**DOS COMENTARIOS EN RELACION AL DAÑO MORAL SUBJETIVO**

**EL LLAMADO DAÑO MORAL MINIMO**

**EL DAÑO MORAL PRODUCIDO POR EL SENTIMIENTO DE**

**VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COMO CONSUMIDOR**

**Msc. Carlos Manavella**

Queremos, en esta misma ocasión, referirnos a dos temas muy interesantes que han surgido recientemente en la doctrina y legislación comparada en materia de daño moral subjetivo. Uno es el del llamado “daño moral mínimo” y otro es del “daño moral producido por el sentimiento de vulneración de los derechos como consumidor”, temas que, aunque distintos, se enrolan en la discusión de que es lo que debe –o no- ser reparable en este tipo de daños.

Más que todo el objeto de este trabajo es divulgar ante el lector costarricense ciertas discusiones que se viene dando en otros países y que podrían enriquecer nuestras reflexiones locales sobre el tema.

1. **EL LLAMADO “DAÑO MORAL MÍNIMO”**

Podría razonarse que, en nuestro caso, partir de la consagración constitucional expresa del principio de total indemnidad en el artículo 41 de la Constitución Política -*“Ocurriendo a las leyes,* ***todos*** *han de encontrar* ***reparación*** *para las injurias o* ***daños*** *que hayan recibido* ***en su persona, propiedad o intereses morales****. (…)”* una temática como la que aquí proponemos podría resultar bizantina ya que pareciera ser que el mandato obligaría a reparar todos los daños patrimoniales o extrapatrimoniales, sean de la entidad que sean, aun cuando puedan reputarse “mínimos”.

En términos generales, cierta doctrina y jurisprudencia comparada han considerado que, a diferencia del daño material que siempre debe ser reparado en la medida que se pruebe, en el caso del daño moral subjetivo o de afección, la alteración del ánimo que autoriza la reparación del daño moral debe presentar cierta magnitud para ser reconocida como tal ya que no cualquier malestar trivial, de escasa importancia, propio de la vicisitudes de la cotidianeidad o de la inevitable convivencia o de la actividad que el individuo desarrolle, lo configurarían.

La cualidad de agravio moral como un perjuicio *in re ipsa* no exime a quien sostiene este tipo de padecimiento de la exigencia de alegar clara y concretamente de qué manera el mismo se suscitó y en qué consiste lo que permitirá al juzgador apreciar su magnitud y el mérito de ser objeto de resarcimiento económico.

Esto significaría establecer, empíricamente y *ad hoc*, la existencia de un “umbral” o “piso” de molestias, inconvenientes o disgustos a partir del cual recién este perjuicio se configuraría jurídicamente siendo procedente su reclamo, dependiendo su reconocimiento en principio del arbitrio judicial, para lo cual bastaría la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión ni prueba específica para tenerlo por demostrado.

Hace tiempo, la doctrina y la jurisprudencia de otros países vienen acuñando el concepto de “daño moral mínimo" tratando de arribar a la conclusión, básicamente empírica, sobre dónde se encuentra el umbral o piso a partir del cual los estados de angustia, incertidumbres, molestias, padecimientos o incomodidades constituyen daño moral resarcible, notándose, por otro lado, un descenso considerable de dicho umbral.

Así se habla de "daños morales mínimos", a los que se los concibe como "aquellas angustias, molestias o trastornos provocados a una persona que, aunque no son graves y de envergadura, producen y son injustos, no están fuera de la tutela resarcitoria bajo el pretexto de ser mínimos".

**La jurisprudencia argentina**

En este mismo mes, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Provincia de Buenos Aires, en la causa Bargas Sandra Marina c/ Casa Silvia S.A, en sentencia del 22/12/ 2011, revisando una de primera instancia, se refirió a estas cuestiones.

En el caso, S.M.B inició contra C.S.S.A un proceso de reclamación de daños y perjuicios en virtud de que había recibido, en forma errónea, de la empresa demanda, una carta en la que se la consideraba garante de otra persona que, efectivamente les adeudaba.

Manifestaba la actora que desconocía totalmente a la deudora, que nunca había suscripto documento alguno con ella y que cuando se presentó ante la empresa con el objeto de aclarar la situación el personal administrativo de la misma intentó confundirla con la intención de hacerle firmar un papel como garante, a lo que se negó en forma rotunda. Por esa razón envió a la accionada una carta documento considerando falaz, maliciosa e improcedente la misiva de la empresa negando adeudar suma alguna, como así también haberse constituido como garante.

En su acción reclamaba daño moral y psicológico, pago de costos causídicos extrajudiciales, intereses y costas.

La empresa demandada contestó reconociendo sus cartas y afirmando que se trataba de un error que constituía un episodio corriente en este tipo de giro comercial, a la vez que consideraba exagerados los montos resarcitorios reclamados por la actora.

La primera instancia había rechazado la demanda incoada considerando, por un lado, que no se había acreditado el nexo causal que vinculara el daño reclamado con el hecho causante del mismo y, por otro, porque, mas allá de haberse probado que la actora sufrió padecimientos al habérsela considerado deudora, el corto tiempo que duró la incertidumbre no constituía daño moral resarcible.

Ante ello, la actora apeló la sentencia, cuestionando la apreciación sobre la inexistencia del nexo causal y, en lo que aquí interesa, aseverando que debían valorarse seriamente los momentos de incertidumbre, dolor psíquico, molestias, sinsabores, angustias, etc… conforme surgía de la prueba producida.

Había quedado demostrado perfectamente en autos que el hecho considerado dañoso, el envío de la carta errónea, fue un acto realizado con ligereza y negligencia, toda vez que una entidad dedicada a la actividad crediticia debería actuar con la mayor diligencia y ello relacionado con la seguridad que debe brindar a sus clientes y potenciales clientes en el manejo de la información que se realiza de sus datos personales y su condición frente al crédito. En este contexto la responsabilidad de la demandada nacía por la imprudencia de haber remitido una carta en esos términos provocándole las molestias, angustias e inconvenientes por los que realizaba el reclamo indemnizatorio quedando así demostrado el hecho antijurídico que afectó a la actora, comprendiendo ello el daño y el nexo causal.

Por otra parte, en la sentencia cuestionada se habían probado dichos padecimientos por parte de SMB, aunque no se los consideró resarcibles.

El Tribunal recordó una también reciente sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires donde se conceptualiza el daño moral, diciendo: "Debe considerarse al daño moral como la lesión a derechos que afecten el honor, la tranquilidad, la seguridad personal, el equilibrio psíquico, las afecciones legítimas en los sentimientos o goce de bienes, así como los padecimientos físicos o espirituales que los originen, relacionados causalmente con el hecho ilícito. En cambio no es referible a cualquier perturbación del ánimo. Basta para su admisibilidad la certeza de que existió, ya que debe tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica daño in re ipsa-. (SCBA C 101573 del 17-8-2011, "Binelli, Rosana Laura c/ BBVA Banco Francés S.A. s/ Daños y perjuicios").

También trae a consideración otras resoluciones que señalan que “el daño moral constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible solo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuída a otra configura un daño moral” (SCBA L 55.728 del 19-995, "Toledo, AC y Sent. 1995-III-635, ésta Cámara Sala II causa citada "Carrillo..." del 11/02/2010, esta Sala causa n° 54208 "Martinez c/ Galarza..." del 15/12/2011).

De allí que probados los padecimientos de la actora, y aunque el estado no se prolongó en el tiempo, se dieron ciertos daños que, aun siendo mínimos, han de resarcirse, lo que también significa que hay ciertos daños que no son resarcibles

Por otra parte un repaso por los repertorios jurisprudenciales argentinos permite constatar que ese umbral o piso a partir del cual las molestias, padecimientos o incomodidades constituyen daño jurídico en la órbita del daño moral ha descendido notablemente.

Como dice ZAVALA GONZALEZ "para reputar configurado un daño moral, no resulta necesario probar llanto, sufrimiento o depresión exteriorizados hacia terceros; aquel reviste superior amplitud y se configura ante un contexto que altere el equilibrio existencial de las personas muchas veces íntimo y no publicitado... no necesita presentar testigos que relaten haber presenciado aquellas situaciones, ni el juez podría rechazar la pretensión por falencia de declaraciones de ese tenor. Insistimos en que, prácticamente, dicha solución no reconoce excepciones cuando se arremete la existencia, la salud o la dignidad de las personas" (Tratado de Daños a las Personas. Resarcimiento del daño moral, p. 505).

**La jurisprudencia patria**

En Costa Rica, también recientemente, se presentó una situación que aunque no idéntica, pudo permitir la introducción de ciertos razonamientos similares. A raíz de la caída que sufrió un menor en los pasillos de un conocido supermercado, cuyo piso estaba mojado producto de goteras, donde sufrió una fractura en su tibia izquierda, que lo inmovilizó e incomodo por casi sesenta días, sus padres reclamaron, junto al daño material y al daño físico, la suma de ¢5 000 000,00 por daño moral y ¢1 000 000,00 por daño psicológico. La tesis de la demandada, en este punto, era que tanto las pretensiones como las sumas fijadas en otras instancias resultaban excesivas ante los daños morales y psicológicos que se describían.

Ante esto la Sala de Casación afirmó:

“… **X.** Los hechos de la demanda contienen una breve síntesis de las circunstancias que rodearon al accidente del que fue víctima el menor. En el identificado con el número 4 se refiere que estuvo gritando luego de la caída. Además, en el acápite de pretensiones, de manera literal indicaron: *“Daño moral: Debido a que el menor vio interrumpidas sus actividades cotidianas y normales para él y pasar de ser un niño activo a un niño obligatoriamente pasivo producto de la lesión, del* ***dolor*** *indescriptible, que probablemente solo nosotros como padres logramos visualizar, la* ***impotencia*** *de poder hacer frente a sus actividades académicas y deportivas, ha causado trastornos psicológicos**al menor y de* ***pérdida de su autoestima*** *(…)”* (El destacado es suplido). Esto evidencia que sí formularon reclamos por aflicciones del fuero interno, que fueron examinados como daño moral, de ahí que al concederlos, no se quebrantó la congruencia del fallo, pues mediaba correlación con lo pedido por la parte actora y lo definido en sentencia. Ahora, respecto a la proporcionalidad del daño –exorbitante según el recurrente- estima la Sala que lleva razón. En efecto, conforme al cuadro fáctico que se tuvo por demostrado, el menor estuvo con la férula por espacio de 60 días. Si bien esto le debió generar tristeza, impotencia y enojo –entre otros sentimientos-, estima la Sala que no hay correlación entre el tiempo que duraron esas afectaciones y la indemnización concedida, que en criterio de esta Cámara debe fijarse en la suma de ¢1 000 000,00. Nótese que la finalidad de la responsabilidad civil es asegurar, hasta donde sea posible, la indemnidad del sujeto, o al menos su reparación, por lo cual la imposición de sanciones veladas, al estilo de los daños punitivos normados por otros ordenamientos, están fuera de la idea plasmada por el Constituyente en el artículo 41 supra relacionado. Por estas razones habrá de acogerse el recurso para anular la sentencia del Tribunal únicamente respecto al monto impuesto por daño moral, revocar el del Juzgado y conceder, por ese importe, la suma de ¢1 000 000,00.”. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. N° 001153-f-s1-2011 de la 9,35 hrs. del 3 de setiembre del 2011.)

Entendemos que de este modo la Sala de Casación al mismo tiempo que desestimula las pretensiones económicas exageradas propias de los sistemas en donde la responsabilidad civil cumple también una función punitiva o disuasiva, deja claro que aunque ciertos daños morales por afección resulten mínimos, deben ser reparados.

**DAÑO MORAL PRODUCIDO POR EL SENTIMIENTO DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COMO CONSUMIDOR**

Una cuestión distinta, pero en la línea de legitimar reclamaciones de daños morales que podrían considerase mínimos o de escasa importancia es el “daño moral producido por el sentimiento de vulneración de los derechos como consumidor” del cual se viene ocupando la jurisprudencia argentina.

Una reciente sentencia del país del sur, "Miñones Roberto Osvaldo c/ Electrónica Megatone S.A. y Otro s/ sumarísimo (Trámite Ley 24240 defensa del consumidor, Juzgado Civil y Comercial de Federación de la Provincia de Entre Ríos del 18 de marzo del 2008), incorpora ideas importantes en torno a la reclamación por daños en el Derecho del Consumidor.

La primera es la conceptuación del daño producido por el “*malestar*” relacionado con el “*sentimiento de vulneración de sus derechos como consumidor*”, entendiendo que “*la protección de éste no deriva del incumplimiento contractual sino de la afectación provocada en su calidad de consumidor*”

Sobre este aspecto, dice la sentencia glosada que:

*"… Es evidente el* ***malestar****, la impotencia frente a la no solución del problema por los caminos correctos y acorde a los derechos de todo consumidor"… y "este malestar o trauma esta relacionado con el* ***sentimiento de vulneración de sus derechos como consumidor****"… ya que esta situación que ha vivido, debido a la compra de un producto en una casa de electrodomésticos, ha influido negativamente en su subjetividad, provocando susceptibilidad frente a una posible compra …*

*… Debe aclararse además que en el sub-caso,* ***la protección del actor, no deriva del incumplimiento de un contrato de compraventa, sino de la afectación provocada en su calidad de consumidor****, "en la relación de consumo", situación contemplada por la Carta Magna Nacional en su art.42…*

*… Lo dicho reviste importancia por cuanto el origen del deber de reparar no está dado por el incumplimiento de un contrato, sino de una situación más compleja como es violar los deberes resultantes de la relación de consumo. Expresa Osvaldo Alfredo Gozaíni que se "debe dispensar una tutela especial a la confianza del consumidor, en razón de la complejidad del tráfico que hace exigible la protección responsable del consumidor (art.42 ley 24240) y la confianza como principio de contenido ético impone a los operadores un inexcusable deber de honrar las expectativas" (CNCom, sala B, 28/12/2000, "Multidiseño SA y otro c BBV Banco Francés SA" Lexis Nº1/500051, íd, 12/9/2000, "Derderián Carlos c/ Citibank NA" JA 2003-II-450; íd, 1/4/2003, "Cova Rodolfo J c/ Banco Caja de Ahorro SA" JA 2003/III/819 en GOZAINI Osvaldo Alfredo; "Protección Procesal del Usuario y Consumidor" Rubinzal, pag.20)…*

*… Hay que tener presente que el consumidor llega al producto luego que se convence de su necesidad. Necesidad que deriva probablemente de cuestiones personales, pero además por ser la consecuencia de la publicidad y otros medios de inducción utilizados por la modernas empresas proveedoras de bienes de consumo masivo. La adquisición de bienes por impulso o moda, lleva a considerar casi de indispensable uso lo que ayer eran lujos o excentricidades.* ***Quienes provocan este cambio de conducta en los ciudadanos, creando las "normas sociales de consumo"*** *(Stiglitz y Stiglitz, "Derechos y Defensa del Consumidor", La Rocca, pag.22 y ss****.), deben responsabilizarse de los daños que ocasiona la insatisfacción vivencial de quienes inducidos por estas técnicas comerciales ven frustradas sus expectativas consumeriles por la inadecuada provisión del ansiado producto."***

La otra idea interesante viene ligada a la posibilidad de reclamar daño moral o extra-patrimonial en estas ocasiones, al entender que se trata de una categoría ontológica diversa que no guarda necesariamente relación o proporcionalidad monetaria con el daño patrimonial.

Así, dice la sentencia:

*"…* ***El daño moral****, por tratarse de una especie de daño extra-patrimonial****, no debe guardar necesaria relación o proporcionalidad monetaria con el daño patrimonial*** *al que se aludió supra, por ser una categoría ontológica diversa de este y de los otros daños extrapatrimoniales como son el biológico y el existencial. Por ello debe contemplarse en su fijación las particularidades de la causa;...*

*…****La reparación del daño moral no está excluido en el Derecho del Consumidor****, así vemos que el art.40 LDC, no diferencia tipos de daños que deben repararse, y lo viabiliza el art.17 in fine LDC, es por ello y por la aplicación de los arts.18 y 42 CN y 1078 Código Civil, corresponde mandar resarcir el daño moral; máxime en una situación como la que nos ocupa en que el proveedor no demostró que la causa del daño le era ajena…*

*…En función de lo antes expuesto, corresponde también condenar a pagar el daño moral ocasionado el que se fija en la suma reclamada pues el monto justipreciado por el demandante de Pesos Dos Mil ($ 2000) resulta razonable en este caso atendiendo a las condiciones particulares de la víctima, las expectativas que se vieron frustradas; el trajín al que se ha visto sometido del cual la iniciación de la presente causa es la prueba mas elocuente y, además, debo considerar la absoluta omisión del cumplimiento de los deberes a cargo de la demandada."*

**Comentario:**

Nuestro comentario se dirige en dos sentidos:

El primero, es que, a partir de estas ideas, en materia de Derecho del Consumidor, debe distinguirse entre el daño (material o moral) que nace de un evento que genera la responsabilidad civil extracontractual, consistente en la afectación surgida como consecuencia de hecho dañoso, de este otro tipo de daño extra-patrimonial consistente en el “malestar” *“ la impotencia frente a la no solución del problema por los caminos correctos y acorde a los derechos de todo consumidor relacionado con el sentimiento de vulneración de sus derechos como consumidor" derivado no del incumplimiento contractual sino de la” afectación provocada en su calidad de consumidor.”*

Es decir, en nuestro caso, debe distinguirse entre el régimen de responsabilidad contemplado en el (ahora) artículo 35 de la Ley Nº 7472, de esta nueva posibilidad de reclamo ya que, inclusive, podría suceder que una conducta violatoria de las obligaciones del agente económico no produzcan daños del primer tipo sino situaciones de “malestar” propias de este otro tipo.

El segundo sentido de este lacónico comentario es que, consideramos, que las ideas expuestas en la sentencia argentina anotada son perfectamente aceptables en el ordenamiento costarricense, al no hacer nuestra Ley Nº 7472 referencia alguna al tipo de daños que pueden ser reclamados en las relaciones de consumo, permitiéndonos integrar supletoriamente con las normas y principios de la responsabilidad civil extra- contractual ordinaria.