimonial. En efecto, recordemos que, en la sociedad de consumo, prácticamente, el consumidor se encuentra obligado a consumir, so pena de ser expulsado

⁹ Así se consagra en el Artículo 16, literal g, de la Ley 19.496 de la República de Chile: “Artículo 16. – No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: [...] g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

del mercado, y cuando un producto le ocasiona un daño moral debe ser indemnizado. Por supuesto, la intensidad del perjuicio deberá probarse en el caso concreto, siempre y cuando no haya existido un caso fortuito que haya obstaculizado el cumplimiento de la obligación de parte del proveedor.

En segundo lugar, en el marco de la aplicación de la garantía del producto, para el supuesto de reparación no satisfactoria o insatisfactoria:

Artículo 17. Reparación no satisfactoria. En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede: [...] En todos los casos, no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder.

En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el legislador ha previsto diversas opciones a favor del consumidor, que van de requerir la sustitución o pedir el valor equivalente. Empero, cualquiera sea la elección del consumidor, siempre tendrá a mano demandar o reclamar los daños patrimoniales o extrapatrimoniales que la falta de reparación del producto le hayan ocasionado.

En tercer lugar, para el supuesto de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa o servicio, conocido como daños por productos elaborados, o accidentes de consumo en el derecho argentino, advertimos:

Artículo 40. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

En cuarto lugar, en sede administrativa, en el marco del procedimiento previo de solución de conflictos, a cargo de la Autoridad de aplicación, nacional o local, puede pedir:

Artículo 40 bis. Daño directo. El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

En dicho sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, dentro del expediente N° 500310/36, en su fallo emitido el 29 de marzo de 2005, fue sumamente clara y expresa al señalar que el daño al consumidor debe ser entendido en su sentido amplio, debiendo incluirse el daño moral:

Ahora bien, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de este deber de información, en el caso que ocasione daños puede acarrear la responsabilidad fijada en el Art. 40 de la ley. El citado artículo refiere al daño ocasionado al consumidor en sentido amplio; por lo que al usuario o consumidor le asiste el derecho a reclamar a los responsables enumerados en el Art. 40, no sólo por el daño físico sufrido y por los perjuicios patrimoniales, sino también por el daño moral (2005).

En la misma línea, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de CABA, dentro del expediente N° 36.440-2010, ha admitido al daño moral como objeto de reparación en las relaciones de consumo:

El primer sentenciante [...] admitió condenar al citado como tercero, Sr. Hernán Paglia, a abonar a los actores la suma de \$3,500, con más intereses y costas, en concepto de daño emergente. También condena a [...] abonar [...] la suma de pesos 16.000 y a [...] la suma de pesos 22.000 en concepto de daño moral.

Y visto transcripto lo deliberado y conclusiones precedentemente, por establecidas en unanimidad de votos el Acuerdo el Tribunal decide: 1) Modificar la sentencia apelada admitiendo la demanda que por daños y perjuicios promovieran los actores contra “Mercado Libre SRL”, haciéndole extensiva la condena respecto a los resarcimientos indemnizatorios admitidos (2010).

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, también reconoce la pertinencia de la indemnización por daño moral en la relación de consumo, estableciendo que la inclusión errónea de un usuario en la base de datos de deudores del sistema financiero era causal de indemnización. Esta sentencia, emitida el 15 de agosto de 2014, es sumamente instructiva, toda vez que delimita ciertos tipos de incumplimientos contractuales que derivan en un agravio moral, invirtiéndose la carga de la prueba a favor de los usuarios o consumidores afectados (2014).

En dicho sentido, es necesario tomar en consideración lo dicho por la autora Graciela Lovece:

El mero incumplimiento en el marco de una relación de consumo en la cual la empresa pudiendo y estando obligada legalmente a cumplir no lo hace; implica un agravio moral, resultando innecesaria su prueba específica, según lo sostenido por el Art. 42, CN, que reconoce un derecho a la protección de los intereses económicos y extraeconómicos de los consumidores y usuarios (salud e integridad psicofísica, seguridad, dignidad etc.) de tal forma que la reparación del daño moral frente al incumplimiento contractual empresario no implica más que el cumplimiento adecuado de la directiva constitucional (2014, p. 422).

Extremadamente relevante, además, es la postura de Lorenzetti (1999), para quien en el derecho de consumo la brecha entre los regímenes de responsabilidad tiende a suprimirse. Por último, incluso se ha esbozado una tesis amplia aplicable al Art. 40 bis de la LDC, en su anterior redacción, postulándose por Molina Sandoval (2008), dentro de la noción de daño directo, también la inclusión del daño moral (Calderón, 2010).

Finalmente, resulta pertinente tomar en consideración la sentencia emitida por la IV Sala de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, en la cual se señaló expresamente como factor indemnizable por daño moral la pérdida de tiempo sufrida por el consumidor (2012).

Esto es vital, ya que se reconoce expresamente un hecho real dentro de la relación de consumo, el cual es la existencia de múltiples vicisitudes, reclamos y, por ende, una pérdida real de tiempo. Al respecto, los profesores Arias Cáu y Barocelli mencionan que es usual que los usuarios o consumidores sufran el tener que dejar de asumir sus compromisos personales o directamente el menoscabo en su libre disposición del tiempo, debiendo renunciar a él para atender sus reclamos. Para ello, argumentan:

Se ha sostenido que la pérdida del tiempo resulta un perjuicio indemnizable cuando esa pérdida, ajena a su voluntad, está originada por la acción u omisión de un tercero que cause un daño a una persona. Señala Zavala de González que resulta encomiable reconocer un daño moral por pérdida injustificada de tiempo —el cual es vida y libertad— ya que éste resulta jurídicamente significativo al margen de su función instrumental para logros existenciales y económicos (Arias Cáu y Barocelli, 2013, p. 17).

En nuestra opinión, dentro del daño moral¹⁰ deberán incluirse algunos hechos relevantes en el derecho de defensa del consumidor (ej. pérdida de tiempo; omisión de información; publicidad engañosa; etc.) y que pueden ser susceptibles de generar daños a la persona, como infracciones objetivas.

Por último, lo más relevante, es que la interpretación que realizan los autores y la jurisprudencia es de naturaleza protectoria del consumidor, teniendo como punto de mira abarcar la mayor extensión, siendo por tanto *extensiva de los derechos del consumidor*. A tales efectos, se utiliza como criterio hermenéutico el principio protectorio de rango constitucional (Art. 42, Constitución de la Nación Argentina) y legal (Arts. 1, 3 y concordantes, Ley N° 24.240), conjuntamente con el denominado *in dubio pro consumidor* (Art. 3), a fin que actúen como una válvula de escape para aquellos casos dudosos, que sirven para morigerar la normativa civil y comercial prevista para situaciones diversas a las previstas en la actual sociedad de consumo.

Por lo tanto, ante la pregunta si los daños extrapatrimoniales se encuentran incluidos o no en la normativa del derecho de defensa del consumidor, la respuesta positiva se impone. Ello, con fundamento en el Art. 3 *in fine* ya citado, que prescribe: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

3.3. Brasil

En cumplimiento de la manda contenida en la Constitución Política de la República Federativa del Brasil de 1988 (Art. 5 y disposición transitoria; Art. 48), el Congreso Nacional dicta la Ley N° 8078 que sanciona un régimen normativo protectorio del consumidor, conocido como “Código de Defensa y Protección del Consumidor¹¹” (CDC) en el año 1990.

El CDC trae diversas normas referentes a la responsabilidad por daños dentro de la relación de consumo, en virtud de las cuales el consumidor estándar o equiparado puede reclamar a los proveedores los daños y perjuicios sufridos, y que pasaremos brevemente revista.

Uno de los derechos básicos del consumidor consiste en:

Artículo 6. – Son derechos básicos del consumidor: [...] VI) la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos. VII) el acceso a los órganos judiciales y administrativos para la prevención o reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos o difusos, asegurando la protección jurídica, administrativa y técnica a los necesitados.

¹⁰ “En lo que respecta al daño moral, habiéndose demostrado que con la adquisición de un auto BMW de alta gama no se reunieron las características ofrecidas en el propio instructivo del vehículo, además de todas las vicisitudes que el consumidor tuvo que transitar para hacer valer la garantía, es que considero que se encuentra acreditado el agravio como resultado existencial negativo diferente de aquél al que se encontraba antes de la compra del auto, siendo procedente la indemnización que en concepto de daño moral fuera reclamada” (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 2014).

¹¹ Utilizamos para la consulta el “Código de Protección y Defensa del Consumidor”, Ley 8.078, del 11 de septiembre de 1990, editado por la Autarquía de Protección y Defensa del Consumidor del Estado de Río de Janeiro y la Secretaría de Estado de Protección y Defensa del Consumidor, Gobierno de Río de Janeiro, Río de Janeiro, 2014.

Se advierte, por tanto, que el legislador brasileño, a fin de aventar dudas, ha incluido de modo expreso como un derecho básico del consumidor la prevención y reparación *efectiva* de los daños patrimoniales y morales, y que será aplicable tanto a los derechos individuales del consumidor en sentido estricto, como también aquellos colectivos propios de los derechos individuales homogéneos, y aún, para el caso de los difusos. Luego, agrega, el modo especial de llevarlo a la práctica mediante el acceso a los órganos, tanto judiciales como administrativos.

Como un modo de protección del consumidor, se han establecido en el Artículo 51 un elenco de cláusulas contractuales que serán nulas de pleno derecho. Su carácter es meramente enunciativo. En particular, nos interesa la primera de ellas.

Artículo 51. Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que: I – impidan, exoneren o atenúen la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos y servicios o impliquen renuncia o deposición de derechos. En las relaciones de consumo entre el proveedor y el consumidor o persona jurídica, la indemnización podrá ser limitada, en situaciones justificables.

Adviértase que la primera cláusula elegida a fin de considerarla nula, *ipso jure*, ha sido aquella que pudiera incluirse en contratos de consumo y que tenga por efecto limitar, impedir o suprimir la responsabilidad del proveedor por vicios o bien que implique una renuncia a pedir, por ejemplo, una indemnización por daño moral. Para el supuesto que ella fuera incluida en un contrato de consumo se tendrá por nula de pleno derecho porque implicaría una renuncia anticipada de un derecho, propio y específico, del consumidor en materia de daños. Tratándose de normativa de orden público, se advierte que los derechos otorgados por el régimen protectorio, de rango constitucional e infra legal, *no son disponibles* por las partes y, especialmente, por el proveedor en tanto sujeto predisponente de los contratos. Y, para el caso que ello suceda, la sanción prevista por el legislador es clara: *nulidad de pleno derecho*.

En materia responsabilizatoria, se han distinguido diferentes supuestos en los cuales el proveedor, en sentido lato, tendrá la obligación de responder frente al consumidor de acuerdo a los daños ocasionados.

En primer lugar, la responsabilidad por accidentes de consumo:

Artículo 12. El fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero y el importador responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos resultantes del proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o envase de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.

En este supuesto legal, se regula la responsabilidad por productos elaborados o accidentes de consumo¹², en los cuales los distintos eslabones de la cadena de producción, distribución y comercialización de productos o servicios responderán por aquellos daños causados a los consumidores. Recuérdese que, en el CDC, siempre que se menciona el término “daños” se incluyen tanto los patrimoniales como los morales (Art. 6, *in fine*), conforme fuera adelantado. No interesa el factor de atribución subjetivo (culpa o dolo) frente al consumidor, puesto que todos ellos responden objetivamente por los daños causados.

En segundo lugar, la responsabilidad por vicio del producto o servicio:

¹²Se origina en la “violación de un deber de seguridad que se imputa a todos los proveedores” (Miragem, 2012, p. 486).

Artículo 25. Es prohibida estipulación contractual de cláusula que haga imposible, exonere o atenúe la obligación de indemnizar prevista en esta sección y en las anteriores. § 1. Habiendo más que un responsable de causar el daño, todos responderán solidariamente por la reparación prevista en esta sección y en las anteriores. § 2. Siendo el daño causado por componente o pieza incorporada al producto o servicio, serán responsables solidarios su fabricante, constructor o importador y aquel que haya realizado la incorporación.

En idénticos términos al caso anterior, también se incluye una norma expresa que impida la inclusión de cláusula alguna al contrato de consumo que impida o limite de alguna manera la obligación de indemnizar. Y, para el supuesto que ello ocurra, la sanción es su expresa prohibición careciendo de efecto vinculante para el consumidor, quien podrá promover una acción judicial a los efectos de obtener la reparación del daño originado a pesar de la inclusión de una cláusula en contrario por parte del proveedor. Por lo tanto, cabe reproducir los mismos considerandos que sostuvimos más arriba. En efecto, esta responsabilidad, también, comprende la “reparación de daños patrimoniales y morales” (Art. 6, VI), “siempre que haya perjuicios resarcibles” (Miragem, 2012, p. 499); por ello, en contrapartida, el proveedor “posee el deber de indemnizar los perjuicios sufridos por el consumidor, [por ejemplo] por la privación del uso del bien durante el plazo de reparación¹³” (Bessa y Moura, 2014, p. 132).

En tercer lugar, la responsabilidad por incumplimiento de la oferta por parte del proveedor:

Art. 35. Si el proveedor de productos o servicios se rehúsa a cumplir con la oferta, presentación o publicidad, el consumidor podrá elegir alternativamente y a su opción: I. exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de acuerdo a los términos de la oferta, presentación o publicidad; II. aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; III. rescindir el contrato con derecho a la restitución del monto eventualmente anticipado, debidamente corregido, y pérdidas y daños.

En la oferta de productos y servicios, recordemos, toda información “obliga al proveedor que la haya transmitido o que de ella se utilice, pasando a integrar el contrato que venga a ser celebrado” (Art. 30 CDC), debiendo “asegurar informaciones correctas, claras, precisas, ostensivas, y en idioma portugués” (Art. 31 CDC), facultándose al consumidor a elegir entre diferentes opciones para el caso de incumplimiento (Art. 35 CDC). Así, el “incumplimiento de este deber puede dar causa tanto al cumplimiento específico de la obligación con la que se compromete la oferta (cuando esta fuera más ventajosa para el consumidor), como la imposición de sanciones específicas prevista en el CDC, sin perjuicio de indemnización por pérdidas y daños al consumidor o a la colectividad perjudicada” (Miragem, 2012, p. 227).

Dentro del ámbito jurisprudencial, en línea con lo previamente señalado dentro de la esfera normativa y doctrinaria, la justicia brasileña ha reconocido ampliamente las indemnizaciones por daño moral dentro de la relación de consumo.

¹³ “En términos prácticos, una alternativa posible para el proveedor, es entregar al consumidor, mientras dura la reparación, otro bien, evitándose el posterior deber de indemnización” (Bessa y Moura, 2014, p. 132).

Dentro del Recurso Especial N° 1.562.700 / SP¹⁴, la Tercera Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, a través de su Ministro Paulo de Tarso Sanseverino mediante sentencia dictada el 6 de diciembre de 2016, ordenó el pago de R\$ 10.000 (diez mil reales), por concepto de indemnización de daño moral, debido a la vulneración del deber de información consagrado en el Código de Defensa del Consumidor brasileño.

En la misma línea, dentro del Recurso Especial N° 1.250.505 / RS¹⁵, la Cuarta Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, a través de su Ministra María Isabel Gallotti mediante sentencia dictada el 25 de octubre de 2016, ordenó el pago de R\$ 5.000 (cinco mil reales), por concepto de indemnización de daño moral, debido a la violación de los derechos de los consumidores por llevar a cabo prácticas comerciales encuadradas en el concepto de publicidad engañosa.

Por último, la fijación del monto de indemnización en concepto de daño moral dependerá de las circunstancias del caso, de la prueba aportada por el consumidor y del contexto en que el daño se haya producido.

En un caso de responsabilidad civil, en el cual un paciente estaba internado en un hospital, ante la falta de prestación de servicios por cuestiones financieras, se dijo con respecto al monto de daño moral, lo siguiente:

La determinación del importe debido en concepto de daño moral queda al prudente arbitrio del juez, debiendo pesar, en estas circunstancias, la gravedad y duración de la lesión, las posibilidades de quien debe reparar el daño y las condiciones del ofendido (Tribunal de Justicia de Pernambuco, 2010).

En razón de lo expuesto, y de la mano con lo estipulado por la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada, concluimos que la expresión daños y perjuicios, presente en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de la República del Ecuador, engloba precisamente al daño moral, no lo excluye, como desafortunadamente lo interpretaron los jueces ecuatorianos en las causas mencionadas.

4. Conclusiones

- a) El daño moral, conforme a todo lo previamente señalado, es indemnizable dentro de las relaciones de consumo. Toda manifestación en contrario es absolutamente errónea, máxime cuando la postura de negar el daño extrapatrimonial dentro de relaciones contractuales está ampliamente superada desde hace varios años. Los juzgadores deben aplicar íntegramente la normativa, y evitar toda interpretación que no se corresponda con el espíritu de la misma. Argumentar que está vedada la reparación del daño moral o extrapatrimonial, en un ámbito donde lo que se busca

¹⁴ “[...] 3. La información adecuada y clara sobre el servicio a ser brindado es un derecho básico de los consumidores (Art. 6, III, de la CDC). 4. La información insuficiente o inadecuada hace que el servicio sea defectuoso, ocasionando responsabilidad por falta de servicio (Art. 14 de la CDC) y la obligación de reparar el daño causado a los consumidores [...] Nota: La indemnización por daños morales asciende a R\$ 10.000 (diez mil reales) para cada actor” (Tercera Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, 2016).

¹⁵ “1. Viola el principio de buena fe objetiva que debe observar el proveedor del producto, abusando de la mala salud del consumidor, su avanzada edad y su condición social, prometiendo falsamente la cura para sus enfermedades con un producto sabidamente ineficaz [...] 2. El consumidor, al utilizar los recursos para comprar equipos costosos ineficaces, perdió la posibilidad de someterse a los tratamientos adecuados para curar o aliviar sus males [...] Nota: La indemnización por daños morales asciende a R\$ 5.000,00 (cinco mil reales)” (Cuarta Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, 2016).

- es proteger y dotar de derechos y obligaciones al consumidor al ser la parte más débil de la relación contractual, simplemente no tiene asidero.
- b) No obstante, lo señalado, esta aplicación no es amplia, toda vez que no todo incumplimiento contractual es causal de indemnización por daño moral, implicaría un resarcimiento excesivo a favor de la víctima, lo que conllevaría, efectivamente, a una mercantilización del daño moral, lo cual se debe evitar a toda costa ya que esa no es su naturaleza.
 - c) Fallos como los analizados dentro de este trabajo demuestran la imperiosa necesidad que tiene Ecuador, dentro del plano jurídico, de que los jueces adopten las nuevas vertientes doctrinarias, a fin de dotar de real sentido a la normativa vigente a través de sus resoluciones.
 - d) La interpretación de las leyes de defensa del consumidor debe ser estricta, teniendo en cuenta la finalidad protectora de sus contenidos, utilizándose con precaución el texto y la doctrina de los Códigos Civiles y Comerciales, por ser basadas en nociones distintas a la actual sociedad de consumo.

Referencias bibliográficas

- Arias Cáu, E. y Barocelli, S. (2013). Productos defectuosos, pérdida de tiempo y derechos del consumidor. *La Ley, Doctrina Judicial*, 29 (16), 1-14.
- Bessa, L.y R. y Moura, W. (2014). *Manual de direito do consumidor* (4ª ed.). Brasilia: Escola Nacional de Defesa do Consumidor.
- Cabanellas, G. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Buenos Aires: Heliasta.
- Calderón, M.R. (2010). El daño directo (Art. 40 bis de la Ley 24.240). En L. Fernández (dir.). *Responsabilidad Civil. Homenaje al Profesor Doctor René A. Padilla* (pp. 151-168). Buenos Aires: La Ley.
- Domínguez, C. (1998). La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 25 (1), 27-55.
- (2006). La reparación del daño moral derivado del contrato de derecho civil chileno: realidad y límites. *Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales*, 3, 227-255.
- Lorenzetti, R. (1999). *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Lovece, G. I. (2014). Protección integral del derecho a la salud. *Revista jurídica la Ley*, 2014 (B), 422-428.
- Miragem, B. (2012). *Curso de direito do consumidor*. 3ª edição, Sao Paulo: Revista dos Tribunais.
- Molina Sandoval, C. (2008). *Derecho de Consumo. Con la reforma de la Ley 26.361*. Córdoba: Advocatus.
- Solé i Feliu, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derechos español. *Revista para el Análisis del Derecho (INDRET)*, 1, 2-42.
- Vergara, J. P. (2000). La mercantilización del daño moral. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 1, 67-81.

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2000). *Ley Orgánica de Defensa al Consumidor*. 16 de enero de 2015.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2005). *Código Civil*. 22 de mayo de 2015.
- Congreso Nacional de la República de Chile (1997). *Ley N° 19.496*. 7 de marzo de 1997.
- Gobierno de Río de Janeiro (2014). *Código de Protección y Defensa del Consumidor*. 11 de septiembre de 1990.
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1993). *Ley N° 24.240*. 15 de octubre de 1993.

Sentencias

- Cámara Civil y Comercial de Rosario (2012). *Vázquez Ferreyra con Claro AMX Argentina y otro*. Sentencia de 7 de agosto de 2012. Expediente N° 5/2012.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (2005). *Cuello con Telecom Personal S.A.* Sentencia de 29 de marzo de 2005. Expediente N° 500310/36.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza (2014). *Salinas con Banco Columbia S.A. y otro*. Sentencia de 15 de agosto de 2014. N° MJ-JU-M-88511-AR.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de CABA (2012). *Claps y otro con Mercado Libre SRL y otro*. Sentencia de 5 de octubre de 2012. Expediente N° 36.440-2010. <http://www.protectora.org.ar/wp-content/2012/05/Fallo_Claps_Mercado_libre.pdf>
- Corte de Apelaciones de La Serena (2011). *Corvas y otro con Cencosud Supermercado S.A.* Sentencia de 28 de junio de 2011. Causa N° 60-2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago (2015). *Faúndez con Constructora y Administradora Uno S.A.* Sentencia de 15 de marzo de 2015. Rol N° 1751-2015.
- Corte Suprema de Chile (2010). *Olmos con Paris S.A. y otro*. Sentencia de 23 de marzo de 2011. Rol N° 9357-2010.
- (2015). *Paredes con Cine Hoyts SpA*. Sentencia de 11 de agosto de 2015. Rol N° 8426-2015.
- Cuarta Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil (2016). *Fagundes con Fisiolar Negrão e Munhoz LTDA*. Sentencia de 25 de octubre de 2016. Recurso Especial N° 1.250.505/RS.
- Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha (2012). *Yáñez con General Motors S.A. y otro*. Sentencia de 10 de diciembre de 2012. Proceso N° 17306-2012-1470.
- Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (2014). *Capaccioni, Roberto Luis con Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A.* Sentencia de 30 de septiembre de 2014. N° AR/JUR/50192/2014
- Terceira Turma del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil (2016). *Lopes y otro con Santos Brasil Viagens e Turismo LTDA-ME*. Sentencia de 6 de diciembre de 2016. Recurso Especial N° 1.562.700/SP.
- Tribunal de Justicia de Pernambuco (2010). *Vieira de Souza con Real Hospital Português de Beneficência Em Pernambuco y otro*. Sentencia de 11 de marzo de 2010. Apelación Civil N° 0604589-4.
- Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito (2015). *Yáñez con General Motors S.A. y otro*. Sentencia de 25 de mayo de 2015. Proceso N° 17230-2015-0236.