

Trabajo final de graduación.



“APLICABILIDAD DE LOS DAÑOS  
PUNITIVOS”

Alumna: Estefania Janet Vargas

Carrera: Abogacia

Matricula: ABG-671

Universidad Empresarial Siglo XXI

Año: “2012”

## **Resumen**

El presente trabajo está dirigido a indagar sobre la aplicación de los daños punitivos en el derecho nacional. Si bien la institución tiene fuerte raigambre en el derecho anglosajón, en nuestro ordenamiento aparece escasamente desarrollada, no sólo desde lo doctrinario, sino también desde su regulación legal.

La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor introduce la institución de los daños punitivos en su art. 52 bis.

Por la novedad del tema y por ser la primera vez que en nuestro derecho una norma regula este tipo particular de institución, se intentará establecer a partir del análisis de distintas posturas doctrinarias y del estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, cuál es la efectiva aplicación de la norma, y si es dable extenderla a otras áreas de la responsabilidad civil por daños.

La investigación está dirigida a indagar la responsabilidad civil de los proveedores por los daños ocasionados a los consumidores y, específicamente, a evaluar si se aplican los daños punitivos.

## **Abstract**

This work is directed to inquire about the application of the punitive damages in the national law. While the institution has strong roots in the common law, it is poorly developed in our legal system, not only from the doctrine, but also from its legal regulation.

The Law of Defense of the Consumer number 24.240 has introduced the institution of the punitive damages in its art. 52 Bis.

Because of the novelty of the subject and because it is the first time that this particular type of institution is regulated in our legal system, an attempt was made on the basis of the analysis of different doctrinal positions and a study of the judicial rulings on the matter, which is the effective implementation of the standard, and if it is reasonable to extend the punitive damages to other areas of the civil liability for damage.

The research is directed to investigate the civil liability of providers for the harm caused to consumers and, specifically, to assess whether the punitive damages can be applied.

## ÍNDICE

Objetivos.....	3
Metodología.....	4
Problema de investigación.....	6
Introducción.....	7
Capítulo Primero: Régimen general de la responsabilidad civil.....	10
Aspectos generales del Derecho de daños.....	11
1) Generalidades y conceptos introductorios.....	11
2) El Derecho de Daños.....	16
3) Funciones del Derecho de Daños.....	18
4) Marco legal argentino.....	21
Bibliografía especial del capítulo.....	28
Capítulo Segundo: Daños punitivos.....	30
1. Daños punitivos.....	31
a) Conceptualización y Definición.....	31
b) Naturaleza y caracteres.....	33
2. Constitucionalidad. Fundamento de su aplicación.....	34
3. Evolución histórica. La cuestión en Argentina.....	43
4. Los daños punitivos en el derecho argentino. La Ley del Defensa del Consumidor.....	46
a) La reparación del daño en la relación de consumo.....	46
a) 1. Objetivo.....	46
a) 2. Precisiones constitucionales de la relación de consumo. Propuesta de solución ante la colisión de normas.....	46
b) Los daños punitivos en ley del consumidor. Art. 52 bis.....	48
b) 1. Clasificación.....	49
b) 2. Sujetos involucrados. Legitimación activa y pasiva.....	50
b) 3. Instancia de parte.....	51

b) 4.Presupuestos de procedencia. Elementos a tomar en cuenta.....	51
b) 5. Determinación del monto.....	54
b) 6. El tope y sus problemas.....	54
b) 7. Responsabilidad solidaria.....	55
b) 8. Críticas al texto del artículo 52 bis.....	56
5) Aspectos procesales de su aplicación.....	62
a) Plexo probatorio.....	63
b) Tipo de procedimiento.....	64
6) Derecho comparado.....	64
a) El common law.....	64
b) Europa continental y América Latina.....	69
c) Otros países que tienen daños punitivos.....	70
7) Los daños punitivos en el derecho estadounidense.....	71
Bibliografía especial del capítulo.....	74
Capítulo Tercero: Aplicación jurisprudencial de los daños punitivos.....	78
1. Aplicación jurisprudencial de los daños punitivos en nuestro derecho.....	78
2. Posible extensión a otras ramas del derecho.....	85
3. Conclusiones finales.....	88
Bibliografía especial del capítulo.....	95
Bibliografía general.....	96
Anexos de jurisprudencias relevantes.....	102
Machinandiarena, Hernández Nicolás c. Telefónica Argentina.....	102
Cañadas Pérez c. BankBoston.....	122
Teijeiro, Luis Mariano v. Cervecería y Maltería Quilmes, 23/3/11.....	126
Teijeiro, Luis Mariano v. Cervecería y Maltería Quilmes, 17/4/12.....	145

## **OBJETIVOS**

Para el desarrollo del presente trabajo, se plantean los siguientes objetivos:

· **Objetivo General:**

· Evaluar la aplicación de la figura de los daños punitivos por parte de los tribunales nacionales y examinar la conveniencia de su extensión a otras áreas del derecho común.

· **Objetivos específicos:**

- Distinguir y clasificar los diferentes tipos de daños y perjuicios.
- Describir la evolución y aplicación de los daños punitivos en el common law.
- Analizar la importancia de los daños punitivos como mecanismo para alcanzar el reestablecimiento pleno de la legalidad, castigar una conducta gravemente reprochable y disuadir su futura imitación.
- Analizar la función que cumplen los daños punitivos en la campo de los Derechos de Consumo.
- Precisar los límites de su ámbito de aplicación.
- Comparar los ámbitos de aplicación de los daños punitivos en el derecho nacional y en el extranjero.
- Determinar su grado de aplicabilidad y los fundamentos esgrimidos por parte de los tribunales locales.
- Examinar la posibilidad de aplicación de esta figura en otras áreas del derecho.

## **METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN**

- 1) Tipo de Estudio o Investigación: Esta investigación apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales. Los estudios descriptivos no implican la comprobación de hipótesis, ya que su finalidad es describir la naturaleza del fenómeno a través de sus atributos. (Yuni y Urbano, 2003).

El tipo de investigación elegido es el más adecuado teniendo en cuenta que por el carácter del presente trabajo no se ha postulado una hipótesis de investigación, sino que la misma se circunscribirá a describir el fenómeno de los daños punitivos y a analizar su regulación y aplicación tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado.

El estudio que se realizará sobre los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales será de naturaleza combinada, ya que se adoptará un sistema correlacional y descriptivo en el análisis de dichos pronunciamientos en relación con los objetivos planteados para el desarrollo del trabajo.

- 2) Estrategia metodológica:

Se utilizará la estrategia cualitativa, ya que se intentará profundizar, describir y captar el sentido de la aplicación de los daños punitivos. Esta estrategia es la que mejor se adapta al tipo de estudio a realizar, que nos permitirá comprender el

fenómeno que se estudia, a través de la recolección y al análisis de datos de doctrina y jurisprudencia que se retroalimentan permanentemente ( Yuni y Urbano, 2003).

- 3) Fuentes a utilizar: “Llamamos fuentes de información a aquellas obras o productos de comunicación científica, que se presentan en diferentes formatos, periodicidad y sistematicidad” (Yuni y Urbano, 2003, pág 62).

Primarias: son las que proveen la información directa, información sobre la que se basa la investigación. En nuestro trabajo se refiere a: Código Civil, Ley 24.240, Fallos de tribunales extranjeros y nacionales.

Secundarias: Reportes de investigación basados sobre las fuentes primarias, las que son sometidas a un proceso de reelaboración. Ejemplos: Libros y artículos basados sobre fuentes secundarias. Ejemplos: Manuales y tratados de derecho civil.

Terciarias: se trata de documentos y otras publicaciones periodísticas, boletines, conferencias y simposios o trabajos de universidades realizados sobre el tema. Son ejemplos para nuestro trabajo: los artículos de revistas especializadas (La Ley, El Derecho) y textos específicos sobre la temática abordada, ponencias brindadas en el Instituto de Derecho Comparado de la Academia de Derecho de Córdoba. (Yuni y Urbano, 2003).

- 4) Técnicas de recolección de datos: la recolección de los datos se basará fundamentalmente en el análisis documental en función de los objetivos acerca del análisis de la aplicación de los daños punitivos.

- 5) Recorte temporal y niveles de análisis: a partir de la modificación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor en el año 2008, se materializa la regulación de los daños punitivos en nuestro derecho. Sin embargo, desde varias décadas antes de la introducción de este artículo, variada doctrina viene bregando por un tratamiento integral de los mismos, máxime teniendo en cuenta que en el derecho comparado anglosajón su regulación aplicación es de alto reconocimiento desde el siglo anterior.

La investigación implicará una combinación de doctrina, legislación y jurisprudencia nacionales, comprensivas de las reglas de responsabilidad civil general contenidas en el Código Civil y específicas de la Ley del Consumidor; fallos de tribunales nacionales y provinciales; y finalmente, derecho comparado a los fines de verificar su aplicación en los países anglosajones.

**Problema de investigación:** ¿Cuál es la aplicación de la figura de los daños punitivos en la actualidad en las relaciones de consumo y qué ventajas traería su extensión al derecho común?



## **INTRODUCCIÓN**

El derecho de daños ha crecido enormemente en los últimos años y constituye la base de la actuación profesional de una gran parte de los abogados en ejercicio profesional y de quienes están en la Magistratura.

El constante crecimiento y la complejización de la estructura social, plantea nuevas fronteras que deben ser resueltas muchas veces con un ordenamiento jurídico que no siempre es abarcativo de las demandas que se plantean en la realidad. Los litigantes y los jueces deben volcar todos sus conocimientos e ingenio para afrontar la resolución de muchos conflictos.

Otras veces, la normativa existe, pero es muy escasa su aplicación por ser novedosa o por ser extraña a la concepción tradicional del pensamiento jurídico en un determinado país. Estas dos últimas son las razones que alimentan nuestro trabajo respecto de la aplicación de los daños punitivos en nuestro ordenamiento.

Los daños punitivos son una traducción literal de los "*punitive damages*", instituto de especial arraigo en el derecho de daños (*law of torts*) americano. Lo que es punitivo no es el *daño* (infracción a la ley) sino la cuantía de la pena que se fijará como "pena" al responsable.

Los partidarios de la admisión de los *punitive damages* en el derecho nacional suelen partir de la constatación de que nuestro sistema de responsabilidad civil, tal como está estructurado, carece de suficientes herramientas disuasivas. Frente a cierta clase de daños, se dice, no basta con indemnizar a la víctima; hay que generar mecanismos que importen para el responsable una erogación sustancialmente superior a la necesaria para reparar el perjuicio, de modo que no se obtenga ganancia alguna del ilícito cometido (Picasso, 2007).

En nuestro país, la ley 24.240 introduce a través de su modificatoria, Ley 26.361, el concepto de daño punitivo. Esta nueva categoría de daño posibilita que el juez, independientemente de los perjuicios que deban ser resarcidos por el proveedor en las relaciones de consumo, pueda fijar un monto indemnizatorio a favor del consumidor como forma de incentivar al resto de las empresas a no incurrir en nuevos incumplimientos, funcionando como una especie de sanción ejemplificadora (Art. 52 bis).

Por la novedad del tema y por ser la primera vez que en nuestro derecho una norma regula este tipo particular de institución muy antigua y de efectiva aplicación en otros derechos -sobre todo el anglosajón-, se intentará establecer a partir del análisis de distintas posturas doctrinarias y del estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, cuál es la efectiva aplicación de la norma, y si es dable extenderla a otras áreas de la responsabilidad civil por daños.

La investigación está dirigida a indagar la responsabilidad civil de los proveedores por los daños ocasionados a los consumidores y, específicamente, a evaluar si se aplican los daños punitivos.

El presente trabajo se encuentra dividido en dos partes principales: en la primera parte, organizada en los dos primeros capítulos, se realizará planteo general del derecho de daños, sus funciones y el marco legal argentino (Capítulo I) con un puntual detenimiento en la función punitiva o sancionatoria, conceptualización, naturaleza jurídica, evolución y derecho comparado (Capítulo II). En la segunda parte un posterior análisis crítico en el que se evaluará la verdadera aplicación de la institución de los daños punitivos en nuestros

tribunales y la posibilidad de su ampliación a otras ramas del derecho de fondo (Capítulo III).

A lo largo del desarrollo del mismo, se hará permanente mención y análisis del reciente anteproyecto de modificación del Código Civil y Comercial con la propuesta de incorporación de las normas de responsabilidad civil que reconocen la función sancionatoria, con la expresa regulación de los daños punitivos, llamados ahora "sanción pecuniaria disuasiva".

También se analizará la postura de importantes doctrinarios y se evaluará la aplicación de los daños punitivos en el derecho comparado y en los tribunales locales en el corto período del año 2008 hasta la fecha.

Como corolario, a partir del análisis documental del todo lo expuesto, se intentará llegar a una conclusión que aporte un juicio de valor respecto de la necesidad de que nuestros tribunales reconozcan una mayor aplicación de los daños punitivos en sus decisiones, así como también la necesidad de ampliarlos a otra ramas del derecho de fondo.-

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

SUMARIO: Aspectos generales del Derecho de daños: 1) Generalidades y conceptos introductorios. 2) El Derecho de Daños. 3) Funciones del Derecho de Daños. 4) Marco legal argentino.

#### **INTRODUCCIÓN**

En este primer capítulo se tratará de dar un marco conceptual del Derecho de Daños, abordando los presupuestos básicos de la responsabilidad civil, no solamente respecto de su función resarcitoria tradicional, sino también a través de sus funciones de prevención y punición de los daños.

Además, se dará un encuadre normativo de la regulación del derecho de daños en nuestro país y se hará una breve mención al tratamiento de la temática de este trabajo en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la Comisión de Reformas creada por el Decreto 191 del 2011, elaborado por los Dres. Ricardo Lorenzetti y las Doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

## **ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE DAÑOS**

### **1) Generalidades y conceptos introductorios.**

Los antiguos romanos sentaron las bases para la regulación del derecho de daños estableciendo tres principios jurídicos suficientes para abarcar todos los aspectos referidos al deber de responder por la causación de un daño: vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no dañar a otro – *naeminem laedere*. (López Herrera, 2006).

En la vida en sociedad, el vivir honestamente indica al hombre que no debe dañar a sus semejantes y el no dañar “es una consecuencia indudable del deber de hacer justicia, dando a cada uno lo suyo”. (Mosset Iturraspe, 1997, pág. 21).

A los fines de definir la responsabilidad civil, no sólo se requiere atenerse a sus lineamientos teóricos, sino también se debe hacer mención a sus presupuestos básicos. Debe tenerse en cuenta, además, que el análisis de la responsabilidad civil está sufriendo una honda transformación como consecuencia de profundos cambios socio-económicos, científicos y culturales, comenzando con la revolución industrial hasta los fenómenos que se dan en la actualidad con la cibernética (Junyent Bas de Sandoval, 1997).

La responsabilidad civil, como manifestación acotada del concepto general dentro del derecho de daños, se asienta en cuatro pilares básicos que son los presupuestos para su procedencia. Estos cuatro presupuestos son a) la antijuridicidad, b) el daño, c) el factor de atribución y d) el nexo causal.

a) La antijuridicidad: la antijuridicidad configura el obrar contrario al derecho de modo general, aquella conducta que rompe el principio del *neminem laedere*. La amplia libertad que asiste a la persona en su actuar debe a veces restringirse a través de prohibiciones que reducen su marco de actuación, siendo necesario que el ordenamiento jurídico elabore

ámbitos de ilicitudes que limitan ese obrar y hacen posible la vida en las comunidades organizadas. “La convivencia multiplica las posibilidades de dañosidad y, a la vez, las de ser perjudicado”. (Gherzi, 1997, pág 59).

El concepto de antijuridicidad es sinónimo de ilicitud, aunque puede entenderse con una mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación a la ley, sino las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato. (Bustamante Alsina, 1998).

Sin embargo, en la actualidad, existe una posibilidad cada vez mayor de causación de daños mediante conductas lícitas- tal lo que ocurre con la amplia responsabilidad del Estado- por lo que se han independizado los conceptos de ilicitud y de antijuridicidad, ya que la obligación de reparar el daño causado comprende tanto al derivado de los actos lícitos como igualmente de los ilícitos (Junyent Bas de Sandoval, 1997).

En la Constitución Nacional en su art. 19- principio de reserva- y en el Código Civil, en su art. 1066 se sienta el principio de no puede existir antijuridicidad sin que exista una norma que expresamente así lo establezca.

Artículo 19 de la Constitución Nacional: *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de hacer lo que ella no prohíbe.”*

Artículo 1066 del Código Civil: *“Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía ; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiere impuesto.”*

Sin embargo, el carácter de expreso no implica que en el ordenamiento aparezcan detalladas las conductas ilícitas que se consideran antijurídicas, sino que se amplía el elenco a través de las provisiones genéricas o por implicancia, que son aquellas que contrarían el orden jurídico en general. La actualidad marca la necesidad de alejarnos cada vez más de cualquier sistema cerrado de ilicitudes y de proyectar una tutela que satisfaga tanto la

reparación de los derechos subjetivos de los individuos, como la protección de otros derechos e intereses legítimos colectivos que pudieran darse en una situación concreta.

Ejemplifica Mosset Iturraspe, que la realidad conlleva al descubrimiento de nuevas ilicitudes, tales como las captaciones de imagen y de voz, la penetración en la intimidad ajena, el daño a la vida de relación, el perjuicio a los proyectos de vida, etc., por lo que la tutela debe ampliarse permanentemente a fin de que el derecho corra por caminos similares a la realidad.

b) El daño: otro de los presupuestos es el daño, el que puede identificarse con la ofensa o lesión a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o no. En la actualidad, se debe partir del análisis del daño como menoscabo o lesión sufrida injustamente sin que sea necesario que haya sido causado injustamente. Según lo expresa Zavala de González, no interesa tanto el daño injustamente causado como aquel que ha sido injustamente sufrido, ya que la mira axiológica se enfoca en el daño mismo y no tanto en su origen (Zavala de González, 2004).

El daño ocupa un espacio central en la estructura de la responsabilidad. Según enseña el Diccionario de la lengua española, las acepciones más precisas de la palabra daño responden a:

1. Dolor, sufrimiento.
2. Perjuicio, deterioro.
3. Daños y perjuicios: resarcimiento legal que se hace pagar al causante de un daño.

Desde un concepto más acotado a la idea de daño jurídico resarcible, no debe confundirse el daño de hecho que puede referirse a todas las consecuencias que de cualquier modo hayan derivado de un acto dañoso. (Orgaz, 1980).

Para que el daño tenga repercusiones jurídicas y sea resarcible debe ser cierto, personal, subsistente, serio y derivar de la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial no ilegítimo del damnificado (Pizarro y Vallespinos, 1999).

El requisito de que el daño sea *cierto* implica que éste no debe ser puramente eventual o hipotético; la mera posibilidad de que ocurra un perjuicio no autoriza a reclamar un resarcimiento (Orgaz, 1980).

Además debe ser *personal o propio de quien reclame al indemnización*. Nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro, pero puede extenderse también a terceros por su vinculación con el accionante. La necesidad de que el perjuicio sea personal no significa que la acción de indemnización del daño no sea susceptible de cesión a terceros, pues no se trata de un derecho inherente a la persona (arts. 1444, 1445 y ss. Del CC) (Orgaz, 1980).

Debe también ser un daño *subsistente*, que no haya sido anteriormente reparado antes del reclamo, o que si lo fue subsista por el “cuantum”, y, finalmente, que sea *serio* o de magnitud e importancia suficiente como para justificar la puesta en marcha de mecanismos jurisdiccionales.

El daño como presupuesto de la responsabilidad está claramente establecido en el artículo 1067 del Código Civil, el que expresa que: “*No habrá acto ilícito para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...*”

c) El factor de atribución: consiste en el elemento valorativo a través del cual se le imputan las consecuencias del ilícito a una determinada persona. Este juicio valorativo supone que el juez deberá reconstruir el hecho según las circunstancias concretas de tiempo y lugar; y además, encuadrar jurídicamente el acontecimiento y sus determinar sus consecuencias.

El factor de atribución marca la imputabilidad en un sentido amplio, abarcativo tanto de los factores de atribución subjetivos- a título de dolo o culpa- y los factores objetivos- que prescinden de cualquier idea de culpa.



El factor subjetivo de atribución ha dominado casi exclusivamente nuestro sistema de responsabilidad civil, y continúa siendo actualmente la regla general en esta materia, a pesar de que la reforma integral introducida por la ley 17.711 ha incorporado otros factores de carácter objetivo. (Bustamante Alsina, 1998).

El fundamento de un deber resarcitorio basado en un factor subjetivo, exigía que el jurista dirigiera su mirada al autor del hecho, indagando en él la existencia de culpa en su obrar. “La regla ha sido entonces, la responsabilidad subjetiva haciendo concesiones excepcionales a la responsabilidad objetiva” (Junyent Bass de Sandoval, 1997, pág. 179).

Sin embargo, la tendencia actual camina hacia la objetivización del derecho de daños, dado el aumento de las causas probables de los mismos: los accidentes aéreos, automovilísticos, daños causados por la manipulación genética, las nuevas formas de fecundación, los perjuicios al consumidor producidos a través de los productos de consumo masivo, etc. La expansión cada vez mayor de la responsabilidad objetiva del derecho de daños provoca una tendencia a la objetivación de la responsabilidad civil, por lo que está dejando de ser considerada una responsabilidad de excepción para ser utilizada como fundamento de varios supuestos relevantes en materia de responsabilidad civil. (Pizarro y Vallespinos, 1999).

d) El nexo causal: es el presupuesto que permite vincular el daño directamente con el hecho dañoso. Este análisis de la relación causal supone una relación entre un hecho que sirve como antecedente y el efecto que resulta como consecuencia objetivamente valorada.

Según mencionan los Dres. Pizarro y Vallespinos, la relación de causalidad permite identificar la autoría material de un resultado dañoso, así como también la adecuación de la conducta a los fines de establecer la extensión del resarcimiento del daño. Esta adecuación se realiza a través de una apreciación de la previsibilidad de las consecuencias de los hechos (Pizarro y Vallespinos, 1999).

Nuestro Código ha seguido un parámetro uniforme a los fines de categorizar las consecuencias según este grado de previsibilidad. Así, el artículo 901 trae un catálogo detallado de estas consecuencias, a saber:

- a) “*Son consecuencias inmediatas aquellas que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas*”. La relación causal aparece estrechamente ligada al hecho de modo inmediato y sin conexión con otro hecho. La previsibilidad está ínsita en el concepto mismo.
- b) “*Son consecuencias mediatas aquellas que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto*”. Como la ligazón con el hecho no es directa, estas consecuencias serán imputables al autor cuando las hubiere previsto o cuando pudo preverlas, ya que son previsibles en abstracto.
- c) Finalmente, encontramos en el artículo las consecuencias casuales, que “*son aquellas consecuencias mediatas que no son previsibles*” en abstracto, por lo que en principio no resultarían imputables a su autor, salvo cuando concretamente las hubiera previsto.

(Bustamante Alsina, 1998).

También el artículo 906 termina precisando los límites de la previsibilidad de los hechos a partir de la mención de las consecuencias remotas, las que jamás resultan imputables por no guarda con el hecho ninguna relación de causalidad.

## **2) El Derecho de Daños.**

Quizá sea uno de los temas más controvertidos en la doctrina poder establecer el alcance y contenido del “derecho de daños”, ya que los autores suelen utilizar el concepto con distintas variantes.

En toda idea de derecho de daños aparece la regla romana *neminem laedere*, la que ha servido para captar todo tipo de reproche disvalioso y que ha sido el punto de partida para la reprochabilidad social de la conducta lesiva.

Para algunos autores se utiliza como un sinónimo de responsabilidad civil, remitiéndolo a la obligación de reparar cualquier daño injustamente causado a quien injustamente lo sufre motivado por la actuación de un obrar contrario a derecho. (Pizarro y Vallespinos, 1999).

El vocablo responsabilidad tiene su origen en la palabra latina *respondere*, que significa: estar obligado. Este concepto de responsabilidad civil “comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado” (Bustamante Alsina 1998, pág. 73).

Otro autor establece que la responsabilidad civil tiene al menos cinco acepciones:

- a) situación económica obligada;
- b) deber jurídico de cumplir una prestación;
- c) deber jurídico de realizar una determinada conducta por no haber cumplido, sin excusa válida, con la prestación a la que se estaba obligado;
- d) deber jurídico de responder por el acto de otro, y;
- e) deber jurídico de responder por el hecho de las cosas (Boffi Boggero, 1981)

Esta visión de lo que se entiende por derecho de daños resulta acotada a la idea general de la función resarcitoria del daño, toda vez que reduce la reparación del daño a un sistema tradicional del derecho romano que consiste en el resarcimiento que tiende a restablecer las cosas al estado anterior en cuanto esto fuere posible.

Existen otros autores que prefieren utilizar la palabra “reparación”, ya que se asienta en dos ideas básicas: la de compensar y la de satisfacer un daño o una ofensa. (Gherzi, 1985).

En otras oportunidades, se le asigna un sentido más amplio al derecho de daños, comprensivo de las cuestiones atinentes a la prevención del daño. Su eje central se sitúa en el daño y la protección a los damnificados mediante una adecuada y pronta reparación, pero sin olvidarnos de la etapa de prevención (Garrido Cordobera, 2009).

Finalmente, y en el extremo más amplio del concepto compartido en el presente trabajo, encontramos a Pizarro y Vallespinos, quienes postulan que:

“... bajo el rótulo del derecho de daños, se engloban todas las cuestiones vinculadas con la prevención, la reparación del daño y –eventualmente- con la punición y el pleno desmantelamiento del ilícito dañoso” (Pizarro y Vallespinos, 1999, pág. 462).

Esto implica percibir los intereses tutelables frente a las posibles lesiones evolucionando el pensamiento de la responsabilidad “desde un derecho de las víctimas a la indemnización, hacia un derecho a no ser víctima” (Zavala de González, 2004, pág. 25).

### **3) Funciones del Derecho de Daños.**

De acuerdo a la posición aceptada respecto de la postura amplia de la concepción del derecho de daños, se ha dejado establecido que la idea de responsabilidad civil es mucho más amplia que el mero fin reparador de los daños.

Históricamente, la idea de responsabilidad civil se construyó alrededor de la función resarcitoria de los daños, la que queda ligada indisolublemente a la noción de antijuridicidad y del daño causado. Como este tipo de función se concentra en la reparación, a falta de daño no habrá qué reparar.

Esta sanción resarcitoria tiende a volver las cosas a un estado anterior, en cuanto fuera posible, a la causación del daño, pero requiere de la configuración del mismo, ya que la ley no autoriza la posibilidad de reclamar ninguna garantía (*cautio damni infecti*)<sup>1</sup> para asegurar preventivamente la indemnización por la eventualidad de un daño. (Bustamante Alsina, 1988).

---

<sup>1</sup> -Artículo 1132 del CC: “El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco podrá exigir que repare o haga demoler el edificio.” Este artículo se fundamenta en que al particular se le concede la acción de daños y perjuicios en caso de que el daño ocurra, o sea, después de haberlo sufrido.

Cuando se causa un daño, la consecuencia para su autor es que debe responder por el mismo. Nuestro Código ha tomado como postura la llamada reparación in natura, la que tiene en determinados casos un carácter más bien excepcional, ya que prácticamente la indemnización se repara en al mayoría de los casos a través del pago de una suma de dinero. (López Herrera, 2006).

El patrimonio dañado se repone haciendo restitución de los bienes de los que hubiera sido despojado su titular, o a través de la reposición a su estado anterior o a través de una indemnización dineraria, que se cuantifica de acuerdo al equivalente del daño. En esta primera reacción jurídica ante el daño, su existencia pone en funcionamiento el sistema resarcitorio, surgiendo la obligación de reparar al lesionado. (Stiglitz, 1997).

Por todo lo dicho, “la función primordial y típica de la responsabilidad civil es el resarcimiento de los daños sufridos por las personas, ya sea en sí mismas o en sus bienes, de tal manera de lograr un equilibrio de la justicia social” (Junyent Bass de Sandoval, 1997, pág. 178).

Desde una visión más amplia y moderna del problema, a esta función tradicional resarcitoria del derecho de daños, se le ha incorporado la función preventiva o disuasiva, poniendo énfasis en la primera etapa, en la actuación *ex ante* de que el daño ocurra, la que tiende a evitar el daño en cuanto esto fuera posible. Si bien la adopción de normativas generales y específicas de disuasión se van incorporando a nuestro Código casi permanentemente desde la ley 17.711, no se encuentran orgánicamente reguladas ni ordenadas procesalmente.

Un ejemplo de la incorporación de esta normativa preventiva la encontramos con referencia a la *cautio damni infecti* recién nombrada, en donde la ley 17.711, si bien no modifica el art. 1132 del Código Civil, incorpora un párrafo en el art. 2499 que permite una tutela preventiva judicial a los fines de evitar el daño.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> - Agregado al artículo 2499 del CC: “Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar este hecho al juez, a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.”

Esta tendencia a prevenir la causación del daño fue receptada en el Proyecto de Reformas del Código Civil elaborado por la comisión designada por decreto 468/92 del PEN, el que en su art. 1549 establecía: “ La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, conforme las disposiciones de este Código. Los jueces podrán disponer las medidas tendientes a evitar las producción de daños futuros...”.

Viene a completar el contenido del derecho de daños, la función punitiva o sancionatoria, orientada al desmantelamiento pleno de los efectos del ilícito. (Pizarro y Vallespinos, 1999).

Esta última función es de suma importancia cuando se trata de sancionar a quien actúa con la intención de obtener un rédito de esa actividad dañosa, razón por la cual la reparación del perjuicio resulta insuficiente para sancionar la conducta del agente. En estos casos resulta necesario, además de la reparación del daño causado, el complemento de penas o multas civiles que sanciones tales conductas agraviantes.

La finalidad perseguida con esta particular especie de sanción no es sólo castigar un actuar grave, sino también prevenir –ante el temor que provoca la aplicación de una multa - la reiteración de hechos similares en el futuro. La idea es que “frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos.”(Simari, 2011).

La jurisprudencia se ha expresado en reiteradas oportunidades acerca de la excepcionalidad de la aplicación del daño punitivo en nuestro derecho en contra del proveedor demandado, en los términos del art. 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor, la que tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares, es decir, importa una condena extra que se impone ante una conducta que se aparta

gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente. Esta es la idea central expuesta en el fallo “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA” que será tratado posteriormente.

#### **4) Marco legal argentino.**

Nuestro ordenamiento jurídico encuentra su fuente más directa en el derecho romano, marcado por la idea de la responsabilidad civil con función resarcitoria basada en la noción de culpa. Tanto es así, que nuestro codificador establece en el artículo 1067 que *“No habrá ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.”*

Esta culpa en sentido amplio aparecía regulada en nuestro ordenamiento a través de muchas variantes: como culpa *in eligendo o in vigilando*, o culpa presumida *iure et de iure* como en el caso de la responsabilidad del principal por el dependiente; culpa presumida *iuris tantum* para los casos del ejercicio de autoridad de los padres, tutores o curadores, maestros, artesanos y directores de colegio por los daños causados por los menores o los alumnos; también la culpa presumida que pesa sobre el guardián de las cosas inanimadas y respecto del quien tiene la guarda de animales.

Sin embargo, la visión de la responsabilidad civil fue ampliándose con el tiempo, y los tribunales debían resolver cuestiones que se iban suscitando bajo la influencia del desarrollo de la técnica y la concentración de masas, lo que hacía difícil en ocasiones, poder determinar la culpa del responsable.

Distintas normativas anteriores al año 1968, año de la ley 17.711, comenzaron a incorporar la teoría objetiva del riesgo profesional a través de la Ley de Accidentes del Trabajo, en la responsabilidad en el Código Aeronáutico, en materia de daños nucleares se

aprobó la “Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares”, también la aplicación de a obligación de garantía o seguridad propia del contrato de transporte del Código de Comercio.

Todas estas regulaciones introdujeron la idea de responsabilidad independientemente de la idea de culpa, la que se vio reflejada en la incorporación de la responsabilidad civil objetiva por riesgo creado en los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, agregado por la ley 17.711 en el artículo 1113. (Bustamante Alsina, 1988).

Fue la misma ley la que introdujo las modificaciones en el artículo 907, estableciendo un fundamento de equidad para el caso de que el daño fuera cometido por una persona sin discernimiento, el abuso del derecho contenido en al artículo 1071, el exceso en la normal tolerancia entre vecinos establecido en el artículo 2618, etc.

Como se ve la responsabilidad civil fue ampliando sus contornos, no sólo respecto de los factores de atribución que justifican la reparación de los daños, sino también respecto de las otras dos funciones menos tradicionales. Respecto de la función preventiva, aunque de modo poco orgánico, se tienen en cuenta tanto arts. de la Constitución Nacional, como el 43, las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 1071 y 1071 bis del CC, la ley 11.723 de Propiedad Intelectual en su art. 79, la ley del consumidor, ley 24.240, etc.

Más recientemente, la función punitiva encuentra su reconocimiento pleno en el artículo 52 bis de la ley del consumidor, modificada por la ley 26.361 del año 2008.

*Artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el*



*consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”*

En el recientemente presentado Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial se incorporan normas sobre protección de los consumidores y se encuentran las siguientes disposiciones que receptan expresamente las tres funciones de la responsabilidad civil (Lorenzetti, s/d):

*TÍTULO V: De otras fuentes de las obligaciones.*

*CAPÍTULO 1: Responsabilidad civil.*

*SECCIÓN 1ª*

*Disposiciones generales*

*ARTÍCULO 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.*

*ARTÍCULO 1709.- Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:*

- a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;*
- b) la autonomía de la voluntad;*
- c) las normas supletorias de la ley especial;*
- d) las normas supletorias de este Código.*

*SECCIÓN 2ª*

*De la función preventiva y la sanción pecuniaria disuasiva*

*ARTÍCULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*

- a) evitar causar un daño no justificado;*
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a*

*que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;*

*c) no agravar el daño, si ya se produjo.*

*ARTÍCULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño cuya ocurrencia se prevé.*

*ARTÍCULO 1712.- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.*

*ARTÍCULO 1713.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c). Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.*

*La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.*

### *SECCIÓN 3ª*

*De la función resarcitoria*

*ARTÍCULO 1714.- Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.*

También menciona en el capítulo referido a las “Obligaciones”, a las obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias. Su tratamiento presenta una regulación amplia y sistemática de estas obligaciones y sanciones, que se complementan con la función punitiva prevista en el régimen de la responsabilidad civil.

Además, se incorpora la regulación de los contratos de consumo en la parte general del Código Civil, evitando así la fragmentación del tipo general de contratos.

Consideramos que esta incorporación resulta adecuada para evitar que los contratos y las relaciones de consumo, en particular, queden fuera del elenco normativo y permiten por lo tanto, que se encuentren regidos por los mismos lineamientos y principios que impactan sobre todo el ordenamiento establecido para el nuevo Código, evitando así la dispersión de normas.

Como surge de los artículos transcritos, el anteproyecto presenta una sistematización innovadora e importantísima en materia de responsabilidad civil, ya que reconoce las tres funciones que habíamos dicho que tenían escasa o nula regulación, y en caso de tenerla aparecían en artículos diseminados por el Código o en leyes particulares: las funciones preventiva y punitiva, además de la tradicional función resarcitoria.

Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; por ello resulta muy interesante y atinado a nuestro entender que sea la ley la que resuelva expresamente la controversia en su normativa de fondo.

Desde el punto de vista de la cantidad de casos y de la labor doctrinal, es notorio que la función resarcitoria es prevalente. Esta puede ser una finalidad única y excluyente si el bien protegido es, principalmente, el patrimonio. En la medida en que se trata de bienes que tienen un precio o un valor expresable en dinero, es posible una indemnización y por eso el resarcimiento es el mecanismo fundamental.

Sin embargo, y como se ha expresado en los fundamentos del anteproyecto, resulta necesaria la diversidad de finalidades teniendo en cuenta que en este anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la “tragedia de los bienes comunes” ya que, los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos.

Nos parece un gran acierto del anteproyecto la decisión de regular expresamente la función punitiva para acabar así con la controvertida discusión doctrinaria acerca de su aplicación en el derecho argentino y el contraste que se genera con el derecho comparado. Como se verá oportunamente, en la doctrina argentina existe discusión al respecto, ya que algunos autores entienden que es una función ajena a la responsabilidad; sin embargo, la incorporación del artículo 52 bis en la ley 24240, hace que se reconozca ya su aplicación a un amplísimo sector incluido en las relaciones de consumo.

El anteproyecto amplía el ámbito reducido al art. 52 bis e incorpora la función sancionatoria de manera más sistemática. Los daños punitivos- ahora denominados "sanción pecuniaria disuasiva"- proyectan su aplicación a los derechos de incidencia colectiva y mantiene la norma especial en relación a las relaciones de consumo.

El campo de aplicación es ahora muy amplio y significativo, de modo que se permite un desarrollo del instituto mediante la jurisprudencia y doctrina, los que van a ir permitiendo definir con mayor claridad sus perfiles.

A modo de corolario de éste primer capítulo, han quedado expuestos los lineamientos generales del derecho de daños y se ha intentado brindar una visión general de su marco

doctrinario y regulación legal, a los fines de abordar en el próximo capítulo la temática especial de los daños punitivos, tema que justifica este trabajo.-

## **Bibliografía especial del Capítulo I**

Azerrad de Volcoff; Beascoechea de Gáname Beligoy, Bertoldi de Fourcade, Chalhub Frau, Chiaepero de Bas, Etienne, Junyent Bas de Sandoval, Rubio, Rueda y Sársfierld Novillo, “*Clases de Derecho Civil- Parte General*”, Córdoba, Lerner Editora, 1997.

Boffi Boggero, Luis M., “*Tratado de las obligaciones*”, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo V, 1981.

Bustamante Alsina, Jorge, “*Teoría General de la Responsabilidad Civil*”, Novena edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1988.

Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe.

Garrido Cordobera, Lidia. M. R., “*Los daños colectivos- Perspectiva general*”, Editorial Javeriana, 2009.

Gherzi, Carlos A., “*Juicio de automotores*”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1985.

Gherzi, Carlos A., Stiglitz, Gabriel A. y Parellada, Carlos, “*Responsabilidad civil*”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1997.

López Herrera, Edgardo, “*Teoría de la responsabilidad civil*”, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2006.

Lorenzetti, Ricardo Luis, Nombre del artículo: “*Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*”. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/>

Orgaz Alfredo, *“El daño resarcible”*, Córdoba, Editorial Lerner, 1980.

Pizarro Ramón D. y Vallespinos Carlos G., *“Instituciones del Derecho Privado-Obligaciones”*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi. Tomos II y III, 1999.

Simari, Virginia, *“Los daños punitivos: una herramienta eficaz”*, ED 182-1621.

Yuni, José Alberto- Urbano, Claudio, *“Recursos metodológicos para la preparación de Proyectos de Investigación”*, Córdoba, Editorial Brujas, 2003.

Zavala de González, Matilde, *“Actuación por daños”*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2004.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### **DAÑOS PUNITIVOS**

SUMARIO: 1. Daños punitivos. a) Conceptualización y Definición. b) Naturaleza y caracteres. 2. Constitucionalidad. Fundamento de su aplicación. 3. Evolución histórica. La cuestión en Argentina. 4. Los daños punitivos en el derecho argentino. La Ley del Defensa del Consumidor. a) La reparación del daño en la relación de consumo. a) 1. Objetivo. a) 2. Precisiones constitucionales de la relación de consumo. Propuesta de solución ante la colisión de normas. b) Los daños punitivos en ley del consumidor. Art. 52 bis. b) 1. Clasificación. b) 2. Sujetos involucrados. Legitimación activa y pasiva. b) 3. Instancia de parte. b) 4. Presupuestos de procedencia. Elementos a tomar en cuenta. b) 5. Determinación del monto. b) 6. El tope y sus problemas. b) 7. Responsabilidad solidaria. 5) Aspectos procesales de su aplicación. a) Plexo probatorio. b) Tipo de procedimiento. 6) Derecho comparado. a) El common law. b) Europa continental y América Latina. c) Otros países que tienen daños punitivos. 7) Los daños punitivos en el derecho estadounidense.

### **INTRODUCCIÓN**

Este segundo capítulo se encuentra proyectado exclusivamente a los daños punitivos mirados desde diferentes ópticas, desde las discusiones doctrinarias acerca de la constitucionalidad de su aplicación, hasta su reconocimiento actual en nuestro derecho positivo en la Ley de Defensa del Consumidor. También será analizada la recepción de la institución de estos derechos en la legislación comparada.



## **1. Los daños punitivos.**

### 1.a) Conceptualización y Definición.

La función punitiva de los daños ha resultado extraña a nuestro ordenamiento jurídico y a la visión general de la responsabilidad civil, la que se encuentra enraizada en la costumbre romana de la reparación económica de los daños mediante un resarcimiento de los mismos, tendiente a volver las cosas al estado anterior.

El despliegue de nuevos ámbitos en las relaciones de consumo, del ejercicio de la competencia desleal, de la abstención de difundir secretos profesionales, etc., trae aparejada la necesidad de superar la visión acotada de la responsabilidad civil en aquellos casos en donde no sólo no pueden volverse las cosas al estado anterior, sino donde se hace efectivo aplicar algún marco sancionatorio para dichas conductas sin tener que arbitrar los medios del derecho penal.

El tema presenta importancia en supuestos tales como:

- a) Enriquecimiento injusto obtenido mediante el ilícito.
- b) Casos en los que la repercusión socialmente disvaliosa del ilícito es superior, comparada con el daño individual causado al perjudicado.
- c) Daños al medio ambiente y, general, en todo otro supuesto en que se lesionen intereses supraindividuales, colectivos o difusos (v.g., en materia de discriminación arbitraria), con total menosprecio por los mismos, es dable propiciar un sistema de indemnizaciones punitivas idóneo para reflejar una sanción adecuada y eficaz por parte del ordenamiento jurídico.
- d) Daños derivados reproducciones ilegales o de otras lesiones a los derechos de propiedad intelectual e industrial (Copyright, patentes de invención, etc.).

- e) Atentados graves contra la dignidad de la persona (lesiones graves, atentados sexuales, secuestro, privación ilegítima de la libertad, denuncias penales maliciosas contra un inocente; injurias y calumnias; invasiones graves en la privacidad.
- f) Daños causados por productos elaborados, ámbito en el cual puede resultar más económico pagar indemnizaciones a consumidores dañados que afrontar controles de calidad o rescatar del mercado unidades que se comprueban falladas.
- g) Daños de incidencia colectiva derivados de hechos de corrupción de funcionarios públicos o directivos de entidades sociales, cuando ellos se hayan enriquecido ilícitamente a expensas de los intereses que debían tutelar (Pizarro, 1999).

La responsabilidad civil no tiene únicamente naturaleza resarcitoria, ya que también cumple una función preventiva, y una función punitiva. Estas últimas, se manifiestan en las indemnizaciones punitivas que buscan el castigo de una conducta reprochable y la disuasión de conductas similares, tanto para el condenado como para la colectividad.

Las definiciones originarias de los daños punitivos las encontramos el derecho estadounidense, bridadas por reconocidos autores en materia de derecho de daños:

Dan Dobbs los define como:

“ aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces estos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado” (Dobbs, 1993).

Otro reconocido autor también define a los daños punitivos diciendo que “...tales daños son otorgados al actor además y por encima de la completa compensación por los perjuicios con el propósito de castigar al demandado, de enseñar a no hacerlo de nuevo o de disuadir a otros de seguir el ejemplo del demandado”( Prosser y Keeton, 1984).

También la Corte de los Estados Unidos en el caso “Gertz v. Robert Welch”<sup>3</sup> ha definido los daños punitivos como “multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia”.

En nuestro país se ha definido al instituto de los “daños punitivos” como: “...sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro, 1993, pág. 291).

También como “multas privadas impuestas para castigar una conducta gravemente reprochable y disuadir su futura imitación”(Álvarez, 2008).

#### 1.b) Naturaleza jurídica y caracteres.

De acuerdo con los lineamientos seguidos por López Herrera, debe descartarse desde el comienzo la naturaleza indemnizatoria de los daños punitivos, ya que no se busca a través de ellos mantener la indemnidad de la víctima y no sustituyen, por lo tanto, el daño causado por un equivalente. Sin embargo, sí puede predicarse su naturaleza reparadora si se entiende por reparar la terminología que proviene del latín *reparâre*, la que quiere decir también “desagraviar, satisfacer al ofendido, remediar o precaver un daño”. En su opinión pueden tener una finalidad preventiva y también sancionatoria (López Herrera, 2011).

Los daños punitivos funcionan como un instituto *accesorio o incidental*, ya que no existe acción autónoma para reclamarlos. Deben ventilarse procesalmente en un proceso principal de indemnización de daños y perjuicios. Además, son de aplicación estrictamente *excepcional*, ya que no basta con demostrar que se ha sufrido un daño injustamente causado, sino que además concurren otro tipo de circunstancias, tales como la malicia, temeridad o la actividad del dañador que tenga en cuenta el mayor beneficio obtenido después de pagar las indemnizaciones.

---

<sup>3</sup> “Gertz v. Robert Welch, Inc.”, 418 US, 323, 350 (1974).

Otro rasgo característico lo marca que el *elemento subjetivo debe ser agravado*, la mera negligencia no es suficiente para imponer los daños punitivos.

Concluye diciendo este autor que:

... “los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada accesoria y excepcional que se impone al demandado a título preventivo y como sanción o satisfacción al ofendido en virtud de haber incurrido en conductas consideradas sumamente disvaliosas” (López Herrera, 2008, pág 23).

De lo expuesto surge que son caracteres tipificantes de los daños punitivos:

- a) No son una indemnización, aunque sí son una reparación;
- b) Poseen naturaleza accesoria;
- c) Son de procedencia excepcional;
- d) Requieren par su procedencia un elemento subjetivo agravado; y
- e) Son una pena privada.

## **2. Constitucionalidad. Fundamento de su aplicación.**

En nuestro sistema, el principio de la reparación plena o integral es una de las grandes columnas sobre las que se asienta el sistema de la responsabilidad civil, a punto tal que nuestra Corte Suprema de Justicia suele hacer referencia a él como “el principio constitucional de la reparación integral” (CS, 24/9/95, Pérez Frey c. Ferrocarriles Argentinos, JA, 1998-III- síntesis), elevándolo al plano de derecho constitucional. Similar criterio ha sostenido en “Santa Coloma” (5/8/86, ED, 120- 649), en donde proclamó el carácter constitucional que tiene el principio *alterum non laedere*, considerándose como de naturaleza resarcitoria (Pizarro, 1999).

Sin embargo, la constitucionalidad de la aplicación de la función punitiva de los daños ha

sido arduamente debatida en nuestro país desde que la institución resulta extraña a nuestra regulación tradicional, pese a que la doctrina se inclina mayoritariamente hacia la admisión del instituto, aún antes de su incorporación a la Ley de Defensa del Consumidor. Se han postulado al respecto distintas teorías.

Opiniones doctrinarias:

a) Opiniones en contra.

Si bien los daños punitivos constituyen una institución de gran predicamento en el sistema del common law, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica, no es menos cierto que entre nosotros, y en la mayor parte de los países de Europa continental y de Latinoamérica, no ha alcanzado mayor repercusión. Esta tesis parte de la base de que le instituto de los daños punitivos es extraño a la tradición romano-germánica y al sistema jurídico argentino, el que no concibe la aplicación de las “penas privadas”.

Picasso aparece como uno de los grandes detractores de la constitucionalidad de la aplicación de los mismos. Afirma que se viola el principio de reserva contenido en el art. 18 (C.N.), ya que “la consagración legislativa de los daños punitivos requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso, no bastando con una genérica y abierta cláusula general. Lo mismo ocurriría, naturalmente, con el monto de la sanción...” Se pregunta acerca de la compatibilidad de los daños punitivos con las garantías penales, respecto a la legalidad, la tipicidad, prohibición de autoincriminarse, non bis in ídem, según su visión los daños y perjuicios deberían desdoblarse.

Propone que, luego de que se hayan impuesto esos daños compensatorios, debería sustanciarse un segundo juicio penal para poder debatir con las garantías del caso la posibilidad de condenar al pago de los daños punitivos (Picasso, 2008).

Según este autor, el derecho civil funciona en base a la idea de "indemnización" o "reparación". Muchas veces la reparación no es posible, como en el caso de amputaciones o muertes, y como consecuencia se "tarifa" el miembro o la vida perdidas. Además se incluyen rubros que trascienden la lesión y hacen que las indemnizaciones se adapten al

daño sufrido por la víctima, como el lucro cesante y daño moral. Acorde a su modo de plantear el daño punitivo, éste trasciende la indemnización e incorpora un rubro que es de naturaleza de "multa". Esto implica que el responsable va a pagar una suma que conceptualmente excede la necesaria para reparar el daño que causó. Como consecuencia, implica que la víctima va a recibir una suma que, en la lógica de nuestro Derecho Civil, va a tener un enriquecimiento sin causa. Y por tal razón, se dice, el sistema de daños punitivos es inaplicable aquí.

En una nota escrita por este autor, el mismo establece:

"Los partidarios de la admisión de los *punitive damages* en el derecho nacional suelen partir de la constatación de que nuestro sistema de responsabilidad civil, tal como está estructurado, carece de suficientes herramientas disuasivas. Frente a cierta clase de daños, se dice, no basta con indemnizar a la víctima; hay que generar mecanismos que importen para el responsable una erogación sustancialmente superior a la necesaria para reparar el perjuicio, de modo que no se obtenga ganancia alguna del ilícito cometido". (Picasso, 2007).

Uno de sus principales argumentos en contra de la constitucionalidad de la multa civil, es el de que las sanciones son propias del Derecho Penal o, en su caso, del Derecho Administrativo sancionador y no se puede pretender que el Derecho Civil cumpla con todas las funciones que se esperan del ordenamiento jurídico. El traslado de las finalidades del sistema penal a la órbita civil, pero sin darles las garantías propias del proceso, generaría de una multa sin tipicidad, sin presunción de inocencia. Como dice el autor, esto provocaría una "inevitable esquizofrenia y habría que introducir verdaderos tipos penales en el Código Civil".

En la nota Picasso propone una solución técnica para desarticular el "plus" de ganancia que obtiene el que maliciosamente ocasiona un daño y obtiene un lucro por su actividad, sin recurrir al daño punitivo.

Su solución viene de los derechos reales. Recuerda que conforme a los arts. 590 y 2438

del Código Civil, el *poseedor de mala fe de una cosa ajena debe restituir a su dueño, además de la cosa en cuestión, los frutos que hubiere percibido*. En ese principio encuentra posible fundar, por aplicación analógica, la categoría de "utilidades obtenidas como consecuencia de la explotación no autorizada de un derecho ajeno". Entonces, si la una compañía o un fabricante de un producto se beneficia por la deliberada reticencia a repararlos en caso de defectos, el damnificado tendría derecho a que se le atribuya, junto con la indemnización, la ganancia obtenida por la compañía mediante la maniobra lesiva.

Lo ingenioso es que de ese modo se puede concebir condenas dinerarias que no sean más que el correlato de un "empobrecimiento" del damnificado, que de hecho excedan su mera compensación. Desde esta perspectiva, la solución de Picasso puede servir para encuadrar condenas específicas en casos de lo que él llama *daños lucrativos*, para desarticular el plus de ganancia del responsable sin que se genere un enriquecimiento sin causa.

La concepción de la responsabilidad civil como sanción también es criticada por Díez Picazo al establecer que "...tampoco puede encontrarse en las normas que cumplen una función indemnizatoria la realización de la idea de sanción, salvo que por sanción se entienda, de forma muy genérica, el anudar a un comportamiento determinadas consecuencias que puedan ser desfavorables para alguien" (Diez- Picazo, 1999, pág. 18).

Propicia la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa y proclama la necesidad de distinguir el derecho de daños del llamado derecho del enriquecimiento.

Las normas cuyo objeto es la reintegración o restitución de valores patrimoniales obtenidos mediante un ilícito lucrativo, por ejemplo, a través del ejercicio indebido de un derecho ajeno, pertenecerían a este último ámbito (Diez Picazo, 1988).

Manifiesta que cuando una persona logra bienes patrimoniales derivados de la invasión de un derecho ajeno, aunque tal invasión no sea culposa, existe una obligación de restituir, cuyo régimen jurídico y estudio no pertenecerían al derecho de daños, sino al derecho de enriquecimiento. Tal lo que sucede cuando en razón del ilícito se consuman actos de

disfrute o de disposición de un derecho ajeno, cuyos beneficios pueden inclusive subsistir aun pagando las indemnizaciones del caso.

Igual conclusión cabría para los casos en los cuales el acto de disfrute o disposición de un derecho ajeno se ejecute sin producir daño al titular de titular de aquél o más aún, generándole un beneficio.

Según su postura, la acción de enriquecimiento sin causa, tratándose de ilícitos lucrativos, legitimaría al empobrecido a accionar contra el enriquecido por la medida del enriquecimiento de este último, aún cuando el empobrecimiento de aquél haya sido inexistente o resultado inferior. O, más aún, no habiendo existido empobrecimiento del actor (Caemmarer, citado por Díez Picazo, 1988).

Quienes siguen estas ideas, advierten que es necesario propiciar una profunda revisión metodológica de la doctrina del enriquecimiento sin causa, particularmente respecto requisitos tradicionales (enriquecimiento del demandado, empobrecimiento del actor, correlatividad entre enriquecimiento y empobrecimiento, ausencia de causa y subsidiariedad), ponderando el hecho de que todos ellos fueron concebidos, principalmente, en torno *al supuesto de enriquecimiento derivado de un contrato*. Sin embargo, paralelamente a estos supuestos, se advierten hoy *otros tipos de enriquecimiento injustificado*, que no lograrían ser explicados; son aquellos casos en los que el enriquecimiento no deriva de contrato o prestación *sino del uso o disfrute* de cosa ajena, particularmente a través de actos de *intromisión ilegítima*.

Así entendida la cuestión, los confines entre la acción de responsabilidad civil y la de enriquecimiento sin causa se tornan brumosos, sin que obste a esta observación el hecho de que existan importantes diferencias entre ambas.

#### b) Opiniones a favor: El landmark de Pizarro.

Los trabajos científicos que generan una importancia revolucionaria son conocidos como “landmarks”, hitos que deberán tenerse en cuenta para la apreciación futura y punto de



partida para nuevos trabajos. El artículo de Pizarro al que se hace mención, apareció en una obra en homenaje al profesor Félix Trigo Represas, y es el desencadenante directo del estudio y debate de los daños punitivos en la Argentina (Pizarro, 1993).

En las conclusiones, Pizarro recomienda la adopción de los daños punitivos en el derecho argentino. El punto de partida es que en algunos casos los efectos del ilícito no se desmantelan si no se impone un plus a la condena resarcitoria. Respecto del destino de la multa, se pronuncia a favor del pago de la indemnización a la víctima, porque ello “permite que se cumpla el objetivo social de manera más eficiente: punir inconductas y prevenir actitudes semejantes para el futuro”. Finalmente, plantea a modo de recomendación que no debe olvidarse que la finalidad de los daños punitivos es en última medida la reducción de los daños.

Entre muchos otros autores que adhieren a esta corriente, López Herrera refuta la postura negativa expuesta anteriormente diciendo que el derecho argentino ya conoce otras penas privadas, como ser los intereses sancionatorios y la cláusula penal, e incluso algunas sanciones no pecuniarias (ab initio) como la pérdida de la patria potestad y la indignidad para suceder, las multas procesales, la pérdida de la vocación hereditaria, etc. (López Herrera, 2008).

Establece Pizarro al efecto que el principio de la finalidad resarcitoria del derecho de daños puede reconocer algunas excepciones en las que el ordenamiento jurídico admite y justifica la presencia de instituciones de carácter punitivo, las que son destinadas a la víctima, y que exceden, en muchos casos el valor real del daños causado. Repite como ejemplo la institución de la cláusula penal, y agrega las astreintes contenidas en el art. 666 bis.

Se considera que los daños punitivos no constituyen sanciones penales, sino civiles, y que por lo tanto quedan al margen de las garantías del Derecho Penal.

En lo referido al posible enriquecimiento sin causa de la víctima, se alega que no nos encontramos en el ámbito de la reparación de daños, sino en el de la punición de ciertos ilícitos, y nada impide que la pena pueda ir destinada a la víctima.

Este es la postura que nos parece más pertinente, máxime si se tiene en cuenta que la finalidad punitiva tiene expreso reconocimiento en el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, no sólo desde las normas referidas a la responsabilidad civil, sino respecto a su tratamiento conjunto con las obligaciones con cláusula penal y las sanciones conminatorias que ya son reconocidas en nuestro Código actual.

c) Opiniones intermedias. Aída Kemelmajer de Carlucci.

El trabajo de Aída Kemelmajer de Carlucci, es otro landmark de la civilística argentina que surge como consecuencia del anterior trabajo de Pizarro, ya comentado. Este trabajo reúne una impresionante cantidad de citas de doctrina y jurisprudencia sobre todo europeas, a diferencia de lo que hacía Pizarro que seguía fuentes norteamericanas.

Esta autora propone una solución intermedia: facultar al damnificado a optar entre el daño sufrido o la ganancia obtenida por el dañador, como lo hace la ley española de patentes. De esta manera, el transgresor se ve privado de los beneficios de su accionar y “contrariar el ordenamiento jurídico ya no será un negocio”(Kemelmajer de Carlucci, 1983, pág. 58.)

d) Otras posturas.

Una importante doctrina propiciaba, tanto en el derecho comparado como en Argentina, incorporar normas que permitan la aplicación de *penas privadas*, por encima de los valores que se condene a pagar en calidad de daños y perjuicios, destinadas al propio damnificado, al Estado o a organismos de bien público.

Según esta postura que niega la aplicabilidad de los daños punitivos, podría aplicarse una pena privada o indemnización punitiva cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, *sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal*, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la

víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado u a otros terceros (ligas de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, entidades de bien público, etcétera).

Esta noción, con importantes variantes y matizaciones, por cierto, encuentra sus raíces en los denominados daños punitivos del derecho anglosajón y en la llamada *culpa lucrativa* del derecho francés.

La pena privada está estrechamente asociada a la función *preventiva* de ciertos daños, y también a la *punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos* que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren *algo más* que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Trigo Represas, en Alterini – López Cabana, 1995).

Sin embargo, tratándose de ilícitos lucrativos, la reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad, pues subsiste un beneficio, en este caso económico.

Más allá de estos planteos, lo cierto es que los daños punitivos han sido incorporados en la Ley de Defensa del Consumidor. En este ámbito del consumo debe tenerse en cuenta que quizá el argumento más sólido sea el referido a la diferente fuerza económica y jurídica de los sujetos de la relación de consumo. El derecho del consumidor encuentra sustento constitucional derivado del hecho de que el consumidor se encuentra en un grado de vulnerabilidad que impone que sea el orden público quien deba protegerlo. Esta vulnerabilidad lo coloca como la parte débil de la relación de consumo, lo que redundará en una desigualdad que demanda protección del ordenamiento jurídico (Lima Márquez, 2002).

La vulnerabilidad del consumidor es una cuestión que se plantea como previa a la relación de consumo y que surge como una consecuencia de las reglas de la economía de mercado.

Este desequilibrio entre los sujetos de la relación de consumo genera diferentes tipos de

vulnerabilidad: vulnerabilidad económica, cognoscitiva y jurídica. (Lorenzetti, 2009).

Las normas de orden público consumerista tratan de regular y corregir estas fallas provocadas por las reglas del mercado. “El objetivo es suprimir los obstáculos del consentimiento pleno y asegurar la sociabilidad de las relaciones jurídicas”. (Lorenzetti, 2009, pág. 38).

Resulta importante destacar en este punto, que en la expresión de los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil, se plantea que el nuevo Código sea el “Código de la igualdad”. Se expresa que los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. La reforma busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

En este sentido se entiende que: “La Ley 24.240... es de orden público y esto último implica un conjunto de principios de orden superior-políticos, económicos o morales- que limitan la autonomía de la voluntad y a ellos deben acomodarse las leyes y la conducta de los particulares”.<sup>4</sup>

Como se ha expresado en el fallo "Teijeiro (o) Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G." los jueces civiles no sólo deben indagar el daño causado por el responsable sino que si el damnificado así lo solicita, deben castigar a los empresarios que hayan incumplido las obligaciones a su cargo, deben dictar sentencias ejemplificadoras a fin de "moralizar el mercado". La intención de la aplicación de la figura de los daños es que las empresas luego de la condena judicial, sean más cuidadosas y no actúen desaprensivamente. Que el afán de lucro no las lleve a aflojar o relajar los controles de calidad de los productos que salen de la fábrica y son colocadas en el mercado minorista.

Además, existe una finalidad preventiva que los jueces pueden y deben desempeñar. Los

---

<sup>4</sup> - Cám. 1º CCom. De Mar del Plata, sala II, “Martinelli, José A. c/Banco del Buen Ayre”, L.L.B.A. 1998-511.

jueces no deben centrar la mirada en el caso individual, sino que deben pensar en la repercusión de la sentencia que se dicte, en el fin social que ahora la ley adjudica a su resolución. Lo que se busca es enviar un mensaje a las empresas, en el sentido de que aumente el riesgo de que los incumplimientos reciban una sanción judicial.

### **3. Evolución histórica: la cuestión en Argentina.**

Nuestro derecho deriva del continental europeo, y éste, a su vez, del derecho romano. Los romanos experimentaban una reacción lógica ante la producción de los daños que repercutían sobre su persona o sus bienes, haciendo reparar al responsable de manera muy variada- desde la utilización de la venganza en un primer momento, a través de un acuerdo entre la víctima y su ofensor posteriormente, hasta su depuración posterior con la consolidación del Estado en el que se impone una composición forzosa y legal a través del pago de una suma de dinero por la provocación del delito-. Así, con el devenir de los años, la reparación de los daños asumió un contenido netamente patrimonial-.

Esta reacción lógica es la que obliga al agente generador del daño a responder por todo daño injustamente causado, y es la injusticia propia del daño la que justifica la pretensión resarcitoria de la víctima contra el responsable.” (Pizarro y Vallespinos, 1999).

La función resarcitoria del derecho de daños es entonces la más tradicional y la que genera mayor importancia desde el punto de vista patrimonial dado el desembolso económico que debe afrontar el responsable por la causación del daño. Esta función se encuentra sostenida por el principio de la reparación plena o integral, que no es otra cosa que “...la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación”(Pizarro, 1999, pág. 467).

Sin embargo, esta no es la única función que cumple al derecho de daños. Como ya se ha dicho, la tradicional vía resarcitoria que postulaba que no hay responsabilidad civil sin daño, se complementa en la actualidad con la idea de prevención de ese daño, aplicada a

través de la función preventiva o disuasiva del daño. Resulta evidente que siempre es preferible prevenir la causación del daño toda vez que esto dependa de una persona. Ésta prevención puede ser efectivamente lograda a través de sanciones previstas por la norma jurídica que se apliquen como una amenaza efectiva de una consecuencia legal y que generen una acción psicológica de intimidación para evitar la producción del daño.

La tercera función del derecho de daños- y la que más interesa a los fines de este trabajo- es la punitiva. Esta función que plantea algunas características de naturaleza sancionatoria, se torna eficiente cuando la reparación del perjuicio resulta insuficiente para alcanzar el reestablecimiento pleno de la de legalidad derivado directamente del ilícito y subsiste un beneficio a favor del agente dañoso. Existen situaciones intolerables e irritantes en las que el resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de la inequidad e inseguridad que estos hechos acarrearán. Tales situaciones se verifican cuando se producen graves perjuicios, con serio menosprecio al los intereses ajenos (Zavala de González y González Zavala, 1997).

Estas dos últimas funciones no tradicionales – la preventiva y la punitiva- han tenido en nuestro derecho muy escasa o nula regulación. La primera sí ha sido incipientemente receptada por nuestra legislación, aunque de manera poco orgánica en la Constitución Nacional (art. 43); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.11 inc. 3°); en el Código Civil (arts. 1071 y 1071 bis) y en la Ley de Propiedad Intelectual (art.79), entre otras regulaciones poco uniformes que se encuentran dispersas. También el Proyecto de 1998 la preveía específicamente en su art.1585.

La función punitiva en cambio, no corrió la misma suerte y carecía de cualquier tipo de reconocimiento en nuestro derecho hasta fecha reciente. Los daños punitivos se mostraban como una arista completamente extraña a nuestra costumbre legal y jurisprudencial, si bien constituyen una institución de gran predicamento en el sistema del common law, principalmente en los Estados Unidos de América. (Pizarro, 1993).

Quizá una de las razones por la cual resulta extraña a nuestra costumbre sea que las legislaciones de los países que tienen la tradición escrita del derecho romano no toleran con facilidad la aplicación de este tipo de sanciones en el derecho privado y las reservan a los ilícitos penales (Bustamante Alsina, 1998).

Sin embargo, el tema comenzó a ser de gran importancia en determinados campos específicos y supuestos particulares como los de la responsabilidad por competencia desleal, actos ilícitos cometidos en materia de propiedad intelectual, daños causados por medio de la prensa, entre otros.

En nuestra vida jurídica, hubo algunos hitos que marcaron la tendencia a estudiar los daños punitivos, y que propiciaron su inclusión legal:

- a. Ramón Pizarro, en un artículo publicado en un libro homenaje en el año 1993, abrió el debate sobre su conveniencia y aplicación, que continúa hasta hoy (Pizarro, 1993).
- b. Anteproyecto de 1998: en su artículo 1587 consagra la multa civil, con destino a un fondo de garantía que castigaba a quienes actuaran con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos.<sup>5</sup>
- c. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999): el tema se trató en una comisión llamada “Derecho privado comparado. Las penas privadas”, casualmente presidida por Pizarro. Allí se sugirió por unanimidad su inclusión en el ordenamiento jurídico, porque su aplicación por vía jurisprudencial era peligrosa.
- d. XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora, 2007): se aprobó de lege ferenda el siguiente despacho: “Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos con destino a la víctima, en los cuales la cuantificación tenga en miras el patrimonio del agente dañador” (despacho de la mayoría)(Lorenzetti, 2009).

---

<sup>5</sup> - Proyecto de Unificación del Derecho Privado, 1998, Artículo 1587.- Multa civil. *El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.*

#### **4. Daños punitivos en el derecho argentino: la Ley del Consumidor.**

##### 4. a) La reparación del daño en la relación de consumo.

###### 4.a) 1.Objetivo.

El concepto de “consumidor” no sólo involucra un aspecto jurídico o legal sino, especialmente económico, desde que “...el consumo es la etapa final del proceso económico y consiste en el uso o empleo de los bienes y servicios para gozar de la capacidad para satisfacer necesidades humanas que tienen los bienes en general.” (Conte – Grand, citado por Lorenzetti y Schotz, 2003, pág. 37).

Este consumidor o usuario adhiere a sistemas predisuestos, que naturalmente nacen con campañas de publicidad que las empresas o grandes superficies de compra desarrollan, dirigidas a generar inexorablemente la necesidad de consumir y consumir.

Y es por ello que en materia de “tratativas” concebidas desde la doctrina consumerista, lo que interesa y constituye el basamento de la reparación del daño sufrido en el acto de consumo sobre bienes del consumidor es el *valor “confianza”* generado sobre el consumidor y ya no el proceder de buena fe propio de la negociación realizada en la oferta, o en su estadio previo “tratativas”.

###### 4.a) 2. Precisiones constitucionales de la relación de consumo. Propuesta de solución a la colisión de normas.

Si el análisis de la reparación del daño se propone desde la óptica de la “relación de consumo” debe aludirse, como cuestión previa, a su rango constitucional. El concepto contractualista pregonado por la Ley de Defensa del Consumidor, fue ampliado por el convencional constituyente al expresar que “...Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en su *relación de consumo...*” –art. 42 de la Constitución



Nacional. Esto importa afirmar que nuestra ley suprema tiene como fundamento al “acto de consumo” a partir del cual se actúa el principio protectorio constitucional.

“En otras palabras se abandona el concepto o noción contractualista a la que pretendía asociarse la definición de “consumidor” o “usuario” como parte del acto jurídico por esencia bilateral –arts. 944 y 1137 del CC-, introduciendo en el plexo normativo constitucional una norma de las denominadas “operativas” –art 42 de la CN- que como tal impone la tutela de manera inmediata, sin necesidad de norma que reglamente este precepto constitucional, concibiendo al mencionado “consumidor” “usuario” como un sujeto o fenómeno social, jurídico y económico”(Falco, SJ N° 1548., p. 317).

En igual sentido Lorenzetti, refiere “...El consumidor es un sujeto de derechos pero no es fundamento de la disciplina. El fundamento es el principio protectorio constitucional aplicado a partir del acto de consumo, lo que da lugar a una relación jurídica de consumo...” (Lorenzetti, 2003, pág. 73).

Tan trascendente deviene el aspecto relacionado con la jerarquización constitucional de la “relación de consumo” que en la clasificación de normas constitucionales como “operativas”, el art. 42 de la CN, se enrola, resultando de aplicación inmediata sin necesidad de supeditarse a leyes que reglamenten su ejercicio. En los casos que presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley sino la Constitución Nacional la que es fuente principal del derecho consumerista. Se trata de uno de los denominados “derechos civiles constitucionalizados...”(Lorenzetti, 2003, pág. 44).

La norma del artículo 42 de la Constitución Nacional pone en cabeza de los consumidores y usuarios derechos plenos, los cuales son operativos sin necesidad de que se le dicte una ley que los instrumente, lo que significa que el juez puede aplicar en el caso concreto y que su eficacia no está condicionada. El segundo apartado del artículo 42 de la Constitución Nacional es una norma operativa, y si bien no dice que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, es porque los derechos ya están acordados y -

como tales- merecen la tutela operativa que les dispensa el artículo 43 de la Carta Suprema (Gozaini, 2005, pág. 58).

En fin, toda norma particular cede ante el fin tuitivo predicado por la norma constitucional y la Ley de Defensa del Consumidor.

#### 4.b) Los daños punitivos en la Ley del Consumidor. Artículo 52 bis.

Con la reforma efectuada a la Ley de Defensa del Consumidor en el año 2008 (por Ley 26.361), se introdujeron los daños punitivos, siendo esta la primera mención que el ordenamiento argentino hace sobre este tema. En realidad, la figura legal viene a enmendar un vacío legal, que tiene como cometido exigir del proveedor la adopción de conductas tendientes a valerse de todos los medios y medidas provistas por el sector técnico, científico e investigativo, dirigidas a prevenir el daño.

Esto tiene que ver con dos tipos de comportamiento: a) los controles de calidad y de eficiencia realizados sobre el producto, antes de ser lanzados al mercado; y b) con el proceder de buena fe del “proveedor” cuando anoticiado de defectos de diseño, fabricación o de información no puede adoptar otra conducta que anoticiar a la autoridad de aplicación de tal situación, como así también a los medios de prensa, para prevenir al consumidor y en su caso extraer del mercado la totalidad de las partidas de productos que se consideran afectados por el defecto o vicio advertido.

Pero más allá de las virtudes que de tal instituto se destacan, la fórmula legal utilizada por el legislador de la ley 26.361 peca de amplia y hasta ambigua. (Lorenzetti, 2009).

*Artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso,*

*independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”*

Resulta muy atractiva la incorporación expresa de los daños punitivos, aunque no se encuentra exenta de polémicas y puntos opinables que dan motivos a su análisis y discusión, tema que será desarrollado en el punto 4.b) 8

#### 4.b)1. Clasificación.

De acuerdo al modo en que los daños punitivos fueron receptados en la Ley de Defensa del Consumidor, se los puede clasificar desde distintos aspectos:

- a) Según la fuente, es de origen o creación legislativa, que únicamente lo puede imponer el juez.
- b) Según la libertad de imposición es facultativo, tanto para su petición concreta, que la debe hacer la víctima, como para su concesión, que también es discrecional por parte del juez.
- c) Según su relación con la condena compensatoria, es un daño que no tiene una relación fija. Por ejemplo, si tiene un tope marcado por los \$ 5.000.000 del art. 47, inc. b, según la remisión que hace la ley.
- d) Según el destino de la condena, se destina íntegramente a la víctima, a diferencia del art. 1587<sup>6</sup> del Proyecto de Código de 1998 que decía que la multa civil “tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”.

---

<sup>6</sup> Artículo 1587<sup>6</sup> del Proyecto de Código de 1998 "Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada".

4.b) 2. Sujetos involucrados. Legitimación activa y pasiva

El titular de la acción es el consumidor víctima de la conducta sumamente perjudicial del proveedor; pero también tienen acción sus causahabientes cuando ésta ha llevado al punto de provocar la muerte del consumidor (Sprovieri, 2010).

No están legitimados el Defensor del Pueblo ni las organizaciones de consumidores, pues la ley dice a “instancias del damnificado”(Furlotti, 2010).

Fue incorporada la figura del *bystander* en la reforma de la ley 26.361, el que puede ser entendido como aquel que “de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. También está legitimado para cobrar daños punitivos, si demuestra los extremos de su procedencia.

En cuanto a los legitimados pasivos hay que hacer una distinción. La Ley de Defensa del Consumidor en su art. 40 establece la responsabilidad objetiva de toda la cadena de comercialización frente a la víctima. Pero en lo que hace al daño punitivo no puede existir responsabilidad objetiva, pues por definición es una pena privada en la que el factor de atribución es subjetivo y agravado. Es posible, sin embargo, que en un mismo juicio, el consumidor reclame los daños sufridos a toda la cadena de comercialización, pero los daños punitivos sólo a un miembro de ella.

En los casos comunes de daños sufridos por el consumidor (art. 40, ley 24.240) es improcedente alegar la falta de culpa para eximirse de responder. Sin embargo, en los casos de daños punitivos, debido a que sólo se otorgan para sancionar un hecho grave, es perfectamente posible que sólo un integrante de la cadena de comercialización deba ser condenado.

#### 4.b) 3. Instancia de parte

Por más que el juez entienda que en el caso concreto de incumplimiento del proveedor es grave, malicioso y merecedor de una sanción, tiene vedada la concesión de oficio. Es únicamente la víctima la que pone en movimiento la acción por daños punitivos. Hay sin embargo autores- como Bru y Stiglitz- que consideran, que la multa civil debiera proceder de oficio, e incluso poder ser continuada por el Ministerio Público en caso de que el actor abandone el juicio. (Sprovieri, 2010).

“...la figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas penas privadas , y por ello, su aplicación ejemplar a conductas disvaliosas no puede ser aplicada de oficio”. (Extraído del fallo: “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA”)

#### 4.b) 4. Presupuestos de procedencia. Elementos a tomar en cuenta

El nuevo artículo 52 bis dice que se pueden imponer daños punitivos *“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”*. A primera lectura, parecería que el artículo sienta un presupuesto de hecho en el que basta el simple incumplimiento de una obligación legal o contractual. Por eso se ha dicho que la sola mora no bastaría para mandar pagar daños punitivos si no está unida a otro elemento doloso o intencional de incumplimiento (Aguirre Astigueta, 2010).

De acuerdo con la ley son dos las únicas pautas a tener en cuenta al momento de graduar la condena:

##### a) “Gravedad del hecho”:

Para la condena por daños punitivos deberá tenerse en cuenta la presencia de un hecho doloso o gravemente culpable, aunque así no lo exija la norma, pero resulta de la

interpretación que desde la doctrina se ha dado a los fines de compatibilizarlo con el sistema legal. No coincidimos con la prestigiosa Dra. Matilde Zavala de Gonzalez, en cuanto señala que no es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica con el hecho perjudicial, bastando una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social.

b) “Demás circunstancias”:

La ley ha dejado librada a la interpretación judicial cuáles son todos los supuestos. El proveedor no está indefenso porque sabe que el hecho debe ser “grave”, lo que también es predicable de las “demás circunstancias”.

Como se sostuvo en los fundamentos extraídos del fallo “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina”, la ley 26.361 se apartó del restrictivo criterio que sostenía que sólo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro. Más allá de las objeciones que pudieran hacerse sobre este punto, el artículo 52 bis dice que se pueden imponer daños punitivos al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. La norma tiene un indudable acierto que es la mención de obligaciones legales para terminar de despejar las dudas sobre si la responsabilidad por daño punitivo es contractual o legal.

El principio de interpretación genérico de las “demás circunstancias” es la violación al deber de obrar de buena fe. De manera enunciativa pueden señalarse las siguientes “circunstancias” que habilitan la condena por daños punitivos y que deben ser valoradas por el juez en la aplicación de los daños punitivos:

El daño causado. Los daños reales sufridos por el consumidor o usuario: muere o padece una enfermedad incapacitante, cuando hay microlesiones o daños masivos (en esos casos, el proveedor provoca miles de daños pequeños, casi imperceptibles a los consumidores, sabiendo que por ser de tan poca monta seguramente no habrá reclamos).

Posición en el mercado del infractor. Permite incluir entre las pautas a tener en cuenta las riquezas del proveedor, no es lo mismo la condena a un proveedor monopolístico, que a una pequeña empresa del interior del país. Las situaciones monopolísticas afectan al consumidor porque restringen la libre competencia, por lo que deben ser desalentadas también con los daños punitivos.

Cuantía del beneficio obtenido. Se refiere a la malsana actitud del proveedor que a sabiendas de que su producto causará un daño mayúsculo sabe que las probabilidades juegan a su favor, por lo que decide lanzar o no retirar su producto del mercado.

Dolo o culpa grave, para el consumidor o terceros. Éste es el elemento definitivo, condición para la imposición del daño punitivo. Si no hay intención de dañar, puede haber daño compensatorio por responsabilidad objetiva pero nunca daño punitivo.

Reincidencia. El hecho de haber sido ya condenado a pagar daños compensatorios por la autoridad administrativa.

Gravedad del hecho. La doctrina y la jurisprudencia extranjera mencionan las siguientes conductas que demuestran “gravedad del hecho”: 1) defraudar o engañar sobre las calidades o bondades del producto. 2) demostrar grave indiferencia hacia la seguridad del público consumidor, violación consiente a los estándares de seguridad. 3) realizar procedimientos de prueba o comercialización inadecuados. 4) no advertir sobre peligros conocidos antes de lanzar el producto al mercado. 5) no retirar el producto o subsanar sus defectos después de lanzado al mercado.

Violación del trato digno. Según el artículo 8 bis, las situaciones que podrían ameritar la imposición de daños punitivos son aquellos actos: a) Vergonzantes: Se refiere a toda situación que exponga al consumidor, públicamente o en su círculo íntimo, a situaciones que le generen deshonra o descrédito, aun aquellas que se basen en circunstancias objetivamente ciertas o comprobables pero que, no obstante, por ser inherentes a la esfera reservada de las personas, no existe razón que legitime su divulgación. b) Vejatorias: La

situación que implica maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicar o hacerle padecer. c) Intimidatorios: La conducta que causa o infunde miedo a alguien. d) De discriminación hacia consumidores extranjeros: tiende de proteger a los extranjeros de ciertos abusos, que suelen sufrir por desconocimiento o vulnerabilidad, como por ejemplo, turistas extranjeros a quienes se les cobra un precio diferencial. (Rusconi, 2009, págs. 90/94).

#### 4.b) 5. Determinación del monto.

La ley establece que el monto de la condena *“se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”*.

Es aquí donde los jueces deberán evaluar todas las pautas señaladas en el punto anterior a fin de graduar el monto. Una vez que se ha convencido al juez de que debe condenar al proveedor a pagar daños punitivos, hay que pasar al siguiente paso que es su cuantificación.

Para esto, debe tenerse en cuenta que la ley no fija ningún tipo de criterio a seguir en cuanto a la relación que debe existir entre la condena compensatoria y la punitiva. El único límite que la ley a puesto es el del valor de la infracción del art. 47, inc. b que se fija en \$ 5.000.000.

#### 4.b) 6. El tope y sus problemas.

A diferencia de su antecedente inmediato, el art. 1587 del Proyecto de Código de 1998, el art. 52 bis coloca un tope respecto de la condena punitiva. A primera vista el tope parece bastante conveniente porque \$ 5.000.000 es mucho dinero para el común de la gente. Sin embargo hay casos de daños masivos en los que se muestra exiguo, los topes que a primera



vista parecen destinados a proteger al responsable de una condena astronómica no siempre cumplen ese cometido.

#### 4.b) 7. Responsabilidad solidaria.

El artículo 52 bis además dice que *“Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan”*.

Esta solidaridad es distinta de la de la condena de comercialización, establecida en el art. 40, ley 24.240. Esa solidaridad sólo tiene que ver con la condena por daño compensatorio, y tiene por objeto garantizar a la víctima una reparación por parte de todos los involucrados. La causa es la conexidad contractual.

Este distinto tipo de solidaridad se basa en la participación en un hecho intencionalmente perjudicial hacia la persona del consumidor. La solidaridad en este caso requiere la prueba de ese elemento intencional y agravado y que no es reflejo de la cadena de comercialización. Incluso puede involucrar a personas ajenas a la mencionada cadena. Así por ejemplo, puede condenarse a un profesional que haya certificado falsamente un estudio de inocuidad de un producto, o a un funcionario estatal que por corrupción no haya ejercido el poder de policía que le correspondía. (López Herrera, 2011).

El consumidor sólo tiene que probar quién tuvo autoría en el grave hecho intencionalmente perjudicial del que fue víctima para que la ley lo habilite a cobrar el total de sus daños a todos los autores. No interesa si la responsabilidad es contractual o extracontractual, pues es igualmente solidaria.

También aquí resulta ilustrativo las exposiciones vertidas en el fallo “Teijeiro ó Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G -Abreviados- otros” acerca de la legitimación pasiva en materia de imposición del daño punitivo. Se reitera aquí hay que

hacer una distinción: la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 40 establece la responsabilidad objetiva de toda la cadena de comercialización frente a la víctima. Así, ésta puede reclamar la reparación al vendedor, al fabricante, al importador, al que pone la marca, etcétera. Pero en lo que hace al daño punitivo no puede existir responsabilidad objetiva, pues por definición es una pena privada en la que el factor de atribución es subjetivo y agravado.

Por ello, es posible que en un mismo juicio, el consumidor reclame los daños sufridos a toda la cadena de comercialización, pero los daños punitivos sólo a un miembro de ella.

Resulta dudoso que se dé entre los obligados solidarios en el caso de los daños punitivos el supuesto de acciones de regreso que menciona la ley. Se supone que las conductas que autorizan a imponer daños punitivos son delitos del Código Civil (art. 1072, CCiv.), que tal como lo dispone el art. 1082, CCiv., no permiten acciones de contribución entre coobligados solidarios (Furlotti, 2010).

Como se verá a continuación, este punto referido a la responsabilidad solidaria no se encuentra exento de críticas.

#### 4.b) 8. Críticas al texto del artículo 52 bis.

La figura de los daños punitivos se encuentra arraigada en los países anglosajones y su aplicación resulta de gran efectividad en materia de consumo, tanto es así que en consideración a estos antecedentes los doctrinarios del Derecho de Daños y especialmente del Consumo planteaban desde hace tiempo la necesidad de su incorporación a la normativa vigente, la que finalmente se plasmó en nuestro país a través del nuevo art. 52 bis.

Pero como no puede ser de otro modo, por tratarse de un instituto ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, su reciente incorporación ha generado controversia y diversos desencuentros de opinión.

Las críticas varían desde la inconstitucionalidad de la imposición de una pena por un ordenamiento distinto del penal, ya que esa facultad está reservada a la potestad punitiva del Estado, hasta la injusticia de que el consumidor que acciona reciba una indemnización mayor al daño efectivamente sufrido, porque ello atentaría contra el principio constitucional de la reparación integral.

Respecto de su constitucionalidad, ya se ha abordado extensamente en el punto 2 de este capítulo, y nos hemos inclinado por sostener su constitucionalidad. El hecho de que la técnica legislativa sea mala, no provoca *per se* su inconstitucionalidad (Álvarez, 2003).

Otra de las críticas está relacionada con la amplitud que genera la redacción de la norma, al considerar aplicable la multa civil “al proveedor *que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales* con el consumidor”. Este aspecto recibe el reproche fundado de gran parte de la doctrina al sostener que un instituto como el de análisis requeriría necesariamente para su aplicación la existencia de dolo o culpa grave al menos, en el sujeto pasible de sanción y que esta previsión debería encontrarse incorporada al texto legal de manera expresa. Según la redacción, bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, sin importar si hubo dolo o culpa por parte del proveedor o si éste se enriqueció. La “gravedad del hecho”, sólo es tenida en cuenta por la norma para graduar la sanción (Picasso, 2008).

Creemos que este pensamiento resulta inaceptable, porque en el daño punitivo no puede haber responsabilidad objetiva: *es por definición una pena privada en la que el factor de atribución es subjetivo y agravado*. Ni siquiera se exige que el hecho constituya una infracción a la ley, sino que basta con que se viole una obligación de otra fuente legal o contractual.

Es criticable que la ley no exija mayores requisitos para la aplicación de una figura tan extraña a nuestro sistema.

La omisión a todo tipo de consideración hacia un factor subjetivo de responsabilidad implica una laxitud que genera no sólo polémica, sino que atenta contra la seguridad jurídica, habiendo sido tildado de incompatible con la Constitución Nacional, puesto que el mero incumplimiento del proveedor daría paso a la fijación de daños punitivos -si así lo solicita el consumidor y lo decide el juez- sin contar el infractor con las garantías del ámbito penal, tales como el principio de inocencia y el de tipicidad.

Como lo han expresado Pizarro y Stiglitz (2009), no cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. Es, de tal modo, poco serio —y atenta contra la esencia misma de la figura y contra la eficacia de su regulación— abrir sus puertas frente a cualquier incumplimiento o ilícito extracontractual.

“Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva” (“Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina”).

Entendemos que la generalidad que caracteriza a la norma resulta contradictoria con el carácter de figura excepcional que reviste el instituto -ya que por esa excepcionalidad-, debiera preverse claramente los supuestos de aplicación. Por ello, sería preferible que expresamente se requiera la existencia de una conducta particularmente grave,

caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual), o como mínimo, de una grosera negligencia.

Quizá debió seguirse el camino propuesto por el Proyecto de 1998, cuando hacía referencia a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Grave indiferencia respecto de derechos ajenos o de intereses de incidencia colectiva supone algo más que un mero incumplimiento de una disposición legal o convencional. Su configuración debería ser indispensable no sólo para la cuantificación de la indemnización, sino para la procedencia de la misma.

También en el fallo “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA” se dejó en claro que uno de los caracteres propios de la figura de los daños punitivos, que hace a su procedencia, es el particular reproche de conducta que se exige en cabeza del agente dañador. En otros términos, los daños punitivos son excepcionales, pues proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño.

Esta postura también se manifiesta en el pronunciamiento de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba de fecha 17 Abril de 2012 en la apelación del fallo “Teijeiro (o) Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. s/ abreviado - otros el caso” cuando resuelve modificar parcialmente la sentencia de primera instancia que admitió la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis de la LDC, estableciendo que no bastan las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose. “La multa civil tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio y, por tanto, no puede ser aplicada en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, CN.)”.

Es también objeto de crítica el relativo a la graduación de la sanción. En este aspecto el artículo señala que se graduará *en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso*, lo cual a juicio de la doctrina resulta insuficiente puesto que se advierte una total orfandad de pautas que sirvan de guía al juzgador en el caso concreto.

Como ya se ha expresado, entendemos que la dificultad en este aspecto, podría haberse zanjado con la sola remisión a los parámetros que incorpora el art. 49 de la ley 24.240 para la aplicación y graduación de las sanciones, tales como el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. Sin embargo nada se dijo y por ello genera en la práctica una verdadera situación de incertidumbre.

No menos críticas ha recibido *el destino* que se da a la multa impuesta ya que el artículo establece que ésta será *a favor del consumidor*.

Algunos autores advierten que incorporar la multa al patrimonio del consumidor generaría sin más, un enriquecimiento sin causa a favor del mismo contrariando así la función del derecho de daños, en tanto que la reparación debida al damnificado en ningún caso puede implicar un incremento patrimonial que no corresponda estrictamente a los perjuicios ocasionados.-

Es por esto que se habla de inconstitucionalidad, pues se quiebra el principio de igualdad establecido en el art. 16 de la C.N., al favorecer a la víctima con un monto mayor al que corresponde a los daños efectivamente sufridos por ella.

La norma puede resultar demasiado rígida en lo que atañe al receptor de la indemnización punitiva. Si bien es aceptable que en algunos casos, su producido sea destinado al propio damnificado, no lo es en otros, en donde su destino debería anidar, en último término, en el Estado o en organismos de defensa del consumidor. Por eso, nuevamente parece mucho más apropiada la propuesta que formulaba el Proyecto de 1998, que asignaba a la indemnización punitiva "el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada".

Los Dres. Pizarro y Stiglitz también realizan una profunda crítica profunda a otros aspectos, por ejemplo, el referido a la terminología utilizada, la que les parece impropia, ya que lo que se pune o sanciona no es el daño sino una conducta calificada por su particular gravedad. De allí que habría sido preferible utilizar la expresión “indemnización punitiva”.

Como lo expresáramos anteriormente, el anteproyecto elimina esta expresión equívoca derivada de que por un lado el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador. Para evitar estos problemas, y luego de muchas discusiones, se adoptó el nombre de "sanción pecuniaria disuasiva".

Un aspecto de mucha importancia y del que no existen antecedentes en el derecho comparado, y sin fundamento serio que lo justifique, es la consagración de la regla de la *solidaridad en el pago de la indemnización punitiva*, cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento. No parece conforme con el buen sentido jurídico que alguien pueda verse obligado solidariamente a indemnizar daños punitivos por el sólo hecho de ser co-responsable de un incumplimiento, cuando no se configuren, con relación a dicho sujeto, las exigencias básicas para la procedencia de la punición.

Es por eso que encontramos incongruente el texto de la ley que impone una responsabilidad tan agravada sin exigir que el incumplimiento devenga de una conducta subjetivamente gravosa.

La ley dispone además que la multa civil que se imponga "no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley". Dicho importe máximo asciende a la fecha a la suma de cinco millones de pesos. La solución normativa es objetable, si se tiene en cuenta que dicho tope puede ser ínfimo en ciertos casos de particular gravedad, con lo que se enerva en tales supuestos la finalidad preventiva y retributiva de la institución. En el otro extremo, no se ha regulado, como habría sido prudente, el delicado problema de la coordinación de las penas privadas cuando se trate de supuestos en los cuales la conducta contraria a derecho del responsable genere una

multiplicidad de damnificados, a veces en distintos lugares y hasta en diferentes tiempos (mass disaster litigation) situación frecuente en materia de daño ambiental y de daños a los consumidores y usuarios; ni menos aún la coordinación de los daños punitivos con las multas que prevé el art. 47 de la ley, que sumados pueden llevar a cifras exorbitantes.

La norma también guarda silencio acerca de la posible interposición de una demanda colectiva que reclame daños colectivos. Y entonces surge la pregunta: ¿Pueden reclamarse daños punitivos en una acción de clase?

Álvarez se inclina por la negativa, pero solamente basándose en una razón práctica: si el destino de la multa es para el damnificado es imposible dividirla equitativamente entre todos los damnificados posibles que se verían beneficiados por una acción de clase. Independientemente de esa complicación práctica, la mayoría de los autores se inclinan por la negativa de la combinación de ambas instituciones fundando su postura en que las acciones colectivas no están diseñadas para ese fin, sino que persiguen la reparación integral de los daños de un grupo homogéneo de personas.

No obstante las críticas realizadas, es de rescatar que parece acertado que se prohíba al juez su concesión de oficio.

En resumidas cuentas, coincidimos con Pizarro y Stiglitz en que los daños punitivos son una institución atractiva, útil, por la cual se ha venido bregando desde hace varios lustros, pero que sin embargo, los serios errores de técnica y política legislativas han hecho que la figura naciera malograda.

##### **5) Aspectos procesales de su aplicación.**

En la actualidad nos encontramos que este artículo aislado hace mención a los daños punitivos. Los jueces son quienes tienen sobre sí el peso de su aplicación cuando las partes lo solicitan. Es por esto que sobre ellos recae la gran tarea respecto de tener por acreditados los hechos que motiven su aplicación y también de determinar su monto.



El artículo 52 bis supedita la aplicación y monto de la condena a un aspecto discrecional del magistrado, al utilizar el vocablo “podrá”.

La determinación de la procedencia o admisión del daño punitivo no puede ni debe admitirse ante la configuración de la violación a una manda legal o por incumplimiento de una obligación jurídica preestablecida –materia contractual- sino que exige, al decir de calificada doctrina, las siguientes condiciones “...1) grave reproche subjetivo en la conducta del dañador; 2) existencia de lesión o daño; 3) en principio, no aplicación en la esfera contractual...”(Pizarro, 1993, pág. 297).

#### 5.a) Plexo probatorio

A los fines de determinar la gravedad de la conducta para la aplicación de los daños punitivos, una fuente legal útil para que la autoridad de aplicación sancione la gravedad del comportamiento del proveedor, es el artículo 49 de la LDC<sup>7</sup>.

Para ello, a los fines de valorar si en la conducta punible del proveedor éste obtuvo algún beneficio, o cuánto sabía o pudo saber acerca de lo defectuoso del producto lanzado al mercado podrán analizarse las medidas de control adoptadas por la empresa, las que podrán inferirse del correlato probatorio hecho a través de la vía presuncional o indiciaria- art. 315 y 316 del CPCC.

La primera fuente que debería consultarse como diligencia preliminar a la interposición de la demanda, (pudiendo hacerse a través de la prueba anticipada – art. 486 y ss. del CPCC-) es el Registro Nacional de Infractores, conforme lo indica el Decreto

---

<sup>7</sup> Artículo 49 de la Ley de Defensa del Consumidor: “Aplicación y Graduación de las sanciones. En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes

Reglamentario 1798/94 (Adla, LIV-D, 4525), a través del cual el consumidor/actor podrá conocer el modo en que la autoridad administrativa nacional o provincial evaluó determinado hecho y aplicó determinada sanción, o cuál fue la nueva sanción en caso de reincidencia, etc. (Falco, 2011).

Para el caso en que el proveedor no cuente con sanciones administrativas previas, sería positivo que juntamente con la articulación de la demanda judicial se formalice la denuncia administrativa para evaluar futuras conductas.

#### 5.b) Tipo de procedimiento

La causa en la que se ventila la responsabilidad del proveedor tramita por el trámite de conocimiento más abreviado. Sin embargo, los tiempos judiciales no son los mismos que los administrativos, pudiendo a veces, adelantarse la investigación y resolución practicada por la autoridad de aplicación, para introducirse como prueba documental o instrumental - arts. 317 y 241 del CPCC. “Creemos que al promover la demanda requiriendo la aplicación de la multa civil, la asistencia técnica de la víctima/consumidor debería pedir se le dispense el trámite por el proceso de conocimiento más amplio- art. 53, 1º párrafo del a LDC” (Falco, 2011, pág 6).

Esto tiene que ver con la complejidad probatoria que debería aportar el consumidor para demostrar el grave reproche subjetivo.

### 6) Derecho comparado.

#### 6.a) El common law

---

del hecho. Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley, incurra en otra en el término de 5 años.”

Los daños punitivos nacieron como una creación jurisprudencial del *common law*, y en realidad no se trata de un modelo que sea tan distinto e incompatible con el otro gran sistema de la cultura jurídica occidental- como el argentino-, el *civil law*. Es de señalar, como ya se ha adelantado, que esta figura tiene sus antecedentes en el derecho anglosajón y en mayor medida en la jurisprudencia estadounidense.

“...los primeros antecedentes de esta doctrina se remontan al *ancient law* y a la Inglaterra medieval. Es estatuto inglés más antiguo que consagró la posibilidad de aplicar daños punitivos data del año 1275 (punición con el duplo del daño cuando el damnificado fuese un religioso). Sin embargo, el primer antecedente moderno de lo que hoy se denominan daños punitivos, aparece en 1963, en a causal “Huckle vs. Money”. De allí se transportan a los Estados Unidos de Norte América, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda y Sudáfrica...” (Pizarro, 1993, pág. 292/293).

A continuación se expondrán los principales fallos que han sido recopilados por el Dr. López Herrera y que marcan la aplicación de los daños punitivos (López Herrera, 2011).

#### Inglaterra.

##### **“Wilkes v. Wood”**

En Inglaterra, con el caso “Wilkes v. Wood”<sup>8</sup> por primera vez un tribunal otorga una suma de dinero superior a la indemnización del daño sufrido, con el propósito de disuadir la ocurrencia de comportamientos graves. El caso tuvo lugar cuando se publicó en un periódico un panfleto que fue considerado malicioso contra el rey Jorge II y alguno de sus ministros. Se emitió una orden general de allanamiento y requisa de los papeles y publicaciones del *Nort Briton*, pero el mismo no fue llevado a cabo en las instalaciones del periódico, sino en la casa de Wilkes, su editor. Wilkes llevó el caso a los tribunales alegando que “una indemnización insignificante no pondría fin a la invasión a sus derechos civiles”. La razón le fue otorgada y se impusieron daños punitivos para castigar al demandado y disuadir futuras inconductas.

---

<sup>8</sup>- 2 Wils KB 203, 95 Eng. Rep. 766 (1763).

### **“Huckle v. Money”**

Relacionado con este caso puede citarse a “Huckle v. Money”<sup>9</sup>. En virtud de la generalidad de la misma orden, se detuvo a Huckle, quien era empleado del imprentero. En el procedimiento Huckle fue arrestado y luego inició un juicio por los daños sufridos y obtuvo una indemnización total equivalente a trecientas veces la paga semanal que recibía. Los motivos expuestos por el tribunal inglés para otorgar una indemnización de daños ejemplares superiores al real perjuicio sufrido fueron. “...Entrar ilegalmente en la casa de una persona en virtud de una autorización innominada con el fin de procurarse evidencia es actuar peor que la Inquisición española; ningún inglés quisiera vivir ni una sola hora bajo una ley que lo permitiera.”

Con estos fallos las bases en Inglaterra para obtener una indemnización por daños punitivos estaban dadas para los casos en que hubiera malicia, opresión o un fraude grosero.

### **“Rookes v Barnard”**

Dos siglos después en Inglaterra se dictó otro fallo en el que se trató de limitar los daños punitivos. Fue en “Rookes v Barnard”<sup>10</sup> en 1964. El caso trataba sobre lo que se conoce como interferencia dañosa con el comercio o negocios por medios ilegales.

El actor trabajaba en la fábrica de BOAC, quien se desafilió de su sindicato por diferencias de opiniones. El sindicato presionó al empleador para que lo despidiera, bajo amenaza de huelga, determinación que tomó finalmente el patrón respetando el debido preaviso. El actor entonces demandó al gremio que fue encontrado culpable porque el tribunal consideró que la amenaza de huelga en ese caso era un medio ilegal, más grave que la amenaza física.

Este fallo limita los daños punitivos a tres casos:

---

<sup>9</sup> -2 Wils KB 205, 95 Eng. Rep. 768 (1763).

<sup>10</sup> “Rookes v Barnard”, 1964, AC 1129.

1. Comportamiento opresivo, arbitrario o inconstitucional de los funcionarios en contra de un particular o empresa privada.
2. El caso en el cual el demandado ha calculado que su comportamiento le procuraría un beneficio que sobrepasaría en gran medida la indemnización debida, sobre todo a daños por difamación.
3. Los casos en los cuales expresamente la ley ha previsto los daños punitivos; en Gran Bretaña, por ejemplo, la ley de derechos de autor (*copyright*).

### **“Cassell v. Broome”**

Ocho años después en el caso, “Cassell & Co, Ltd. v. Broome”<sup>11</sup>, se clarificó el concepto de la primera y segunda clasificación. Para la primera dijo que la acción opresiva se aplica a la conducta de la policía, oficiales municipales y otros funcionarios. Para encuadrarse el comportamiento dentro de la segunda categoría no debe demostrarse la existencia de un cálculo matemático sino que puede simplemente existir: a) conocimiento de que la acción propuesta es ilegal, o temerario desinterés con respecto a si es ilegal o no, b) decisión de llevar la acción no obstante este conocimiento.

### Estados Unidos

Aunque los daños punitivos hayan nacido en Inglaterra, Estados Unidos es el país en el que el instituto ha alcanzado el máximo desarrollo y ha desarrollado principios propios. Es el país donde se pueden encontrar las condenas más astronómicas a pagar daños punitivos, y donde debe consultarse la doctrina especializada y la jurisprudencia sobre los daños punitivos.

### **“Coryell v. Colbough”**

El primer caso que citan los autores es “Coryell v. Colbough”<sup>12</sup>, en el que juez instruyó al jurado a no estimar los daños por ninguna prueba particular, sino para que sirvan de ejemplo y de prevención de similares ofensas en el futuro. Se trataba del incumplimiento de una promesa matrimonial. La ruptura de promesa de esponsales era el único caso de

---

<sup>11</sup> -“Cassell & Co., Ltd. v. Broome”, 1972 1 All E.R. 801(H.L.)

daños punitivos. El jurado fue instruido a no estimar el daño por ninguna particular prueba de los daños o pérdidas reales, sino otorgar una condena que sirviera de ejemplo para prevenir tales ofensas en el futuro.

### **“Day v. Woodworth”**

Para el año 1850 la jurisprudencia en Estados Unidos los había aceptado pacíficamente. El primer caso resuelto en 1851 por la Corte Suprema fue “Day v. Woodworth”<sup>13</sup>, donde el instituto recibe expreso reconocimiento: “Es un principio bien establecido del *common law* que, en acciones de turbación de la propiedad y en todas las acciones de daños, el jurado puede infligir lo que se llama daños ejemplares, punitivos o vindictivos en vez de la medida de la compensación del actor”.

En este fallo surge clara la distinción a que se apuntara desde el principio: la indemnización común tiene como medida el perjuicio sufrido por la víctima, la indemnización punitiva, ejemplar o múltiple tiene otros parámetros de medida que se relacionan mucho más con el victimario.

### **“Grimshaw v. Ford Company”**

En el precedente sentado en este caso por la Court of Appeal of California<sup>14</sup>, se le impuso a la empresa automotriz una sanción punitiva de 125 millones de dólares para motivar la reparación de un defecto de fabricación del automóvil Ford Pinto, el que presentaba problemas de seguridad por el que se podría producir una explosión en determinadas circunstancias. Sobre la base de un cálculo costo-beneficio, la reprochable decisión de la empresa no fue la subsanar ni realizar las modificaciones necesarias para impedir que el daño se produjera, atento que ello resultaba más oneroso que abonar los costos que los daños específicos que surgieran como consecuencia.( Junyent Bas y Garzino, 2011).

---

<sup>12</sup> - (N.J. (Coxe) 77 1791.

<sup>13</sup> -“Day v. Woodworth”, 54 US (13 How) 363, 371 (1851).

<sup>14</sup> -“Grimshaw v. Ford Company”, 119 Cal. App. 3d 757; 174 Cal. RPTR 348.

Resulta importante recalcar que en Estados Unidos los daños punitivos no han sufrido, como en Gran Bretaña, un proceso de limitación sino que han dado lugar a un amplio desarrollo jurisprudencial, doctrinario y legislativo.

#### 6. b) Europa continental y América Latina.

La doctrina de los daños punitivos no se ha extendido al sistema de Europa continental, si bien la función punitiva se ha logrado de diferente modo a través de la aplicación de figuras como el daño moral, aunque ésta no coincide con los elementos necesarios para configurar los daños punitivos.

En Francia se considera que el daño punitivo generaría un enriquecimiento injustificado. Además, la Corte de Casación se ha negado a darle a la responsabilidad civil un carácter de sanción penal, lo que se ve reflejado en el Tratado del autor Viney cuando expone que la gravedad de la culpa no puede justificar una condenación superior al valor del daño (Viney, 1988).

En España se han creado mecanismos similares, sin llegar a ser daños punitivos, ya que se sostiene la misma idea que en Francia y que en general es seguida por todos los países que tienen derecho escrito. La función sancionatoria se busca a través de medidas cercanas a los daños punitivos, por ejemplo en la Ley 1 de 1981, de “Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en su art. 9 se consagra la posibilidad de computar una indemnización que no necesariamente debe coincidir con la índole real del perjuicio causado.

En Italia, la ley de Protección del medioambiente de 1986 consagra la posibilidad de fijar una indemnización del daño sufrido por la víctima que refleje el beneficio económico obtenido por el actor.

Por citar otro ejemplo, en Suiza, el Código de las obligaciones faculta al juez a tener en cuenta la gravedad de la culpa al momento de evaluar la indemnización; aunque esta facultad no es utilizada con frecuencia.

La teoría del daño punitivo ha tenido muy poca aplicación en Latinoamérica, ya que los sistemas de derecho derivan del europeo continental. Con excepción de nuestro país, que ha sido tal vez en el que más se ha estudiado la institución, en el resto de los países se ha escrito muy poco de los daños punitivos (García Matamoros y Herrera Lozano, 2003).

En Colombia, el sistema jurídico constitucional, civil y penal resulta incompatible con los daños punitivos, ya que la responsabilidad parte de un principio indemnizatorio que prohíbe la posibilidad de que el juez civil llegue a penalizar al autor del daño y sobrepase los límites de los perjuicios materiales y morales efectivamente ocasionados.

Finalmente, en Brasil, el Código Civil prevé para ciertas violaciones de los derechos de la personalidad, el reconocimiento de sumas a título de sanción las cuales normalmente se definen en relación con la multa exigida en el ámbito penal. En ese país, el Código de Defensa del Consumidor establecido por la ley 8078, se vale de múltiples modos sancionatorios y reparadores para establecer la responsabilidad del proveedor por el hecho del producto o servicio, y en su Sección II establece, además de la responsabilidad objetiva general del proveedor, una responsabilidad subjetiva derivada de la comisión de hechos delictivos típicos descritos en la propia ley. (Lorenzetti, 2009).

#### 6. c) Otros países que tienen daños punitivos.

Además de Inglaterra y Estados Unidos también puede citarse como países que expresamente prevén los daños punitivos a Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte y Escocia. En Australia, por ejemplo en el fallo de 1967 “Australian Consolidated



Press Ltd. v. Uren”<sup>15</sup>, trataba sobre la difamación que sufrió un parlamentario a quien se le acusó de tener contactos con espías rusos. Otros casos que pueden ser citados son “XL Petroleum v. Caltex Oil Ltd”<sup>16</sup>, en este caso una compañía petrolera intencionalmente inutilizó los tanques de almacenaje de su competidora que vendía combustible más barato. La condena compensatoria fue de \$ 5.527,90 y la punitiva de \$ 400.000.

En Canadá los tribunales incluso han otorgado daños punitivos en casos de mala praxis médica y productos elaborados; sin embargo, los tribunales anglocanadienses como regla no otorgan condenas por daños punitivos por incumplimiento contractual, salvo en los casos de ruptura de promesa de esponsales y también cuando de un mismo hecho surge responsabilidad contractual y extracontractual, caso en el que pueden reclamarse daños punitivos por la parte cuasidelictual. Ésta sigue siendo la regla en Gran Bretaña (López Herrera, 2011).

## **7) Los daños punitivos en el derecho positivo estadounidense.**

Finalmente, y dado el extraordinario desarrollo de los daños punitivos en los Estados Unidos, realizaremos una breve reseña de su panorama legislativo. Si bien casi todos los estados de Estados Unidos los han incorporado a través de su jurisprudencia y en algunos casos también de su legislación, por tratarse de un estado federal, la situación de su regulación varía entre ellos.

Existen estados en los cuales los daños punitivos están directamente prohibidos por ley, tales como el caso de Luisiana. En este estado se autoriza la imposición de los daños por lesiones causadas en el almacenamiento, manejo y transporte de sustancias peligrosas. Massachusetts también ha prohibido los daños punitivos a menos que sean autorizados expresamente por ley. Éstos se permiten en casos de publicación intencional del prontuario de una persona; interceptación de comunicaciones orales o telefónicas; conducta maliciosa,

---

<sup>15</sup>- “Australian Consolidated Press Ltd. v. Uren” (1967) 117 C.L.R. 221

<sup>16</sup>- “XL Petroleum v. Caltex Oil Ltd.” (1985) 155 CLR

intencional o desaprensiva que cause la muerte de otra persona. Tampoco se permiten los daños punitivos en el estafo de Nebraska. En Washington los daños punitivos están prohibidos desde 1891 por una sentencia de la Suprema Corte del Estado que consideró que la indemnización compensatoria cubre todos los daños que pueda haber sufrido el damnificado, y por lo tanto, no hay ninguna razón para otorgar nada más (“Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefler”, 2 Wash. 45, 25 P. 1072 (1891)).

En otros estados, si bien se permiten los daños punitivos, se prohíben en ciertos casos teniendo en cuenta determinadas condiciones que debe reunir la persona del demandado. Así, por ejemplo, en Alabama se prohíbe la aplicación de los daños punitivos contra agencias estatales, o contra el empleador principal; Colorado los prohíbe en procedimientos administrativos o arbitrajes; Illinois no los permite en caso de mala praxis médica, o en acciones contra funcionarios públicos; Kentucky los prohíbe en casos de incumplimiento de contratos; Kansas no los autoriza en contra de fabricantes de medicamentos, y en el mismo sentido, Oregon y Texas no los permiten en contra de laboratorios y profesionales de la salud.

Sin embargo, debe señalarse que en la mayoría de los estados norteamericanos no existen normas prohibitivas o limitativas de las condenas a pagar los daños punitivos.

Tampoco en estos estados se establecen topes al monto de la condena. El principio es que los daños punitivos no tienen tope ni límite, ya que puede imponerse cualquier suma que sea eficaz para expresar el reproche social y disuadir la conducta futura. Sin embargo, en varios estados norteamericanos se han comenzado a establecer topes para evitar la aplicación de un monto excesivo en las condenas.

En lo referente al destino de las condenas, como regla, la condena se destina en forma íntegra a la víctima, ya que ese fue el origen del destino de los daños punitivos.

Existen varias razones que se han formulado para justificar este principio. Una de ellas ha sido la de superar una regla propia del sistema judicial norteamericano en virtud de la cual

cada parte en el proceso carga con el pago de sus costas, incluso quien gana el pleito debe pagar a su abogado, lo que inspira muchas veces en contra del principio de la reparación plena.

Otra posible causa es que el derecho del common law no suele ser muy generoso en la apreciación de los daños no patrimoniales, razón por la cual algunos autores sostienen vendrían a paliar una infracompensación.

Más allá de estas razones, existen estados que tienen una condena dividida en la cual sólo una parte es destinada a la víctima, como el caso de Colorado, Florida, Indiana y Oregon, entre otros (López Herrera, 2011).

**Bibliografía especial del capítulo.**

Aguirre Astigueta, Sebastián, “*Mora y daño punitivo*”, LL NOA, Septiembre de 2010, 718.

Alvarez, Agustín (miembro invitado del Instituto de Derecho Comparado), Nombre del artículo: “*Repensando la incorporación de los daños punitivos*”. Recuperado de: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos/?searchterm=daños%20punitivos>

Álvarez, Agustín, Nombre del artículo: “*Daños punitivos*”. Recuperado de: <http://pensarderecho.blogspot.com.ar/2009/03/los-danos-punitivos1.html>.

Bru, Jorge M. y Stiglitz, Gabriel A., “*Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor*”, en Rusconi, Dante D. (coord.), “*Manual de derecho del consumidor*”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Bustamante Alsina, Jorge, “*Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*”, LL 1994-B-860; ELÍAS, ANA INÉS, Daño punitivo: Derecho y Economía en la defensa al consumidor, en ARIZA, ARIEL (Coord.), La reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2008.

Conte-Grand, Julio, “*Perspectiva económica y jurídica-Necesidad de una apreciación integral*” en “*Defensa del consumidor*”, Lorenzetti, Ricardo Luis y Schotz, Gustavo Juan – Coord.-, Buenos Aires, Ábaco, 2003.

Diez Picazo; Luis, “*Derecho de Daños*”, Madrid, Civitas, 1999.

Diez Picazo, Luis, “*Derecho de daños*”, Madrid, Civitas, 1988.

Diez Picazo, Luis, “*La doctrina del enriquecimiento injustificado*”, en DIEZ PICAZO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel, “*Dos estudios sobre enriquecimiento sin causa*”, Madrid, Civitas, 1988.

Dobbs, Dan B., “*Law of Remedies*”, St. Paul Minnesota , 2º edition, West Publishing and Co.,1993.

Falco, Guillermo E. “El ámbito de aplicación de la relación de consumo (Parte I)” en SJ N° 1548.

Falco, Guillermo E., “*Cuantificación del daño punitivo*”, publicado en La Ley 23/11/2011.

Furlotti, Silvina, “*Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 bis de la ley 24.240*”, LL Gran Cuyo, Octubre de 2010, 819.

García Matamoros, Laura V. y Herrera Lozano, María C., “*El concepto de los daños punitivos o punitive damages*”, Revista estudios Socio-Jurídicos, vol. 5, número 001, Bogotá, 2003. Recuperado de: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73350106.pdf>).

Gozaini, Osvaldo Alfredo “*Derecho Procesal Constitucional. Protección Procesal del Usuario y Consumidor*”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

Junyent Bas, Francisco y Garcino, María Constanza, “*Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino.*”, La Ley, publicado el 19 de Diciembre de 2011.

Lima Márquez, Claudia, “*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*”, 4º ed., Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2002.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “*Los Daños Punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación del derecho del consumidor.*” 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

López Herrera, Edgardo, *“Los Daños Punitivos”*, 1ª ed., Buenos Aires; Abeledo Perrot, , 2008.

Lorenzetti, Ricardo Luis, *“Consumidores”*, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2003.

Lorenzetti, Ricardo Luis, *“Consumidores”*, Segunda edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2009.

Picasso, Sebastián, *“Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”*, en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, dirigido por Roberto Vázquez Ferreyra, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2008, y en *“Sobre los denominados daños punitivos”*, LL 2007-F-1154.

Picasso, Sebastián, *“Sobre los denominados Daños Punitivos”*, LL tomo 2007-F- 1154, 13 de noviembre de 2007.

Picasso, Sebastián, *“Nuevas categorías de daños en la Lay de Defensa del Consumidor”*, en VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., Sup. Esp. *Reforma de la Ley de defensa del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

Picasso, Sebastián, *“Sobre los denominados Daños Punitivos”*, LL tomo 2007-F- 1154, 13 de noviembre de 2007.

Pizarro, Daniel Ramón. Nombre del artículo: *“La reparación del daño patrimonial derivado de conductas antijurídicas lucrativas. Situación actual. Perspectiva.”* (Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba). Recuperado de:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpizarro/?searchterm=daños%20punitivos>

Pizarro, Ramón D., “*Daños punitivos*”, Derecho de daños, Libro Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, 2º parte, Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), La Rocca, Buenos Aires, 1993.

Pizarro, Ramón D. Stiglitz, Rubén S, “*Reformas a la ley de defensa del consumidor*” La Ley 2009-B, 949, 16 de Marzo de 2009.

Prosser, William L. y Keeton, Page, “*Prosser and Keeton on the law of torts*”, St. Paul Minnesota, 5 edition, West Publishing and Co., 1984.

Rusconi, Dante D., “Los derechos de los consumidores y usuarios”, en RUSCONI, Dante D. (coord.), Manual de derecho del consumidor, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

Sprovieri, Luis E., “*La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino*”, SJA 03/11/2010.

Trigo Represas, Félix A., “*Daños punitivos*”, en Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto (Dir.), “*La responsabilidad*”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, ; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “*¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho argentino?*”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda época, año XXXVIII, 1983.

Viney, Genevieve, “*Traité de Droit Civil, Les obligations. La responsabilité: effets*”, LGDJ, París, 1988.

## CAPÍTULO TERCERO

### **APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DAÑOS PUNITIVOS**

SUMARIO: 1. Aplicación jurisprudencial de los daños punitivos en nuestro derecho 2. Posible extensión a otras ramas del derecho. 3. Conclusiones finales.

#### **INTRODUCCIÓN.**

En este último capítulo, se abordará el tratamiento y aplicación que nuestros tribunales locales han dado a los daños punitivos con posterioridad a la incorporación de los mismos realizada en la Ley de Defensa del Consumidor en el año 2008.

#### **1. Aplicación jurisprudencial de los daños punitivos en nuestro derecho.**

A continuación se hará una breve recopilación de los fallos más trascendentes resueltos por nuestros tribunales locales después de la modificación de la Ley de Defensa del Consumidor en la que se produjo la introducción de la figura de los daños punitivos.

1) Uno de los primeros fallos en donde se aplicó el instituto fue en la causa “Machinandiarena”<sup>17</sup> donde se condenó a la demandada debido a la falta de colocación de accesos para discapacitados en uno de sus locales, lo que fue considerado como una



conducta discriminatoria que conlleva un trato indigno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240 (Adla, LIII-D 4125), lo que tornaba procedente la pena civil del art. 52 bis de dicho cuerpo legal.

Destacó que el daño se produjo en el marco de una relación de consumo y por consiguiente se le podían aplicar los daños punitivos. El tribunal entendió que debía aplicarse la ley de defensa del consumidor, porque el actor pretendió ingresar a la empresa con motivo de una relación de consumo. Dijo que se encontraba “acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil (conf. art. 52 bis de la ley citada -t. o. ley 26.361-).”

En dicha oportunidad, el tribunal citado puso de relieve que la normativa patria sólo exige el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales para con los consumidores y que, consecuentemente, se apartó del criterio restrictivo que sostenía que sólo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro.

En esta línea, el fallo aludido, si bien se admitió que la norma ha sido criticada por su “apertura”, y que existe consenso en que el daño punitivo sólo procede en supuestos de particular gravedad, la discriminación para con los discapacitados conlleva una desaprensión patente socialmente reprochable para con el hombre mismo en su dignidad, art. 8 bis de la LCD.

De tal modo, el juzgador valoró la gravedad del hecho y la reprochabilidad social de la conducta, persiguiendo un tratamiento digno para con todos los consumidores y/o usuarios.

---

<sup>17</sup> - “Machinandiarena, Hernández Nicolás c. Telefónica Argentina”, 27/05/2009.

2) En el caso “Cañadas Pérez c. BankBoston”<sup>18</sup> se había hecho lugar en primera instancia al daño punitivo por la suma de \$ 6.000 respecto de una mujer que reclamó al BankBoston que rectifique información falsa que la entidad había emitido respecto a su persona, con destino al Banco Central y a Veraz, en cuyos registros figuraba erróneamente como deudora.

3) La Cámara estableció que los “incumplimientos anteriores a la entrada en vigencia de la mencionada ley no pueden ser sancionados con daños punitivos”.

Lo trascendente del fallo, más allá de que la sanción no podía aplicarse retroactivamente, es que el derecho judicial sigue sin receptor puntualmente el aspecto relativo al cálculo de los beneficios y pone el acento en la conducta reprochable, como fue el erróneo informe al Veraz de quien no era realmente deudora, a los fines de evitar la generalización de una conducta socialmente vejatoria.

El tribunal también se pronunció sobre la posibilidad de la procedencia de los daños punitivos en la difusión de datos:

“Resulta oportuno recordar que el derecho a la protección de datos fue gradualmente adquiriendo el reconocimiento individual de carácter personalísimo, tanto en la doctrina como en la legislación. El núcleo del tema es la libertad del individuo frente al procesamiento de datos, es decir, la protección de la persona frente a la evolución técnica de la informática. En tal sentido, la Declaración de Derechos y Libertades fundamentales de 1989, aprobada por el Parlamento Europeo, reconoce a las personas el derecho a la intimidad en su art. 6 y les confiere el derecho al acceso y de rectificación de los datos que les afecten en los documentos administrativos.”

---

<sup>18</sup>- CNCivil, sala F, en autos “Cañadas Pérez c. BankBoston” del 18/11/09).

4) Otro fallo relevante es “De La Cruz c. Renault Argentina S.A.”<sup>19</sup> donde se concedió al actor en concepto de daño punitivo la suma de \$ 5.000, pues acreditó que se le había entregado un automóvil defectuoso; y pese a las sucesivas reparaciones realizadas por el servicio técnico, el problema no fue solucionado.

Si bien el automóvil funcionaba, el ruido que tenía, disminuía su valor. El fallo aplicó la figura de daños punitivos, teniendo en cuenta la responsabilidad por el producto defectuoso entregado por el proveedor. Pero no entra de lleno en el tema de analizar si hubo culpa o dolo, ni en el concepto de “culpa lucrativa”, que se considera uno de los presupuestos más usuales de este tipo de indemnización.

Sin embargo, la Cámara de apelaciones rechazó la aplicación de una multa en un caso en que el fabricante y comercializador de un automóvil defectuoso brindaron al cliente una asistencia específica mediante un servicio oficial y procuraron una solución definitiva, lo que se juzgó excluyentemente en una conducta reprochable por haber actuado con dolo o culpa de tal entidad que amerite sanciones<sup>20</sup>.

5) En igual línea de pensamiento, en el caso “Rueda c. Claro AMX”<sup>21</sup> se impuso a la demanda la sanción de daño punitivo en atención a la negativa insincera y contumaz de reconectarle el servicio de celular a la actora, bajo la excusa de que no había abonado determinado servicio, cuando se acreditó que todas las facturas se encontraban pagas.

6) En el caso “Anglada”<sup>22</sup> se impuso una condena por daño medicina prepaga que intentó el aumento de la cuota por mayoría de edad de sus afiliados, considerando el tribunal que la reparación al damnificado no es suficiente, pues resulta necesario disuadir a

---

<sup>19</sup> -Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Concepción del Uruguay N° 1, recaído en los autos “De La Cruz c. Renault Argentina S.A.”, de 25/11/2009. Cám. De Apel. Concepción del Uruguay, sala Civil y Comercial, 4/6/2010.

<sup>20</sup> -Cám. Apela. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial

<sup>21</sup> - CCiv. y Com, sala 2, Rosario, en autos: “Rueda Daniela c. Claro AMX Argentina S. A.” de fecha 29/07/2010.

<sup>22</sup> - CCC 1°, San Isidro, en autos: “Anglada Noemí y otro c. Bristol Medicine S.R.L. La Ley, Buenos Aires, 2011

la demandada de que intente conductas similares en lo sucesivo, en atención a la gravedad de una actitud que se refleja en un sector vulnerable de la población.

7) En la causa “Teijeiro, Luis Mariano v. Cervecería y Maltería Quilmes”<sup>23</sup>, por una demanda motivada por la compra de una botella de gaseosa de la marca “Pepsi” en la cual se encontró un envoltorio de gel íntimo para preservativos, abierto y usado. El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 5ta Nominación de Córdoba, a cargo de la jueza Susana de Jorge de Nole, condenó a la empresa Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. a abonar la suma de 2.000.000 pesos en concepto de daño punitivo, a favor de un consumidor que encontró un envase de gel íntimo abierto dentro de una botella de vidrio de gaseosa marca Pepsi, producida por la entidad accionada.

En el caso, el demandante solicitó un producto equivalente al defectuoso, 1.500 pesos por daño moral, y 2.000.000 de pesos en concepto de daño punitivo. Enmarcó sus peticiones en las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor.

Posteriormente, en el fallo de fecha 17 de abril del 2012, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba resolvió revocar la sentencia de 1º Instancia, en fallo que todavía no se encuentra firme<sup>24</sup>.

8) En la causa “Ríos, Juan Carlos v. Lemano S.R.L.- Altas Cumbres s/sumarísimo”<sup>25</sup> se sostuvo: De todo ello se deduce que para el caso de autos no sólo se ha acreditado el incumplimiento de una relación contractual en la órbita de los derechos del consumidor por parte de la demandada, sino que se ha agravado por el desdén que ella ha demostrado, frente al derecho invocado, con su silencio e incompetencia... Como consecuencia corresponde modificar el fallo de primera instancia y hacer lugar al daño punitivo

---

<sup>23</sup>-Juzgado de 1º instancia. y 5º nominación. Civ. y Com. Córdoba, expte. 1639507/36, sent. 97 del 23/03/2011.

<sup>24</sup>-Cam. Ap. civil y comercial de Córdoba, 3º nominación, 17/04/12.

<sup>25</sup>-Cám. Ap. Civ., Com. y de Minería, 2º Circunscripción Judicial Río Negro, sent. 16 del 26/03/2010.

reclamado por la parte actora condenando a la demandada en la suma de \$ 3000 con más sus intereses”.

9) Otros casos. También se consideró procedente la aplicación de estas sanciones ante la falta de entrega de equipos telefónicos<sup>26</sup>, o por la omisión de respuesta frente a pedidos de baja y transferencia de servicios telefónicos<sup>27</sup>

10) En un novedoso fallo de fecha 17.05.2010 del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en los autos “Acuña, Carlos A. y otros vs. YPF S.A. s. Ordinario. Casación” se discutió la aplicación de los daños punitivos en el derecho laboral. Si bien los mismos fueron desestimados, vale exponer los fundamentos del vocal de la Corte rionegrina, Dr. Víctor H. Soderó Nievas, quien votó a favor de establecer el daño punitivo. Sus apreciaciones pueden servir como un modo de ampliar los horizontes futuros para que otros jueces vayan aceptando cada vez más la aplicación de los daños punitivos en esta materia. Los fundamentos que se expresan en el sumario se transcriben en lo que sigue:

“Acreditado que la accionada ha incurrido en una práctica discriminatoria al presionar a sus contratistas para que no empleen a los operarios que de un modo u otro mantuvieron situaciones litigiosas con la misma, corresponde concluir que ha lesionado el interés público en su propio beneficio, intentando amedrentar a los trabajadores que inicien o prosigan acciones en reclamo de sus derechos; por lo tanto, esa conducta amerita una sanción ejemplificadora (daño punitivo), a efectos de que en el futuro no vuelva a reiterarla, como así también para que otras empresas eviten incurrir en conductas similares. Confeccionar, difundir y aplicar "listas negras" o de exclusión laboral respecto de trabajadores que reclamaron en juicio el reconocimiento de sus derechos, es mucho más grave que discriminar, es perseguir, eliminar, calificar, negar, impedir. Es decir, es una forma continuada y permanente de daño personal, moral, psicológico, social y familiar, que retoma los cauces de la última dictadura para impedir que algunos ciudadanos "calificados"

---

<sup>26</sup> - Juzgado de 1º instancia en lo Civ. y Com. de Salta 11º Nominación, “Gramajo Salomón, Jan Pablo v. Telefónica Móviles Argentina S.A. (MoviStar)”, 5/4/2010.

<sup>27</sup> -Cám. Civ. Y Com. de Salta, sala I “P.D.H. c. Telecom Personal S.A.”, 13/4/2011, La Ley del 6/5/2011, pág. 5.

por las empresas o por el Estado, se transformen en ciudadanos de segunda categoría, por el solo hecho de haber reclamado por sus derechos (art. 1071, Código Civil)”.

El primer voto, oponiéndose a la procedencia del daño punitivo, vino por parte del doctor Alberto I. Balladini, según el cual:

“Más allá de no verificarse una norma nacional que contemple los daños punitivos para los supuestos como el de autos (difusión por parte del empleador de "listas negras" o de exclusión laboral respecto de trabajadores que reclamaron en juicio el reconocimiento de sus derechos), tampoco se advierte una norma supralegal que cubra esta insuficiencia normativa. En efecto, aunque se tratara de ampliar aún más el análisis del marco normativo imperante, rápidamente se llega a la conclusión de que tampoco se advierte la posibilidad de aplicación de este instituto a través del derecho supranacional, dado que si bien dentro de esta categoría de derecho existen convenios y tratados que regulan principios sobre discriminación laboral (Carta Sociolaboral del Mercosur, Convenio 111 OIT, etc.), en ninguna de estas normas de carácter supralegal se han establecido, en modo concreto, el modo de sanción de estas inconductas sino que ello ha sido dejado a criterio de los Estados partes, con lo cual ni siquiera se ha mencionado, en los mismos, un medio de sanción como el sub examine”.

A este voto se sumó el apoyo del Dr. Luis Lutz, inclinando la balanza a favor del resultado negativo del reclamo, quien, en apoyo de la opinión de este último, dijo:

“...en cuanto al punto en discordia de estos dos enfoques...me permitiré concordar con el mencionado en segundo lugar. Ello así, ya que es evidente que el daño punitivo es una figura que, si bien ha sido receptada en la legislación argentina a través del art. 52 bis de la Ley N° 24240, lo ha sido únicamente para las relaciones de consumo, en tanto y en cuanto, tiene como presupuesto de procedencia los daños que pueden causarse a los consumidores por los productos elaborados. Sin embargo, no se ha dictado, en igual sentido, una norma que recepte este instituto dentro del derecho civil, más específicamente dentro del derecho de daños...En resumidas cuentas, no se objeta el fondo de la cuestión debatida en estos autos, en cuanto no hay dudas que las penas privadas no son ajenas al ordenamiento

argentino, como tampoco se duda de la necesidad de implementación de la sanción ejemplificadora, para que sirva de herramienta útil y eficaz a quienes nos compete la resolución de los conflictos jurisdiccionales -sobre todo en aquellos casos en que la tradicional reparación del perjuicio se muestra francamente insuficiente-; lo único que realmente no se comparte con el votante en primer orden, es la implementación de este instituto en la etapa judicial ante la inexistencia de una norma que lo reglamente”.

Por lo demás, el fallo pone de manifiesto que tampoco se puede sustituir el daño punitivo con una indemnización de daño moral. En efecto, en el caso se discernió con claridad que el daño moral tiene por objeto indemnizar bienes extrapatrimoniales como lo son la paz, la tranquilidad, la integridad física, el honor y los afectos personales. De ahí que la valoración del daño se hace desde la situación de la víctima; por el contrario, el daño punitivo se concede al damnificado como una pena para el responsable que se viene a sumar a las indemnizaciones por los daños realmente experimentados.

En síntesis, y tal como lo expresan algunos autores:

“... el repaso de los casos jurisprudenciales permite advertir que la jurisprudencia patria ha sido sumamente prudente en la aplicación del daño punitivo y siempre ha considerado como presupuesto de su aplicación la conducta reprochable, antisocial y vejatoria del proveedor”(Junyent Bas y Garcino, 2011, pág. 4).

## **2. Posible extensión a otras ramas del derecho.**

Tal como se expusiera en el Capítulo anterior, la aplicación de los daños punitivos presenta gran importancia en supuestos tales como:

- a) Enriquecimiento injusto obtenido mediante el ilícito.
- b) Casos en los que la repercusión socialmente disvaliosa del ilícito es superior, comparada con el daño individual causado al perjudicado.

- c) Daños al medio ambiente y, general, en todo otro supuesto en que se lesionen intereses supraindividuales, colectivos o difusos (v.g., en materia de discriminación arbitraria), con total menosprecio por los mismos, es dable propiciar un sistema de indemnizaciones punitivas idóneo para reflejar una sanción adecuada y eficaz por parte del ordenamiento jurídico.
- d) Daños derivados reproducciones ilegales o de otras lesiones a los derechos de propiedad intelectual e industrial (Copyright, patentes de invención, etc.).
- e) Atentados graves contra la dignidad de la persona (lesiones graves, atentados sexuales, secuestro, privación ilegítima de la libertad, denuncias penales maliciosas contra un inocente; injurias y calumnias; invasiones graves en la privacidad.
- f) Daños causados por productos elaborados, ámbito en el cual puede resultar más económico pagar indemnizaciones a consumidores dañados que afrontar controles de calidad o rescatar del mercado unidades que se comprueban falladas.
- g) Daños de incidencia colectiva derivados de hechos de corrupción de funcionarios públicos o directivos de entidades sociales, cuando ellos se hayan enriquecido ilícitamente a expensas de los intereses que debían tutelar.
- h) En el ámbito laboral.

Respecto de este último punto, y como lo señaláramos con el fallo “Acuña, Carlos A. y otros vs. YPF S.A. s. Ordinario. Casación”, quedó manifiesto que si bien el reclamo por el daño punitivo no prosperó, existe una tendencia que va siguiendo la justicia laboral en orden a salir del corsé clásico del derecho del trabajo, que limitaba las pretensiones a los supuestos tradicionales y limitativos previstos en las normas jurídicas. O sea, se demuestra la modernización por efecto de la doctrina y de la jurisprudencia, antes que por la acción del legislador.

El ámbito del Derecho Laboral a nuestro criterio presenta semejanzas con el Derecho del Consumidor, en razón de que en ellas existe un sujeto que se considera vulnerable; existe una parte débil de la relación y por esta particular característica el ordenamiento jurídico se encarga específicamente de protegerla, creando así un sistema notablemente protectorio del consumidor en el derecho del consumo y el trabajador en el ámbito del Derecho Laboral.



Es este sujeto quien cuenta con presunciones a su favor que son reconocidas por los ámbitos de protección legal –categorizados como de orden público- que les comprenden.

Dicho esto, advertimos que en el ámbito laboral argentino, la ley 24.013 vigente desde el año 1991 tiene como objetivo promover la regularización de las relaciones laborales, desalentando las prácticas evasoras.

Reprocha así al empleador que no registre una relación laboral o que la registre defectuosamente, y le impone una multa destinada al trabajador (arts. 8°, 9°, 10° Ley 24.013) la que si bien es denominada “indemnización” se presenta en realidad como verdadera multa impuestas por las prácticas sancionadas, con el fin de desalentar conductas evasivas por parte del empleador.

Se advierte así el carácter preventivo que tienen, pues intentan disuadir conductas que perjudican directamente al trabajador. Las mismas no se imponen en beneficio del Estado sino a favor del trabajador, adicionándose a las que deba recibir el sujeto en el caso concreto.

Creemos entonces, que el legislador ha creado a través de la Ley 24.013 en el ámbito del derecho del trabajo una verdadera multa civil, que no difiere en su naturaleza de la prevista por el art. 52 bis de la Ley 26.361. A nuestro criterio la primera nace con una técnica legislativa mucho mas prolija, puesto que determina cuál es la conducta en la que debe incurrir el empleador para que proceda; señala concretamente las pautas para determinar el monto, indica cuales son los requisitos formales a cumplir para que sea factible su aplicación y de este modo se evitan la profusión de críticas que en cambio se formulan a la legislación del consumidor.

También es importante rescatar el tema de la relación existente entre el Derecho Ambiental y las conductas reprochables a quien lo daña. La Ley General del Ambiente N° 25.675 es la norma más significativa del derecho ambiental que existe en nuestro país y contempla e integra los diversos principios que rigen la materia y crea un marco jurídico general que enlaza las demás leyes de presupuestos mínimos que regulan cuestiones mas específicas del amplio espectro ambiental, siendo por esto que podría introducir la figura en

los artículos que hacen referencia al daño punitivo, traspolando la norma del derecho del consumidor de la manera siguiente: *“Si a juicio del tribunal el responsable del daño ambiental hubiera actuado en forma deliberada o con grosera negligencia, deberá agregarse a las indemnizaciones resueltas para el damnificado otra suma correspondiente al daño punitivo, cuyo destino será decidido por el mismo tribunal mediante resolución fundada”*.

En lo que respectivo al derecho ambiental existe la necesidad de incorporar la figura de los daños punitivos, esperando que la reforma de la ley de defensa del consumidor sirva de trampolín para futuros cambios en el tema ambiental, el que suele estar relacionado con los derechos del consumidor y el usuario. Sin duda la figura tal como está redactada en la norma mencionada no es la ideal para la protección del ambiente, con la cual existe una gran relación pero por otro lado importantes diferencias, sobre todo por el tope indemnizatorio impuesto por la ley.

También se debe resaltar que de la exposición de los fallos nacionales se ha visto que la judicatura ha encontrado en la doctrina y en los precedentes del derecho comparado las pautas de ponderación que permiten aplicar el daño punitivo sobre presupuestos razonables. Estas múltiples aplicaciones se han visto respecto de la industria automotriz, financiera, de salud, de comercio, etc, lo que abre un campo fértil para una apertura aún mayor. Tal como quedara sentado en el fallo de “Cañadas Pérez c. BankBoston”, se han aplicado para reconocer y proteger derechos individuales de carácter personalísimo.

### **3. Conclusiones finales**

*“En definitiva, lo que justifica la aplicación de los daños punitivos no es el análisis apriorístico de su naturaleza, sino la promesa silenciosa pero implícita que formulan: la disminución de los daños. Los daños punitivos parten de la idea de que la mejor forma de resarcir un daño es evitar que se produzca” (Shina, 2009).*

Durante el desarrollo de este trabajo se ha realizado un abordaje integral y profundo de la institución de los daños punitivos, se han expuesto sus antecedentes históricos y jurisprudenciales en el derecho comparado, abordado los encuentros de juristas argentinos durante varios años, su estudio y controversias suscitadas en nuestro país, lo que ha desembocado finalmente en el reconocimiento expreso de los daños punitivos en la modificada ley 26.361 en el año 2008 y, finalmente se ha hecho mención a la normativa propuesta en el anteproyecto de modificación del Código Civil y Comercial .

Como consecuencia de la dinámica del derecho del consumo se venía bregando desde hace mucho tiempo por la incorporación de la figura de los daños punitivos en Argentina. El libre funcionamiento del mercado no podía bastar para garantizar los derechos de los consumidores frente a la superioridad del empresario que se presenta en los aspectos técnico, financiero y jurídico.

La relación de hoy entre un profesional y un consumidor no es la relación contractual considerada por Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil, atrás quedó en la mayoría de los casos una relación entre dos personas iguales que discuten sus intereses libremente y con conocimiento de causa. La vulnerabilidad del consumidor es una cuestión que se plantea como previa a la relación de consumo y que surge como una consecuencia de las reglas de la economía de mercado.

Este desequilibrio entre los sujetos de la relación de consumo genera vulnerabilidad económica, cognoscitiva y jurídica. Sin embargo, la desigualdad entre los sujetos pretende ser eliminada en el anteproyecto a través de normativas que busquen la igualdad real, reconociendo y asumiendo la falsa neutralidad de las asignaciones previas en el mercado e intentando plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

Se ha demostrado ya en las páginas anteriores que los daños punitivos pueden tener recepción en nuestro derecho sin que exista ningún obstáculo constitucional, ya que en nuestro derecho se conocen las penas privadas, el destino privado de estas penas privadas

(por ejemplo en los intereses punitivos), la agravación de la responsabilidad por dolo, y la medida del beneficio indebido como parámetro de la sanción (López Herrera, 2011).

Además, la mayoría de la doctrina se ha pronunciado por la conveniencia de su introducción, desde la recepción amplia postulada por Pizarro hasta una posición más restringida limitada a una posición más restringida limitada a la sanción de la culpa lucrativa como la de Aída Kemelmajer de Carlucci.

La doctrina en general es conteste en reconocer la necesidad de completar las funciones clásicas de la responsabilidad civil a través de un régimen sancionatorio que recepte los aspectos preventivos y punibles de las conductas antisociales. La aplicación de los daños punitivos resultan un instrumento útil para la disuasión de ciertas conductas graves que no pueden ser toleradas por la sociedad y en las que además, el sujeto generalmente obligado a pagar ha obtenido un beneficio aún teniendo en miras las indemnizaciones que por los daños ocasionados tuviera que pagar.

La reciente incorporación expresa de la función sancionatoria propuesta en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, nos parece acertada y da respuesta a la necesidad del tratamiento integral del derecho de Daños desde una perspectiva amplia del tratamiento del daño.

Pese a las críticas que ha podido recibir la incorporación de los daños punitivos en el artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor, parece atinado resaltar que en una sociedad globalizada, la actuación de grandes corporaciones frente a la situación de vulnerabilidad del consumidor o usuario, permite que las sanciones punitivas aparezcan como una herramienta eficaz para evitar la reiteración de conductas reprochables.

Creemos posible que a través de la figura en cuestión se evitarán, decisiones empresariales inescrupulosas que en sus análisis de costos y riesgos tienen en cuenta ecuaciones en las cuales, en uno de sus extremos aparece el mínimo porcentaje de consumidores que efectivamente acceden a la justicia y en el otro las ganancias obtenidas provenientes de un ejercicio abusivo del derecho que dejan grandes sumas de dinero y alcanzan para pagar indemnizaciones, costas y gastos judiciales, optando por privilegiar estas últimas

Seguramente el instituto se irá desarrollando y limitando su interpretación en el tiempo, para dotarlo de todas las garantías necesarias, apoyándose un poco en la doctrina y jurisprudencia norteamericana y un poco en nuestras situaciones concretas. La labor de los jueces será la de determinar en el caso concreto los presupuestos de procedencia, explicando las pautas cualitativas y cuantitativas consideradas para fundamentar la condena.

En la cuestión tratada adquiere un rol fundamental el juzgador, y confiamos en que la solución a las deficiencias advertidas pueda provenir de una correcta y urgente reglamentación de la ley, que permita eliminar los escollos o al menos disminuir la incertidumbre que genera en el ámbito judicial la aplicación hoy en día de un instituto que redundará en efectos positivos para la sociedad.

De la exposición de los fallos nacionales se ha visto que la judicatura ha encontrado en la doctrina y en los precedentes del derecho comparado las pautas de ponderación que permiten aplicar el daño punitivo sobre presupuestos razonables. Estas múltiples aplicaciones se han visto respecto de la industria automotriz, financiera, de salud, de comercio, etc, lo que abre un campo fértil para una apertura aún mayor en particulares ámbitos como el del Derecho Laboral y el del Derecho Ambiental Tal como quedara sentado en el fallo de “Cañadas Pérez c. BankBoston”, se han aplicado para reconocer y proteger derechos individuales de carácter personalísimo.

En síntesis, y como manifestación de nuestra postura personal, creemos que se hacía necesaria la incorporación expresa de los daños punitivos en una norma como la del art. 52 bis de la ley del consumidor, la que no obstante lo antedicho presenta muchas críticas, razón por la cual quizá debió seguirse el camino propuesto por el Proyecto de 1998 que establecía para la configuración una grave indiferencia respecto de derechos ajenos o de intereses de incidencia colectiva. Esto supone algo más que un mero incumplimiento de una disposición legal o convencional, que es quizá la crítica más profunda que pueda hacerse al art. 52 bis.

Sin embargo, ha quedado de manifiesto durante el desarrollo del presente trabajo que la jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha exigido ese “plus” de subjetividad agravada no

requerido por la norma, delimitando los contornos de la aplicabilidad de los daños punitivos.

El otro aspecto altamente criticable de la normativa actual es el referido a la responsabilidad solidaria de los responsables por el daño punitivo. Como lo expresáramos oportunamente, parece a nuestro criterio, que la regla de la solidaridad está en pugna con la naturaleza y esencia misma de la figura, la que por un lado no exige expresamente un factor subjetivo agravado, pero que por otro, acarrea la responsabilidad solidaria de los participantes en el incumplimiento. La solidaridad impuesta por ley tiene la finalidad de sancionar aún más la conducta altamente reprochable de sus agentes y se basa en la participación en un hecho intencionalmente perjudicial hacia la persona del consumidor.

No obstante, creemos que a pesar de las deficiencias que pueda presentar el art. 52 bis de la ley en análisis su inclusión es un verdadero acierto en miras al fin preventivo que la misma tiene.

.

También opinamos que resulta adecuada y precisa la regulación contenida en el artículo 1713 del anteproyecto que regula la “sanción pecuniaria disuasiva”, ya que elimina muchas de las críticas vertidas en contra del art. 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor:

\* es una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados;

\* su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas;

\* la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

Además, nos parece atinado el modo en que el anteproyecto estructura la responsabilidad civil reconociendo las tres funciones del derecho de daños, resaltando en este trabajo la importancia de la ya reconocida y aplicada- según nuestro criterio- función sancionatoria, a través de las obligaciones con cláusula penal y las sanciones conminatorias, más allá de la normativa específica del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. El reconocimiento expreso de la función punitiva en el marco del responsabilidad general del Código Civil, elimina las controversias respecto de si existencia dentro del derecho de daños.

La incorporación expresa de la función punitiva dentro del marco general de la responsabilidad civil propuesta por la Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, traerá luz a todas estas cuestiones y hará efectiva su aplicación a muchos supuestos más allá de los ya regulados en la ley de Defensa del consumidor

Respecto de la posibilidad de expansión en la aplicación de los daños punitivos, resulta claro que la modificación propuesta por le anteproyecto, los hace aplicables a los derechos de incidencia colectiva.

En lo que excede el ámbito del Derecho Civil y Comercial, nos parece razonable su aplicación tanto en el Derecho Laboral como en el Ambiental.

En el primero, porque encontramos muchas similitudes existentes entre la posición que ocupa un trabajador respecto de su empleador y un consumidor frente al proveedor, dado el grado de vulnerabilidad de los primeros frente a los segundos. Es por ello que nos parece una forma de resguardo o de garantía protectoria para los trabajadores el hecho de imponer una sanción ejemplificadora (daño punitivo), a efectos de que los empleadores no repitan en el futuro conductas reprochables, como así también para que otras empresas eviten incurrir en conductas similares.

A riesgo de ser reiterativos, ya hemos expuesto acerca de este tema que el ámbito del Derecho Laboral a nuestro criterio presenta semejanzas con el Derecho del Consumidor, en

razón de que en ellas existe un sujeto que se considera vulnerable; existe una parte débil de la relación y por esta particular característica el ordenamiento jurídico se encarga específicamente de protegerla, creando así un sistema notablemente protectorio del consumidor en el derecho del consumo y el trabajador en el ámbito del Derecho Laboral.

Es este sujeto quien cuenta con presunciones a su favor que son reconocidas por los ámbitos de protección legal –categorizados como de orden público- que les comprenden.

El otro ámbito en que parece posible la extensión de la aplicación de los daños punitivos, el del Derecho Ambiental. En lo que se refiere a los daños al medio ambiente y, general, en todo otro supuesto en que se lesionen intereses supraindividuales, colectivos o difusos como consecuencia de la actuación con total menosprecio por los mismos, es dable propiciar un sistema de indemnizaciones punitivas idóneo para reflejar una sanción adecuada y eficaz por parte del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la repercusión socialmente disvaliosa – y a veces irreversible- que el daño genera.

En éste tipo de ámbitos, en los que el objeto de protección no recae sobre el aspecto patrimonial -el que podría fácilmente ser resarcido por vía de equivalencia-, y en los cuales la reparación “in natura” resulta casi imposible, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación.

En estos casos y en todos aquellos en los que se trate de bienes que no se pueden recomponer fácilmente, además la prevención observamos la necesidad de reconocer la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos.



**Bibliografía especial del capítulo.**

Ávila Carvajal, Guillermo, Nombre del artículo: "*Daño punitivo en el derecho laboral*". Publicado el 14 de Noviembre de **2011**. Recuperado de:

<http://www.colabogtuc.org.ar/lex/nota.php?id=98>

Junyent Bas, Francisco y Garcino, María Constanza, "*Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino.*", La Ley, publicado el 19 de Diciembre de 2011.

Shina, Fernando. "*Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos. Su aplicación en el Derecho Comparado. La situación en la Argentina. La ley 26.361*". 30/9/2009.

## **BIBLIOGRAFÍA GENERAL**

Aguirre Astigueta, Sebastián, “*Mora y daño punitivo*”, LL NOA, Septiembre de 2010, 718.

Alvarez, Agustín (miembro invitado del Instituto de Derecho Comparado), Nombre del artículo: “*Repensando la incorporación de los daños punitivos*”. Recuperado de: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos/?searchterm=daños%20punitivos>

Álvarez, Agustín, Nombre del artículo: “*Daños punitivos*”. Recuperado de: <http://pensarderecho.blogspot.com.ar/2009/03/los-danos-punitivos1.html>

Ávila Carvajal, Guillermo, Nombre del artículo: “*Daño punitivo en el derecho laboral*”. Publicado el 14 de Noviembre de 2011. Recuperado de: <http://www.colabogtuc.org.ar/lex/nota.php?id=98>

Azerrad de Volcoff; Beascoechea de Gáname Beligoy, Bertoldi de Fourcade, Chalhub Frau, Chiaepero de Bas, Etienne, Junyent Bas de Sandoval, Rubio, Rueda y Sársfierld Novillo, “*Clases de Derecho Civil- Parte General*”, Córdoba, Lerner Editora, 1997.

Boffi Boggero, Luis M., “*Tratado de las obligaciones*”, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo V, 1981.

Bru, Jorge M. y Stiglitz, Gabriel A., “*Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor*”, en Rusconi, Dante D. (coord.), “*Manual de derecho del consumidor*”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Bustamante Alsina, Jorge, “*Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*”, LL 1994-B-860; ELÍAS, ANA INÉS, Daño punitivo: Derecho y Economía en la defensa al consumidor, en ARIZA, ARIEL (Coord.), La reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2008.

Bustamante Alsina, Jorge, *“Teoría General de la Responsabilidad Civil”*, Novena edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1988.

Conte-Grand, Julio, *“Perspectiva económica y jurídica-Necesidad de una apreciación integral”* en *“Defensa del consumidor”*, Lorenzetti, Ricardo Luis y Schotz, Gustavo Juan – Coord.-, Buenos Aires, Ábaco, 2003.

Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe.

Diez Picazo; Luis, *“Derecho de Daños”*, Madrid, Civitas, 1999.

Diez Picazo, Luis, *“Derecho de daños”*, Madrid, Civitas, 1988.

Diez Picazo, Luis, *“La doctrina del enriquecimiento injustificado”*, en DIEZ PICAZO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel, *“Dos estudios sobre enriquecimiento sin causa”*, Madrid, Civitas, 1988.

Dobbs, Dan B., *“Law of Remedies”*, St. Paul Minnesota , 2º edition, West Publishing and Co.,1993.

Falco, Guillermo E. “El ámbito de aplicación de la relación de consumo (Parte I)” en SJ N° 1548.

Falco, Guillermo E., *“Cuantificación del daño punitivo”*, publicado en La Ley 23/11/2011.

Furlotti, Silvina, *“Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 bis de la ley 24.240”*, LL Gran Cuyo, Octubre de 2010, 819.

García Matamoros, Laura V. y Herrera Lozano, María C., “*El concepto de los daños punitivos o punitive damages*”, Revista estudios Socio-Jurídicos, vol. 5, número 001, Bogotá, 2003. Recuperado de: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73350106.pdf>).

Garrido Cordobera, Lidia. M. R., “*Los daños colectivos- Perspectiva general*”, Editorial Javeriana, 2009.

Gherzi, Carlos A., “*Juicio de automotores*”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1985.

Gherzi, Carlos A., Stiglitz, Gabriel A. y Parellada, Carlos, “*Responsabilidad civil*”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1997.

Gozaini, Osvaldo Alfredo “*Derecho Procesal Constitucional. Protección Procesal del Usuario y Consumidor*”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

Junyent Bas, Francisco y Garcino, María Constanza, “*Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino.*”, La Ley, publicado el 19 de Diciembre de 2011.

Lima Márquez, Claudia, “*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*”, 4º ed., Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2002.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “*Los Daños Punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación del derecho del consumidor.*” 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

López Herrera, Edgardo, “*Los Daños Punitivos*”, 1ª ed., Buenos Aires; Abeledo Perrot, , 2008.

López Herrera, Edgardo, “*Teoría de la responsabilidad civil*”, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2006.

Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Consumidores*”, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2003.

Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Consumidores*”, Segunda edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2009.

Lorenzetti, Ricardo Luis, Nombre del artículo: “*Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*”. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/>

Orgaz Alfredo, “*El daño resarcible*”, Córdoba, Editorial Lerner, 1980.

Picasso, Sebastián, “*Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor*”, en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, dirigido por Roberto Vázquez Ferreyra, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2008, y en “*Sobre los denominados daños punitivos*”, LL 2007-F-1154.

Picasso, Sebastián, “*Sobre los denominados Daños Punitivos*”, LL tomo 2007-F- 1154, 13 de noviembre de 2007.

Picasso, Sebastián, “*Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor*”, en VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2008.

Pizarro, Ramón D. Stiglitz, Rubén S, “*Reformas a la ley de defensa del consumidor*” La Ley 2009-B, 949, 16 de Marzo de 2009.

Pizarro Ramón D. y Vallespinos Carlos G., “*Instituciones del Derecho Privado-Obligaciones*”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi. Tomos II y III, 1999.

Pizarro, Daniel Ramón. Nombre del artículo: “*La reparación del daño patrimonial derivado de conductas antijurídicas lucrativas. Situación actual. Perspectiva.*” (Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba).

Recuperado de:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpizarro/?searchterm=daños%20punitivos>

Pizarro, Ramón D., “*Daños punitivos*”, Derecho de daños, Libro Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, 2º parte, Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), La Rocca, Buenos Aires, 1993.

Prosser, William L. y Keeton, Page, “*Prosser and Keeton on the law of torts*”, St. Paul Minnesota, 5 edition, West Publishing and Co., 1984.

Rusconi, Dante D., “Los derechos de los consumidores y usuarios”, en RUSCONI, Dante D. (coord.), Manual de derecho del consumidor, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

Shina, Fernando, “*Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos. Su aplicación en el Derecho Comparado. La situación en la Argentina. La ley 26.361*”. 30/9/2009.

Simari, Virginia, “*Los daños punitivos: una herramienta eficaz*”, ED 182-1621.

Sprovieri, Luis E., “*La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino*”, SJA 03/11/2010.

Trigo Represas, Félix A., “*Daños punitivos*”, en Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto (Dir.), “*La responsabilidad*”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, ; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “*¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho argentino?*”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda época, año XXXVIII, 1983.

Viney, Genevieve, “*Traité de Droit Civil, Les obligations. La responsabilité: effets*”, LGDJ, París, 1988.

Yuni, José Alberto- Urbano, Claudio, “*Recursos metodológicos para la preparación de Proyectos de Investigación*”, Córdoba, Editorial Brujas, 2003.

Zavala de González, Matilde, “*Actuación por daños*”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2004.

**Anexos de jurisprudencias relevantes**

**Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina**

--	--	--	--	--

--	--	--	--	--

--	--	--	--	--

**Voces:** DISCAPACITADOS - DISCRIMINACIÓN - DAÑOS Y PERJUICIOS - INDEMNIZACIÓN - DAÑO MORAL - APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES - RELACIÓN DE CONSUMO - RAMPA PARA DISCAPACITADOS - DAÑO PUNITIVO - PRUEBA DE TESTIGOS - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

**Partes:** Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata

**Sala/Juzgado:** Segunda

**Fecha:** 27-may-2009

**Cita:** MJ-JU-M-44058-AR | MJJ44058 | MJJ44058

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja el pleno ejercicio del trato igualitario que deben recibir los discapacitados deberá reparar el daño ocasionado.

1.-Corresponde confirmar la sentencia que hace lugar a la demanda de daños por la situación que viviera la actora al pretender ingresar al local comercial de la demandada y encontrarse con la valla que implica la ausencia de una rampa para el acceso de personas que se deslizan en sillas de ruedas, como también a la confirmación de la multa civil que se impusiera en el marco de la relación de consumo que vinculara a la partes.

2.-No es posible exigir al testigo una declaración rigurosa y rica en detalles certeros sobre hechos sucedidos casi dos años antes del relato, si éste proporciona una adecuada razón del dicho y resulta verosímil -considerando globalmente-, el contenido de su narración, señalándose que los pequeños desajustes provocados por el paso del tiempo y la forma diversa con que cada individuo tiende a percibir los estímulos que provienen del exterior, desaconsejan una apreciación en extremo rigurosa del testimonio pues, de lo contrario, podría válidamente afirmarse que ninguna declaración testimonial soportaría la prueba de tan minucioso y exhaustivo análisis.

3.-La sola circunstancia de no poder acceder al local de la demanda por no haber rampa, es una clara



omisión de cumplimiento de la normativa vigente que tiene como finalidad la supresión de todas aquellas barreras arquitectónicas que impidan a los discapacitados motrices el ingreso a los edificios de uso público, implica un acto discriminatorio que debe ser reparado.


4.-La discriminación ha sido conceptualizada, como todo acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida. El núcleo del derecho a la no discriminación se integra con los siguientes elementos: a) la vulneración del principio de igualdad, b) un efecto negativo directo y c) la ausencia de una razón aceptable que sustente la distinción, a través del cual la discriminación produce una desigualdad no justificada. En este ámbito se perfilan dos formas genéricas de discriminación: la activa que es el resultado de la regulación o de las políticas o acciones de las autoridades y organismos gubernamentales, y la pasiva, que es consecuencia de la falta de realización o implementación de las reformas, prácticas o políticas imprescindibles para superar un determinado problema de desigualdad. En ambos casos el Estado carga con su responsabilidad, una por acción y la otra por omisión.

5.-Las normas internacionales sobre discriminación no obligan al Estado a lograr una estricta igualdad de trato hacia las personas, sino que se requiere que las personas sean tratadas sin discriminación. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación.

6.-Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

7.-El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno, por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

8.-Teniendo en cuenta que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación con sensibles repercusiones en el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en concreto tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas.

9.-Es el art. 1  de la ley 23.592 ordena que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

10.-La situación de las personas discapacitadas ha obtenido en el nuevo texto constitucional una especial protección, la que no se limita al otorgamiento de las prestaciones contenidas en el inc. 5 del art. 36, sino que implica el mandato constitucional de superación de todos los obstáculos de cualquier naturaleza que conlleven para quien se encuentre en esa condición -amparada ahora en forma expresa en el texto constitucional- una discriminación o distinción motivada sólo por su calidad

de discapacitado.

11.-La ley 10.592 establece que todo edificio de uso público, sea su propiedad pública o privada, existente o a proyectarse en el futuro deberá ser completa y fácilmente accesible a personas con movilidad reducida, contemplando no sólo el ingreso al mismo, sino también el uso de los espacios comunes y de circulación interna e instalación de servicios sanitarios, que posibiliten la vida de relación de dichas personas .

12.-Existe el incumplimiento de la normativa que implementan una medida de acción positiva por parte de la demandada -en cuanto a la construcción de rampas de acceso al inmueble para permitir la circulación de personas con discapacidad motriz- el cual constituye un acto discriminatorio, toda vez que se vulnera el derecho de igualdad del discapacitado, y que a la par coarta la posibilidad de inserción en la sociedad a fin de lograr el pleno desarrollo de sus potencialidades.

13.-No es necesario producir prueba particular sobre la afeción espiritual que ha causado el acto de discriminación. Es que a partir de ello, no quedan dudas que al acudir el actor al local comercial de la demandada y encontrarse con que no podía acceder por la ausencia de rampa -y medio mecánico que la sustituya- se le ha afectado un interés no patrimonial, consagrado por la ley, que atañe al reconocimiento de su persona como tal, y de la dignidad y de la igualdad, así como los de autodeterminación que constituyen derechos subjetivos de la personalidad en el contexto de la tutela pública de los derechos del hombre.

14.-Los daños morales son perceptibles por el Juez, pues el juzgador como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, colocado en un caso análogo, hubiese padecido con intensidad suficiente como para reclamar una reparación.

15.-Para que la actuación del proveedor merezca la sanción de la multa civil, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor, en consecuencia, el daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos.

16.-La ley 26.361, evidentemente, se apartó del restrictivo criterio que sostenía que sólo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro. EL nuevo artículo 52 bis dice que se pueden imponer daños punitivos al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. La norma tiene un indudable acierto que es la mención de obligaciones legales para terminar de despejar las dudas sobre si la responsabilidad por daño punitivo es contractual o legal.

17.-Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.

18.-Acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía -universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales- en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil -conf. art. 52 bis de la ley citada -t. o. ley 26.361-.

**Fallo:**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 27 días del mes de mayo de dos mil nueve, reunida la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "MACHINANDIARENA HERNANDEZ NICOLAS C/ TELEFONICA DE ARGENTINA S/ RECLAMO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 del de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi, Nélida I. Zampini y Roberto J. Loustaunau.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

**C U E S T I O N E S**

1ª) ¿Es procedente el recurso de revocatoria interpuesto a fs. 216/20?

2ª) ¿Es justa la sentencia de fs. 130/40?

3ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

Entiendo que el recurso de revocatoria intentado a fs. 216 deviene inadmisibile en razón de que encontrándonos en el marco de un proceso sumarísimo (ver fs. 42), todos los plazos son de dos días (art. 496, inc. 2° del CPCC), de modo que resulta extemporánea, atento que la resolución atacada fue notificada el día 11/5/09 (ver cédula de fs. 214) y el planteo fue interpuesto 15 de mayo, cuando el plazo venció el día 14, dentro de las cuatro primeras horas de despacho (conf. art. 124 in fine del CPCC).

Además de ello, se pretende atacar una resolución de este Tribunal, cuando en rigor sólo puede pedirse reposición de las providencias simples dictadas por el Presidente (conf. art. 268 del CPCC).

Por lo expuesto, considero que debe rechazarse la reposición planteada.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

I. La sentencia de fs.130/40 viene a conocimiento del Tribunal con motivo de los recursos de apelación deducidos por el actor a fs. 141 y la demandada a fs. 148.

El a quo hizo lugar a la demanda promovida por Nicolás Machinandiarena Hernández contra Telefónica Móviles Argentina S.A. y condenó a esta última a que abone a aquél la suma de \$30.000 en concepto de daño moral y la de \$30.000 por multa civil.

Señaló el magistrado que, luego de ponderar el conjunto de las declaraciones testificales rendidas en la causa y confrontar el relato de los deponentes con los reconocimientos aludidos al comenzar estos desarrollos, encontró elementos indiciarios de peso suficiente, en tanto asumen los caracteres que predica el art. 163 inc. 5to del procedimiento, para formar una convicción favorable al progreso de la pretensión actuada, al permitir alcanzar la certeza moral exigible para fundar válidamente un pronunciamiento de condena como el perseguido en la especie.

Agregó que las testificales rendidas a fs. 97/8, 99/100, 108/9 y 110/1 son coincidentes en señalar

como hecho histórico del que pueden dar fe, la presencia del actor en las dependencias de la demandada sitas en la Av. Colón y calle La Rioja, ciudad; aun cuando por referencias del propio accionante, en que tal presencia obedecía a la necesidad de hacer alguna consulta o reclamo vinculados al servicio telefónico; finalmente que no recibía atención de parte de la empresa y que no podía acceder al local por falta de rampa o mecanismo con similar utilidad.

Reconoció que es cierto que ninguno de los testigos presencié el instante en el que, según relato del actor, atendido por personal de la firma demandada, se le informó la imposibilidad de asistirlo al efecto de ingresar al local; mas la aludida circunstancia adquiere viso de realidad en su ocurrencia a partir de la actitud procesal/probatoria asumida por la demandada en autos.

Advirtió en tal sentido que ninguna probanza arrojó Telefónica Móviles Argentina S.A. con el propósito de apuntalar la propuesta insinceridad del hecho denunciado por el actor -lo que sostuvo al responder la acción-; y no puede perderse de vista que no se trata de la prueba de un hecho negativo -esto es, que lo indicado por el Sr. Machinandiarena no existió como tal, prueba sino de imposible al menos de dificultosa producción- sino de todo lo contrario: bien podía acompañar al expediente, como documental, instructivos, directivos o memorándum dirigidos al personal con referencia expresa al tratamiento de situaciones como la que convoca este legajo, o en ausencia de tales documentos, podía convocar a testimoniar a su personal al efecto de dar cuenta de las mentadas instrucciones y de su cumplimiento en las circunstancias denunciadas por el actor.

Adunó que el tema no es menor en tanto, en el contexto circunstancial descrito -local carente de rampa de acceso para discapacitados motores- el onus probandi se recostaba del lado de la empresa prestadora del servicio quien en inmejorable situación se encontraba para justificar, prueba mediante, las medidas adoptadas en concreto y en el marco de su operatoria habitual, para zanjar las dificultades consecuentes a la deficiencia edilicia apuntada.

Concluyó, entonces, que el actor ha sido víctima de una actitud discriminatoria -por omisión- de parte de la demandada, en la medida que el interesado ha suministrado indicios serios de que se apersonó en las oficinas de la firma prestadora del servicio telefónico para hacer un reclamo y no pudo acceder al interior del local en razón de un impedimento material existente -ausencia de rampa para personas que, como él, se movilizan en sillas de ruedas-; de otro, la demandada, ningún elemento de prueba acompañó ni medio probatorio actuó (no ha mostrado, en ese aspecto, una actitud activa y diligente) para justificar en debida forma el arbitrio de medidas conducentes para remover -en alguna forma- tal obstáculo material, soslayando que era susceptible de menoscabar moralmente a quien, como el actor, se ve afectado por una limitación motriz, máxime cuando la explotación comercial se desarrolla en un local que infringe las normas municipales de ordenamiento constructivo.

## II. Síntesis de los agravios.

El actor expresa sus agravios a fs. 152/8 y la demandada lo hace a fs. 160/79.

El primero se duele del monto de los rubros indemnizatorios acordados, los que considera exigüos.

Por su parte, la demandada se agravia, entre otras cuestiones, por la distribución de la carga probatoria, la que considera ha sido errónea, obligándola a desarrollar lo que la doctrina denomina "prueba diabólica", con violación de la garantía del debido proceso.

Asimismo, se queja por la indemnización del daño moral y la aplicación de la multa civil.

## III. Consideración de los agravios.

Por una cuestión de orden lógico, será tratado en primer lugar el recurso de la parte demandada, en la medida que resulta condicionante del de la parte actora.

También aclaro que los jueces no estamos obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquéllas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (CSN fallo del 8/11/81, LL, 1981-D, 781).

a) Valoración de la prueba testimonial.

Entre sus agravios, la demandada efectúa diversas consideraciones respecto a la apreciación de la prueba testimonial (ver fs. 165/6). Entiende que con ella no se han demostrado los hechos que denuncia el actor en su escrito postulatorio.

Le asiste parcialmente razón.

Veamos. Es cierto que ninguno de los testigos que deponen afirman haber estado presente en el momento en que le negaron el acceso al actor al local comercial de la demandada, ni mucho menos cuando -según éste- le ofrecieron atenderlo a la interperie (ver fs. 97/8, 99/100, 108/9 y 110/1; arts. 384 y 456 del CPCC).

Pero todos son contestes en afirmar que determinado día del mes de mayo del 2008 vieron que el actor se encontraba en la esquina de Av. Colón y Rioja, (ver fs. 97 vta., rspta. 4°; fs. 99 vta., rspta. 4°; fs. 110 vta., rspta. 2°), o por Rioja, en frente de Movistar (fs. 108 vta., rspta. 2°), o en la entrada de Movistar (ver fs. 97 vta., rspta. 4°).

Además, y para despejar cualquier duda, a preguntas efectuadas por la letrada de la demandada, algunos testigos brindaron respuestas que reafirman ese hecho: 1. ¿Si sabe cuántos escalones tiene el local de Movistar en calle La Rioja y Colón? Ezequiel J. Maschwitz respondió que ocho o seis escalones (ver fs. 100, rspta. 2°). 2. ¿Si sabe y le consta si vio personal de Movistar conversando con el Sr. Machinandiarena? El mismo testigo informó que estaba por ahí el guardia del local (misma foja, rspta. 5°). 3. A Zulema Cano se le preguntó cuánto tiempo estuvo junto al actor en el local de movistar, y contestó que "estaba en la vereda y habremos estado cinco minutos." (fs. 109, rspta. 2°; conf. arts. 440, 443 y 456 del CPCC).

Todas estas afirmaciones hacen referencia, indudablemente, a la esquina de Av. Colón y Rioja, donde se encuentra el local comercial de la demandada.

En cuanto a que ninguno puede determinar con exactitud la fecha de ocurrencia del hecho -además que ello no fue indagado expresamente- resulta entendible por cuanto con el paso del tiempo es razonable que algunos detalles que rodearon al hecho hayan sido olvidados (conf. Altavilla, Enrico, "Sicología Judicial", V. II, Temis y Depalma, Bogotá y Buenos Aires, 1970, pág.806).

Y por ello se dice que no es posible exigir al testigo una declaración rigurosa y rica en detalles certeros sobre hechos sucedidos casi dos años antes del relato, si éste proporciona una adecuada razón del dicho y resulta verosímil -considerando globalmente-, el contenido de su narración, señalándose que los pequeños desajustes provocados por el paso del tiempo y la forma diversa con que cada individuo tiende a percibir los estímulos que provienen del exterior, desaconsejan una apreciación en extremo rigurosa del testimonio pues, de lo contrario, podría válidamente afirmarse que ninguna declaración testimonial soportaría la prueba de tan minucioso y exhaustivo análisis (Cám. 2° Apel. Civ. y Com. de La Plata, Sala II, RSD 49-6 del 30/3/06, cit. por Quadri, Gabriel Hernán, "La Prueba en el Proceso Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pág. 311/2).

Sin perjuicio de ello, la testigo Casabonne afirma que el hecho ocurrió "una mañana a mediados del mes de mayo" (a fs. 97 vta., rspta. 4°), es decir, concordante con el relato efectuado por el actor en su escrito de demanda (ver fs. 18 vta.).

Y a ello se aduna las circunstancias de que el actor, al momento del hecho, era cliente de la demandada -hecho no desconocido por ella (art. 354, inc. 1° del CPCC)- y que a los pocos días de ocurrido el hecho -precisamente el día 2/6/08- aquél efectuó el reclamo administrativo ante la Oficina de Defensa del Consumidor (ver fs. 7 de estas actuaciones y fs. 1 del expediente municipal agregado por cuerda n° 12.937, reclamo n° 16.444), poniendo de manifiesto lo ocurrido y denunciando un trato indigno, a la vez que efectuó diversos reclamos.

Si bien ello no constituyen prueba directa del hecho, son indicios que, sumados a las declaraciones testimoniales ya apreciadas, crean la convicción suficiente sobre la existencia del hecho en los términos del art. 163, inc.5° del CPCC (art. 384 del mismo Código).

En consecuencia, entiendo que ha quedado demostrada la presencia del Sr. Machinandiarena Hernández en la entrada del local comercial que Telefónica de Argentina S.A. tiene en la esquina de Av. Colón y calle La Rioja (art. 384 del CPCC).

De modo que este parcial del recurso de la demandada debe rechazarse.

b) Inversión de la carga de la prueba. Aplicación de la teoría o doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

La otra queja de la demandada gira en torno a lo que ella denomina "errónea distribución de la carga de la prueba".

Sin perjuicio de asistirle razón en su planteo, en la medida que el juez ha hecho una incorrecta aplicación de la doctrina de las cargas, lo cierto es que considero que la sentencia de la instancia anterior -en cuanto condena al resarcimiento de los daños sufridos- debe, de todos modos, confirmarse, aunque por otros fundamentos.

En razón de ello, no es ya necesario -ni útil- entrar al estudio de esa cuestión. Ergo, el presente agravio ha caído en abstracto (conf. este Tribunal, Sala I, causa 122.072, RSD 248-3 del 14/8/03).

c) Local comercial. Falta de rampa de acceso. Acto discriminatorio.

Se encuentra reconocido por parte de la demandada, que en el local comercial que posee en la esquina ya individualizada no existe rampa que permita el acceso a personas que, como el accionante, posean movilidad reducida (ver fs. 82).

A mi criterio, la sola circunstancia de no poder acceder al local de la demanda por no haber rampa, en una clara omisión de cumplimiento de la normativa vigente que tiene como finalidad -como se analizará a continuación- la supresión de todas aquellas barreras arquitectónicas que impidan a los discapacitados motrices el ingreso a los edificios de uso público, implica un acto discriminatorio en general para este colectivo, que seguramente ha provocado en el actor una dolencia íntima en él y que debe ser reparada.

d) Discriminación y discapacidad: bloque normativo.

La discriminación ha sido conceptualizada, como todo "acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida" (Huerta Ochoa Carla "La estructura jurídica del derecho a la no discriminación" en "Derecho a la no discriminación", Carlos de la Torre Martínez, coord., pág. 185, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, Comisión de Derechos Humanos DF, Mexico, UNAM, IJ, 2006).

El núcleo del derecho a la no discriminación se integra con los siguientes elementos: a) la vulneración del principio de igualdad, b) un efecto negativo directo y c) la ausencia de una razón aceptable que

sustente la distinción, a través del cual la discriminación produce una desigualdad no justificada. En este ámbito se perfilan dos formas genéricas de discriminación: la activa que es el resultado de la regulación o de las políticas o acciones de las autoridades y organismos gubernamentales, y la pasiva, que es consecuencia de la falta de realización o implementación de las reformas, prácticas o políticas imprescindibles para superar un determinado problema de desigualdad.

En ambos casos, se sostiene, que el Estado carga con su responsabilidad, una por acción y la otra por omisión (ob. cit. pág. 186). En esta última arista -la pasiva- adelanto que se halla el caso a resolución.

Este derecho tiende a evitar la distinción legal que lleve a la diferencia de trato que afecte a la persona en sus derechos, pero fundamentalmente en su dignidad, y proteger sobremanera a los grupos desfavorecidos y discriminados para procurarles una igualdad efectiva (ob.cit. pág.188). Su característica es que constituye un derecho de acceso, o un meta-derecho que encuentra su quicio por encima del resto de los derechos y cuya función principal es garantizar que todas las personas, sin ningún tipo de distinción razonable, puedan gozar y ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones (Carlos de la Torre Martínez, "El desarrollo del derecho a la no discriminación en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas", en "Derecho a la no discriminación", cit. pág. 124).


Por lo general se caracteriza tal postulado de no discriminación como el otro lado de la moneda que es la igualdad, una especie de corolario negativo y práctico de ese principio. Se trata de una especificación de la obligación del Estado; las normas internacionales al respecto no obligan al Estado a lograr una estricta igualdad de trato hacia las personas, sino que se requiere que las personas sean tratadas sin discriminación (Palacios Zuloaga Patricia "La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación", pag. 29, Universidad de Chile, Santiago, 2006).

En concreto, se consideran como rasgos definitorios de la discriminación: la diferencia de trato, frente a la norma estándar, en contra el sujeto discriminado; que pueden consistir en hacer distinciones, limitaciones, preferencias y exclusiones; siempre que tal exclusión genere un elemento en perjuicio para el discriminado; y tal diferencia de trato debe tener un específico resultado, del que ha sido medio esa diferenciación, y que consista en la creación de una situación discriminatoria objetiva que anule o perjudique para el discriminado el goce de determinados derechos, que menoscabe sus intereses o que grave las cargas (Alzaga Villamil, Oscar [Director]. Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo II, pags. 262 y 262, Cortes Generales- Editoriales de Derecho Unidas, 1996).

Este derecho fundamental de toda persona a la no discriminación tiene su debido resguardo, en normas universales, regionales y domésticas, que se complementan entre sí.

#### d.1) Sistema Universal

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 2, redactada bajo la pluma del ilustre René Cassin, consagra el postulado de no discriminación, al reconocer a toda persona los derechos y libertades proclamados en dicha carta "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"; que se acompaña con el art. 7 en cuanto reconoce que todas las personas "son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

De su lado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aprobado por nuestro país por ley 23.313  en 1986, retoma el derecho a la no discriminación en varios de sus artículos, pero fundamentalmente el 26 establece que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin

discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Como vemos a diferencia de la "Declaración" este canon perfecciona y desarrolla el artículo séptimo de ese instrumento al establecer claramente como derecho autónomo e independiente el derecho a la no discriminación.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas -órgano de tutela de los derechos reconocidos en este Pacto- define a la discriminación como:

[. . .] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr.7.)

Este sistema se ha fortalecido con la entrada en vigencia con fecha 3 de mayo de 2008 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006, mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/61/106, y que ingresara en el torrente jurídico interno mediante ley 26.378 el 6 de junio de 2008.

Como bien apunta calificada doctrina autoral, esta carta internacional resulta ser amplia e integral, y desarrolla una dilatada gama de situaciones de las personas con discapacidad, teniendo como objetivo primordial promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades esenciales de estas personas y por sobre todo promover el respecto de su dignidad inherente (Rosales Pablo O. "Un estudio general de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", JA 2008-III-1022).

Hay que tener presente que este último perfil sube de registro en el presente dominio de protección en la medida que la dignidad de la persona se puede considerar como el punto de arranque de todos sus derechos, y entre éstos, el derecho a una calidad de vida compatible con la condición de persona (Bidart Campos G. "El derecho constitucional humanitario", pág.222, Ediar, 1996). Así se señala que "la dignidad es la materialización del haz de valores vinculados al hombre: aquello que hace que el hombre sea el valor supremo en la convivencia social" (Quiroga Lavié H. "Los derechos humanos y su defensa ante la justicia", pág.48, Temis, Bogotá, 1995). Al respecto Pérez Nuño explica que "la dignidad humana constituye no solo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de cada individuo", y agrega que ella "supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de las personas en la esfera moral. De ahí que represente el principio legitimador de los denominados derechos de la personalidad" (Pérez Nuño Antonio E. "Derecho Humanos, Estado de Derecho y Constitución", págs. 318/319, Tecnos, Madrid, 1999). En sintonía con lo anterior, nuestro máximo custodio de las libertades republicanas ha resaltado la relevancia de la dignidad de la persona humana en la medida que constituye el núcleo sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de orden constitucional (CSN, Fallos 327:3753, cons.11).

En el art. 1º, 2do. párrafo -de manera descriptiva- define qué debe entenderse bajo el concepto de "personas con discapacidad", así expresa que "incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".



Puntualmente se refiere a la "discriminación por motivos de discapacidad" y que abarca "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables" (art.2°). Por ajuste razonable debe entenderse el hecho de que, para algunas personas con discapacidad, la igualdad de trato puede suponer de hecho una discriminación y que la igualdad solo hacerse realidad en la que medida que se pongan en marcha mecanismos de acondicionamiento que permitan a estas personas superar las barreras, por ej., mediante adaptaciones del lugar de trabajo, los equipos o los métodos de trabajo (Cabra de Luna Miguel A. "Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social" en Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración, España, nro.50, pag. 23 año 2004 en [www.mtas.es/es/publica/revista/numeros/50/Est02.pdf](http://www.mtas.es/es/publica/revista/numeros/50/Est02.pdf), último día de visita 19 de mayo de 2009)

Por su parte el art. 3 individualiza los principios que gobiernan su aplicación, entre los que merecen destacarse por su trascendencia para el caso en estudio: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) la igualdad de oportunidades; y f) la accesibilidad.-

Asimismo los Estados Partes -entre otros compromisos- asumen la obligación de:adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que correspondan para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención; tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; ejecutar todas aquellas medidas necesarias para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad (art. 4). Esto último tiende - como bien anota Coriat- a evitar situaciones discapacitantes generadas especialmente por el medio físico (Coriat Silvia A. "Asignaturas pendientes en accesibilidad", SJA 2008-III pág. 65)

En lo que aquí respecta cobra trascendencia el postulado de accesibilidad ya mencionado que, de manera especial, y con un claro perfil mandatorio, dispone que a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes deben adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de aquellas, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información, las comunicaciones y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público. Estas medidas, que incluyen la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo. Además deberán asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad (art. 9).

#### d.2) Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Los instrumentos normativos fundadores de este mecanismo regional de tutela, me refiero concretamente a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscriptos en el año 1948 en Bogotá, hacen mención a la prevención de la discriminación. Así la Carta de la OEA en su art. 3.1, establece como postulado basilar que "los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo". La Declaración preambula que "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por

naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros", y en consonancia el artículo II consagra el derecho de igualdad ante la ley sin distinción alguna.

En esta línea señala también la Carta Democrática Interamericana, -instrumento no convencional- aprobada por la Asamblea de la OEA. el 11 de septiembre de 2001, el compromiso de los Estados Miembros en la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la de género, étnica y racial y de las diversas formas de intolerancia (art.9).

El proceso de reconocimiento del derecho a la igualdad y su corolario en el principio de la no discriminación en forma genérica, se solidifica con la espina dorsal del corpus iuris interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que conjuntamente con la DUDH, la DADDH y el PIDCP integran el bloque de constitucionalidad federal (art. 75 inc. 22 CN). Por esta carta los Estados partes se comprometen al pleno respeto de los derechos y libertades allí reconocidos y a garantizar su ejercicio a toda persona bajo su jurisdicción -y en lo que aquí interesa- sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición nacional (art.1.1). Reafirmandose el postulado de igualdad ante la ley de todas las personas y en consecuencia el derecho, sin discriminación, a igual protección legal (art. 24).

Al Pacto de San José de Costa Rica, se le acompaña -de manera especial- la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificado por la Republica Argentina el 1 de octubre de 2001. Los Estados plegados a este instrumento han consensuado el significado de los términos "capacidad" y "discriminación contra las personas con discapacidad". Así se dispone en el art. 1.1 que "El término 'discapacidad' significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. De su lado, el art. 1.2.a, refiere que "el término 'discriminación contra las personas con discapacidad' significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales" (art.1 ac. 2.a).

La Corte del Acuerdo de San José, en el ejercicio de su función consultiva y como órgano del sistema encargado de su interpretación (arts. 62.1 y 64) se ha referido a los elementos constitutivos del principio de la igualdad y no discriminación en la Opinión Consultiva OC 18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados" (párr.88 y ss), si bien con anterioridad se había referido a cuestiones relativas a la discriminación en el Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, es en aquella donde desarrolla en detalle los postulados antes referenciados.-

El tribunal regional ha adoctrinado que:


- 1) La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación (párr.83).
- 2) Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional (párr.85).
- 3) El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de

los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias (párr.88).

4) De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas (párr.102).

5) Así los Estados no solo deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, sino que además se encuentran obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias (párrs. 103 y 104).

6) Asimismo considera -y esto es de suma trascendencia- que el principio de igual protección ante la ley y no discriminación, ha ingresado al dominio del jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un postulado fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Bajo este prisma hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición (párr. 101).

Cabe recordar que las normas ius cogens son aquellas que reúnen las características de imperatividad, inderogabilidad e indisponibilidad; y que solo pueden ser modificadas por otras normas de igual carácter. En referencia a éstas, Rafael Casado Raigón ha expresado, "que las normas ius cogens, al igual que en los ordenamientos internos, suponen un límite a la autonomía de la voluntad; como se ha señalado, constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del Derecho Internacional, al voluntarismo y subjetivismos de los Estados soberanos (citado por Cebada Romero Alicia, "Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", en Revista Electronica de Estudios Internacionales" n° 4 año 2002, pág.4, <http://www.reei.org/reei4/Cebada.PDF>, último día de visita 19 de mayo de 2009). El concepto de ius cogens está consagrado en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en sus artículos 53 y 64 .

En el ejercicio de su función contenciosa la Corte regional también se ha expresado respecto a los compromisos asumidos por los Estados Partes y, si bien con especial referencia a las personas con discapacidad mental, tal doctrina resulta de aplicación a cualquier situación de discapacidad y que es imprescindible traer al acuerdo.


Este prestigioso cuerpo judicial en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, --sentenciado de 4 de julio de 2006- y haciendo pie en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad y en un informe del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 5, "Personas con Discapacidad", Naciones Unidas, Documento E/1995/22 (1994), considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial por parte de los Estados en razón de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos asumidas. No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad (párr. 103)

Advierte la Corte que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad (párr. 105).

Vale la pena recordar la cotización jurídica y efectos de los pronunciamientos del tribunal interamericano -como los reseñados- y que revisten indudable interés en el caso en estudio; que no se puede soslayar, en la medida que nuestro país -como es sabido- ha reconocido la competencia de este órgano judicial por tiempo indefinido para entender en todos aquellos casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Su doctrina, tanto la emergente de una sentencia dictada en su función contenciosa, como aquella anidada en las opiniones emitidas en su actividad consultiva, tiene efectos de "cosa interpretada"- válida erga omnes partes- en el sentido de que posee implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención en su deber de prevención, que debe ser seguida, para así construir un orden público interamericano, basado en la fiel observancia de los Derechos Humanos, y no generar responsabilidad internacional para los Estados involucrados. El ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y actual magistrado de la Corte Internacional de Justicia, Cançado Trindade, señala que la "cosa interpretada" juega un papel de trascendencia en la efectiva funcionalidad del sistema, en la medida que el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo "reactivo", cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también "proactivo", en el sentido de que todos los Estados Partes deben adoptar previamente medidas positivas de protección en conformidad con la normativa del Pacto de San José. Es decir, los Estados Partes deben tener en cuenta los posibles efectos que las sentencias emitidas en otros casos puedan tener en su propio sistema y prácticas legales, mecánica ésta que los especialistas denominan "implementación de sentencias" ("Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención sobre Derechos Humanos", Tomo II, 2da. ed. pág. 664, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San Jose, 2003; Gialdino Rolando E., "La producción jurídica de los órganos de control internacional de los derechos humanos como fuente de derecho nacional. Fuentes universales y americanas", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 2004, Tomo II, pág.704, Montevideo).

#### d. 3) La normativa interna

En el ámbito nacional, como derivación del principio de igualdad emergente del art. 16  de la Constitución Nacional, el art. 75 dispone que ". . . Corresponde al Congreso: . . . inc. 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. . .".

Por medio de esta manda constitucional, incorporada por la reforma del año 1994, como bien señala Badeni, que se enrola en el marco del constitucionalismo social, se ha buscado -fundamentalmente- hacer efectivo el postulado de igualdad reconocido por el art. 16 de la Constitución Federal, promoviendo una igualdad real, y no meramente nominal, tanto de oportunidades como de trato. Para ello no basta con proclamar solo la igualdad ante la ley, resulta imprescindible remover todos los obstáculos arbitrarios que, en oportunidades, impiden su concreción (Badeni G. "Tratado de Derecho Constitucional", t.II, pag. 1526, 2da. ed., actualizada y ampliada, La Ley, Bs.As., 2006). Este postulado de igualdad reclama un activismo del Estado -a través de esas medidas de "acción positiva"- que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos proclamados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales, con especial énfasis respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (Sagüés N.P. "Elementos de Derecho Constitucional", t.2, 2da. ed. actualizada y ampliada, pág.463 y ss, Astrea, Bs.As.,1996).

Nuestro cimero tribunal federal -con anclaje en estos principios- ha reafirmado en más de una oportunidad, que el Estado no solo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además el deber de realizar prestaciones positivas, para que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio (CSN, Fallos 323:1329 dictamen del Procurador cons. X; 323:3229 cons.16; 324:3569 cons.11; entre otros).

En esta misma línea hermeneútica se inscribe el Tribunal Constitucional Español, en referencia a normas similares de la Constitución Española (arts.9.2 y 49). Así considera que teniendo en cuenta que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación con sensibles repercusiones en el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en concreto tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas (Sentencia del 3/10/1994, Sala Primera, nro. reg. 3170/1993).

Palacios, en un encomiable trabajo, si bien con relación a la Constitución Española de 1978 no deja de ser referencia obligada cuando se aborda esta temática, señala que: "A fin de respetar el principio de una igualdad valorativa de las diferencias, en ciertas ocasiones resulta necesario favorecer a determinadas personas o grupos sociales en mayor proporción que a otros. De esta forma ingresamos en el concepto de medidas de acción positiva: lo que se intenta, entonces mediante este instrumento, es conectar la igualdad jurídica con la igualdad real. Las acciones positivas significan prestaciones de dar y de hacer a favor de la igualdad. En definitiva, a lo que se aspira es a que se trate del mismo modo sólo a quienes se encuentran en igual situación; ya que la regla de la igualdad no es absoluta, ni obliga a legisladores o jueces a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración (.) "Una interpretación sistemática nos conduce a poder afirmar que, en los casos de no considerarse esta protección especial requerida por las personas con discapacidad, nos encontramos ante la violación del derecho a la igualdad. Esto acontece a través de una discriminación indirecta o por omisión, pero discriminación al fin.No es posible afirmar sin hipocresía que una persona que utilice una silla de ruedas, tiene el mismo derecho que otra que no debe utilizarla para acceder a un edificio cuando el mismo no se encuentra adaptado; o de acceder a un espectáculo cultural, cuando debe abonar su propia entrada más la de su acompañante por no poder movilizarse por sus propios medios. En estos casos el principio de igualdad es violado por no considerarse las específicas características de las personas con discapacidad para el ejercicio de ciertos derechos. "(.) Podremos discutir si se trata de una discriminación directa o indirecta, pero no me cabe duda de que el artículo 14 [este artículo recepta el postulado de igualdad en la Constitución Española] es la norma constitucional aplicable, por ejemplo, si un edificio público no se encuentra adaptado para que pueda ingresar al mismo una persona en silla de ruedas. Seguramente en ese edificio no existirá un cartel que prohíba expresamente la entrada a las personas con discapacidad, pero la consecuencia de la falta de adaptación es la misma" (Palacios, Agustina, "Implementación de medidas de acción positiva a favor de personas con discapacidad", La Ley 2004-D, 1426).-

Dentro de ese marco de medidas de acción positiva se ha dictado la ley 22.431, que en su art. 20 (mod. por ley 24.314 y dto. regl. 914/97) dispone claramente que: ".Establécese la prioridad de la supresión de barreras físicas en los ámbitos urbanos, arquitectónicos y de transporte que se realicen o en los existentes que remodelen o sustituyen en forma total o parcial y sus elementos constitutivos, con el fin de lograr la accesibilidad para las personas con movilidad reducida.A los fines de la presente ley, entiéndese por accesibilidad la posibilidad de las personas con movilidad reducida de gozar de las adecuadas condiciones de seguridad y autonomía como elemento primordial para el desarrollo de las actividades de la vida diaria, sin restricciones derivadas del ámbito físico urbano, arquitectónico o del transporte, para su integración y equiparación de oportunidades".

Luego el art. 21 de la misma ley dispone: ".Edificios de uso público: Deberán observar en general la

accesibilidad y posibilidad de uso en todas sus partes por personas de movilidad reducida;. por lo menos un acceso al interior del edificio desprovisto de barreras arquitectónicas; espacios de circulación horizontal que permitan el desplazamiento y maniobra de dichas personas.".

Esta ley considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Asimismo, la ley 24.901 entiende por persona con discapacidad a toda aquélla que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Por su parte, el art. 1 de la ley 23.592 ordena que: ". . . Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. . .".

Por otro lado, el art.42 de la Carta Magna dispone que todo consumidor o usuario ha de ser objeto "de trato equitativo y digno". Al hablar de "trato digno", la norma se refiere principalmente a un aspecto externo o social, es decir, al honor, respeto o consideración que se debe a la persona. La dignidad humana es un principio elemental de derecho natural, y es de carácter supraestatal (Farina, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", 4° ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 14).

Alineado con ello, dispone el art. 8 bis de la ley 24.240 -t.o. ley 26.361- que: ". . . Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán de abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. . . Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma. . .".


Comentando este artículo, Farina refiere que dentro de las condiciones de atención que debe brindar el proveedor, no sólo basta el debido asesoramiento del producto o servicio que entrega, sino que también debe proporcionarse ante los reclamos que realicen los consumidores. Las empresas prestadoras de servicios públicos deberán garantizar la atención personalizada a los usuarios. Esta norma, aun cuando se refiere a los proveedores de servicios públicos, se aplica -en función del art. 8 bis- a todas las empresas que sean proveedoras de servicios o de productos (ob. cit., pág. 230, haciendo cita de Molina Sandoval, "Reformas sustanciales", en Vázquez Ferreira (dir.), "Reforma a la ley de defensa del consumidor", LL, abril de 2008, pág. 93).

Siguiendo esta línea descendente, en el orden provincial, el art. 11 de la Constitución bonaerense establece:". . . Los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución nacional, los que emanen en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución".

"La Provincia no admite distinciones, discriminación ni privilegios por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo, características físicas o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales".


"Es deber de la Provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de

oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social. . .

También el art. 36  de ese cuerpo normativo dispone que: ". . . La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales".

"A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: . . . 5. De la discapacidad. Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales: tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados. . .".

Ha señalado la Corte con sede en La Plata, que resulta claro que la situación de las personas discapacitadas ha obtenido en el nuevo texto constitucional una especial protección, la que no se limita al otorgamiento de las prestaciones contenidas en el inc. 5 del art. 36, sino que implica el mandato constitucional de superación de todos los obstáculos de cualquier naturaleza que conlleven para quien se encuentre en esa condición -amparada ahora en forma expresa en el texto constitucional- una discriminación o distinción motivada sólo por su calidad de discapacitado (del voto del Dr. Hitters, causa I. 2009, "Falocco, Estela María s/ Inconstitucionalidad art. 36, inc. 5, ap. b) y d), dec.2719/94", del 7/10/97).

En el mismo ámbito, la ley 10.592  (texto mod. por la 13.110) establece que todo edificio de uso público, sea su propiedad pública o privada, existente o a proyectarse en el futuro deberá ser completa y fácilmente accesible a personas con movilidad reducida, contemplando no sólo el ingreso al mismo, sino también el uso de los espacios comunes y de circulación interna e instalación de servicios sanitarios, que posibiliten la vida de relación de dichas personas (art. 24).

Finalmente, en el orden comarcal, la Ordenanza n° 13.007, referida a la inaccesibilidad física para usuarios con movilidad reducida, establece los modos de ejecución exigidos para construcción de rampas -diámetro, longitud, ubicación, materiales, etc. (pto. 6.2.3.).

En síntesis el incumplimiento de las normativas reseñadas que implementan una medida de acción positiva por parte de la demandada -en cuanto prevé la construcción de rampas de acceso al inmueble para permitir la circulación de personas con discapacidad motriz- constituye un acto discriminatorio, toda vez que se vulnera el derecho de igualdad del discapacitado con los alcances antes señalados. A la par se coarta la posibilidad de inserción en la sociedad a fin de lograr el pleno desarrollo de sus potencialidades.

Por último quiero poner de relieve que con el fiel cumplimiento de la normativa "no se trata de correr a crear espacios especiales para personas con discapacidad, sino comprender que TODOS los espacios públicos deben ser pensados inicialmente para TODOS los habitantes, máxime aquellos que tienen directa relación con los derechos de los colectivos sociales más vulnerables. . . Equiparar las oportunidades de una persona con discapacidad significa respetar su autonomía y su integridad, brindándole la asistencia que ella requiera" (Rosales Pablo O "Comentario de la Acordada 10/2006 CSJN sobre trato prioritario a personas discapacitadas en el ámbito del Poder Judicial:¿Qué queda pendiente en la Justicia respecto de las personas con Discapacidad?", en <http://www.pablorosales.com.ar/files/135.doc>, último día de visita 19 de mayo 2009).


e) Daño moral.

Ambos recurrentes se agravian del monto otorgado por el sentenciante por daño moral. El demandado, además se queja de la procedencia misma del parcial. En virtud de ello, serán tratados los agravios de modo uniforme.

Aflige a éste que el Juez haya considerado que se está en presencia de un daño "in re ipsa", sin advertir que dentro de la órbita contractual -tal la alegada relación de consumo- no existe la mentada presunción (sic fs. 173, 2° párr.).

El argumento no resiste el menor análisis, en razón de que, si bien existe una relación contractual entre las partes (telefonía celular), y que se la podría encuadrar dentro de lo que se ha dado en llamar "relaciones de consumo", lo cierto es que el acto discriminatorio individualizado y acreditado en autos es ajeno a ella, es decir, escapa a las previsiones del contrato.

Entiendo, más bien, que la reparación del daño moral es de corte legal, en la medida que se impone a partir de lo establecido por el art. 1 de la ya citada ley 23.592.

Por lo demás, no es necesario producir prueba particular sobre la afección espiritual que ha causado el acto de discriminación. Es que a partir de ello, no quedan dudas que al acudir el actor al local comercial de la demandada y encontrarse con que no podía acceder por la ausencia de rampa -y medio mecánico que la sustituya- se le ha afectado un interés no patrimonial, consagrado por la ley, que atañe al reconocimiento de su persona como tal, y de la dignidad y de la igualdad, así como los de autodeterminación que constituyen derechos subjetivos de la personalidad en el contexto de la tutela pública de los derechos del hombre (voto del Dr. Eduardo A. Zannoni, CNCiv, Sala F, autos "P.D.c/ Club Hípico Argentino y otros s/ Daños y perjuicios" , fallo del 2/10/08, LL 10/12/08, con cita de Castán Tobeñas, José, "Los derechos del hombre", 2° ed., Madrid, Reus, 1976).

En cuanto al monto otorgado por el Magistrado de la instancia anterior -cuestionado, reitero, por ambas partes-, estimo debe confirmarse.

Si bien se ha dicho reiteradamente que la fijación del monto de la reparación del daño moral siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena (Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de Daños T 5a : "Cuanto por daño moral" , página 80 y siguientes; Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005).

En el mismo sentido, Carlos Viramonte y Ramón Daniel Pizarro ("Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q." en La Ley Córdoba 2007, Junio página 465) recuerdan que la "Corte Suprema de Justicia de la Nación ha insistido desde hace mucho tiempo en la necesidad de que los jueces fundamenten sus decisorios y brindan argumentos suficientes a tenor los cuales determinan el monto indemnizatorio. Ha dicho en tal sentido que "para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieran a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación (CS, 4/10/94, JA, 1995-II-19).

Los mismos autores señalan que la Corte Suprema "ha avanzado en este camino y ha afirmado, en otro fallo, que "la motivación no tiene pautas 'asépticamente jurídicas', sino que al juzgar prudencialmente sobre la fijación del resarcimiento, no deben desatenderse las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad" (CS, 10/11/92, JA, 1994-I-159).

Se ha dicho que "como la intimidad no es accesible, necesariamente debe acudirse a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva" (Zavala de González, Matilde, ob. cit., pág. 106 y siguientes).

La misma autora refiere que "los daños morales son perceptibles por el Juez", pues "el juzgador como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, colocado en un caso análogo, hubiese padecido con intensidad suficiente como para reclamar una reparación" (ob. cit., pág. 107).



Estimo que la situación vivida por el actor, al pretender ingresar al local comercial de la demandada y encontrarse con la valla que implica la ausencia de rampa para el acceso de personas que se deslizan en sillas de ruedas, hubiera provocado en cualquier persona un daño moral resarcible.

Ahora bien, teniendo en cuenta los parámetros utilizados por el Juez de primer grado, particularmente el bien jurídico menoscabado, la angustia que el momento vivido comportó para el actor, sus limitaciones motrices y demás circunstancias personales -tales como edad, sexo, etc.-, su condición de alumno regular de la Facultad de Derecho, como así también la superioridad económica de la demandada y lo dispuesto por el art. 165 del CPCC, estimo justo y equitativo el monto fijado por aquél en la instancia de origen (\$30.000).

f) Multa civil. Daño punitivo.

Aquí también, al igual que en el daño moral, existe agravios de ambos litigantes. El demandado cuestiona su procedencia y su monto; el actor se aflige exclusivamente de lo último.

Más allá de la exigua fundamentación en la aplicación de este instituto que exhibe la providencia principal atacada, considero de todas formas -y a despecho del plausible esfuerzo que la letrada de la demandada realiza en su pieza de agravios- que debe ser mantenida por los argumentos que a continuación señalo.

Se ha definido al daño punitivo como las "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón D., "Derecho de Daños", 2° parte, La Rocca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.).

Se trata de una institución de sólido predicamento en el derecho anglosajón, que tiene adeptos y detractores, que ha comenzado a proyectarse, gradualmente, también dentro del sistema del derecho continental europeo y en Canadá y que ahora hace su aparición entre nosotros. Participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinados en principio al propio damnificado. Y ésta existe cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (liga de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, etc.). La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B, 949),

Si bien, como dice el juez, se han escrito voces en contra de la introducción del instituto de la multa civil -o daño punitivo- a la legislación argentina por medio de la Ley de Defensa del Consumidor (ver por caso Jorge Mayo, "La inconsistencia de los daños punitivos", en LL periódico del 04/03/09, pág. 1 y ss.; Sebastián Picasso, "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor", en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008, pág. 123 y ss.), lo cierto es que la mayoría de la doctrina autoral la ha recibido con elogios (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob. cit.; Ghersi, Carlos y Weingarten, Celia, "Visión integral de la nueva ley del consumidor", Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008; Alterini, Atilio Aníbal, "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después", Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008; Alvarez Larrondo, Federico M., "La incorporación de los daños punitivos al Derecho del Consumo argentino", JA 2008-II, Núm. Esp. "Régimen de Defensa del Consumidor. Análisis de su reforma"; mismo autor, "La consistencia de los daños punitivos", LL 2009-B, 1156; entre otros).

Se ha considerado, además, que la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación (Farina, Juan M., ob. cit., pág. 567).

Ahora bien, para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más. En consecuencia, el daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos (Álvarez Larrondo, "Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361", LL 2008-D, 58).

Se ha señalado que la ley 26.361, evidentemente, se apartó del restrictivo criterio que sostenía que sólo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro. EL nuevo artículo 52 bis dice que se pueden imponer daños punitivos "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor". La norma tiene un indudable acierto que es la mención de obligaciones legales para terminar de despejar las dudas sobre si la responsabilidad por daño punitivo es contractual o legal (López Herrera, Edgardo, "Los Daños Punitivos", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág.365).

Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob.cit.).

En esta última categoría -a mi criterio- se sitúa el supuesto bajo estudio: se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil (conf. art. 52 bis de la ley citada -t. o. ley 26.361-).

Finalmente, el argumento expuesto por el demandado a fs. 178 referido a que ya no tiene sus oficinas en el local objeto de autos, no puede ser atendido, toda vez que -además de no existir elemento alguno que lo acredite- no ha sido puesto a consideración del magistrado de la instancia anterior (conf. art. 272 del CPCC).

Por lo demás, entiendo más que prudente la suma de \$30.000 fijada por el Magistrado de la instancia de origen, atento la gravedad del incumplimiento, la envergadura de la empresa demandada y las demás circunstancias personales del actor, por lo que estimo debe confirmarse.

g) Medida de acción positiva.

El demandado a fs.177 señala la carencia de rampa de acceso a este Tribunal, como así también en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 14 de este Departamento Judicial.

Es exacto. Por ello, teniendo en consideración lo dispuesto en la Resolución nro. 370/06 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y como medida de acción positiva he de proponer al Acuerdo se libre oficio, sin más trámite, a la Dirección General de Arquitectura, Obras y Servicios de la SCBA, Delegación Mar del Plata, a los fines de que proceda a realizar las obras

necesarias -conforme a la reglamentación vigente y dentro del plazo de cuarenta y cinco días- para asegurar el acceso de todas las personas con movilidad reducida, al edificio de este Tribunal, como así también en todos aquéllos sobre los que esta Excma. Cámara de Apelaciones ejerce superintendencia.

Así lo voto.

Los Sres. Jueces Dres. Zampini y Loustaunau votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la tercera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

Corresponde: 1. Rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por el demandado a fs. 216/20.

2. Rechazar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada a fs. 130/40, por los argumentos vertidos.

3. Propongo que las costas de Alzada sean soportadas del siguiente modo: respecto del recurso rechazado del actor, serán a su cargo en su calidad de vencido; en cuanto a las de la apelación desestimada del demandado, éste deberá soportarlas atento resultar perdedoso (art. 68 del CPCC).

4. Propongo se libre oficio, sin más trámite, a la Dirección General de Arquitectura, Obras y Servicios de la SCBA, Delegación Mar del Plata, a los fines de que proceda a realizar las obras necesarias - conforme a la reglamentación vigente y dentro del plazo de cuarenta y cinco días- para asegurar el acceso de todas las personas con movilidad reducida, al edificio de este Tribunal, como así también en todos aquéllos sobre los que esta Excma. Cámara de Apelaciones ejerce superintendencia.

Así lo voto.

Los Sres. Jueces Dres. Zampini y Loustaunau votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

#### S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: 1. Rechazar el recurso de revocatoria interpuesto a fs. 216/20. 2. Rechazar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada a fs. 130/40. 3. En cuanto a las costas, respecto del recurso rechazado del actor, serán a su cargo en su calidad de vencido; en cuanto a las de la apelación desestimada del demandado, éste deberá soportarlas por resultar perdedoso (art. 68 del CPCC). 4. Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). 5. Librar oficio, sin más trámite, a la Dirección General de Arquitectura, Obras y Servicios de la SCBA, Delegación Mar del Plata, a los fines de que proceda a realizar las obras necesarias - conforme a la reglamentación vigente y dentro del plazo de cuarenta y cinco días- para asegurar el acceso de todas las personas con movilidad reducida, al edificio de este Tribunal, como así también en todos aquéllos sobre los que esta Excma. Cámara de Apelaciones ejerce superintendencia. REGISTRESE y NOTIFIQUESE personalmente o por cédula (art. 135 del CPCC). DEVUELVA. Siguen las firmas (Expte. n° 143.790).

NELIDA I. ZAMPINI.

RICARDO D. MONTERISI.

ROBERTO J. LOUSTAUNAU.

MAXIMILIANO COLANGELO. SECRETARIO.

 **Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA**

--	--	--	--	--

--	--	--	--	--

**Voces:** PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - DAÑO PUNITIVO - MULTA - IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY - VIGENCIA DE LA LEY

**Partes:** Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios



**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

**Sala/Juzgado:** F

**Fecha:** 18-nov-2009

**Cita:** MJ-JU-M-61753-AR | MJJ61753 | MJJ61753

La aplicación al proveedor de la multa civil prevista en el art. 52 bis de la ley 24240, no puede ser efectuada en forma retroactiva, dejándose sin efecto en consecuencia la multa que se impuso a una entidad bancaria que difundió información errónea al BCRA y a una empresa que brinda informes crediticios, ya que la figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado.

1.-Corresponde dejar sin efecto el importe indemnizatorio otorgado al consumidor por el sentenciante de grado en concepto de multa civil sobre la base del art. 52 bis  de la ley 24240, incorporado por el art. 25  de la ley 26361 -en el caso, la multa se impuso a una entidad bancaria que difundió información errónea al BCRA y a una empresa que brinda informes crediticios-, ya que la figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas penas privadas, y por ello, su aplicación ejemplar a conductas disvaliosas no puede ser efectuada en forma retroactiva, y en el caso de autos, no se puede perder de vista que al momento en que la accionada desarrolló su conducta la norma en cuestión no tenía vigencia, por lo que no cabe su reproche bajo esta normativa.

2.-La aplicación del daño punitivo al proveedor demandado, en los términos del art. 52 bis de la ley 24240 -incorporado por el art. 25 de la ley 26361- tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares, es decir, importa una condena extra que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente, y bajo estos lineamientos, que enfatizan el carácter excepcional del daño punitivo, se debe considerar que un proveedor no puede ser condenado a pagar una multa civil por haber incurrido en una conducta que resulta ser anterior a la



vigencia de la ley que incorpora este instituto en nuestro derecho.

**Fallo:**

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 18 días del mes de noviembre de dos mil nueve, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "F", para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada. -

Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación, Sres. Jueces de Cámara, Dres. POSSE SAGUIER, ZANNONI y GALMARINI. -

A las cuestiones propuestas el Dr. POSSE SAGUIER dijo:


I.- La sentencia dictada a fs. 199/211 admitió la demanda entablada por María Dolores Cañadas Pérez contra el Bank Boston N.A. condenando a pagar en el término de diez días, la suma de \$6.000 en concepto de daño moral por la errónea información que la entidad demandada difundiera en el Banco Central de la República Argentina y en la Organización Veraz S.A., con más los intereses y las costas del proceso. De conformidad con lo establecido en el art. 52 bis de la ley n° 24.240 -de Defensa del Consumidor- incorporado por el art. 25 de la ley n° 26.361, y a modo de sanción ejemplificadora, aplicó una multa civil a favor del consumidor -actora en estas actuaciones-, equivalente al importe por el que prosperó la demanda con más sus intereses calculados al momento de practicarse la liquidación.

Contra dicho pronunciamiento, puntualmente cuestionando la procedencia de la multa civil aplicada, se alza el BankBoston National Association, quien expresó agravios a fs. 228/233, los que fueron contestados por la actora a fs. 239/246.II.- Por razones de método trataré en primer término el punto b) de los agravios que reza "El principio de la irretroactividad de las leyes".

Se queja el demandado en este punto, pues el juzgador castigó con una sanción prevista en una ley del año 2008, un obrar supuestamente dañoso, acaecido en el año 2006 (fs. 231 vta.).

Desde ya adelante, que comparto este razonamiento.

Es del caso señalar que la multa aplicada por el magistrado de grado fue incorporada a nuestro sistema jurídico por el art. 52 bis (Capítulo XIII-De las acciones) de la ley n° 26.361 -que introdujo varias reformas a la ley n° 24.240-.

De la compulsa de la causa se desprende que, la aplicación del daño punitivo al proveedor demandado, se impuso como consecuencia de una conducta llevada a cabo con anterioridad a la referida ley (26.361), que fue promulgada parcialmente el 3 de abril de 2008 y publicada el 7 de abril de ese año, momento a partir del cual y de conformidad con lo establecido en el art. 65 , ha entrado en vigencia.

Si bien no considero del caso detenerme sobre los antecedentes de los "daños punitivos" que ya han sido referidos por el magistrado de grado, entiendo conveniente efectuar algunas precisiones tendientes a demostrar que no es posible la aplicación de una multa respecto de conductas anteriores al dictado de la ley.

Así, los "daños punitivos" han sido definidos como aquellos "otorgados . para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro". También se los define como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf.: Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en "Derecho de Daños", segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p.291/292;

citado en Picasso, S., "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor" publicado en Suplemento especial La Ley, "Reforma a la ley de defensa del consumidor", abril de 2008).

Este instituto, tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares.

De esta manera, se ha sostenido que se podría distinguir una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Coincidentemente con lo expuesto, los Fundamentos del Proyecto de Ley y del Dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados destacan que "Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad". La función accesoria de los daños punitivos sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria -la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria- (conf.: Irigoyen Testa, Matías; ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, publicado en Revista de Responsabilidad civil y seguros, La Ley, nro. X, octubre de 2009).

Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad o, en casos excepcionales (Stiglitz, Rubén S.- Pizarro, Ramón D. en "Reformas a la ley de defensa del consumidor", publicado en La Ley 2009-B, 949). Uno de los caracteres propios de la figura de los daños punitivos, que hace a su procedencia, es el particular reproche de conducta que se exige en cabeza del agente dañador. En otros términos, los daños punitivos son excepcionales, pues proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño (Nallar, F. "Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", La Ley 2009-D, 96).

Es decir, el daño punitivo importa una condena "extra" que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente.

Bajo estos lineamientos, que enfatizan el carácter excepcional del daño punitivo, es que considero que un proveedor no puede ser condenado a pagar una multa civil por haber incurrido en una conducta -según el magistrado, merecedora de daños punitivos-, que resulta ser anterior a la vigencia de la ley que incorpora este instituto en nuestro derecho.

Es que como ya se explicó, la figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas "penas privadas".

Por ello, su aplicación "ejemplar" a conductas disvaliosas no puede ser efectuada en forma retroactiva. En el caso de autos, más allá de la valoración que el magistrado hiciera respecto de la conducta del proveedor (accionado), no puedo perder de vista, que al momento en que ésta se desarrolló, el art. 52 bis de la ley 24.240, no tenía vigencia, por lo que no cabe su reproche bajo esta normativa, máxime si se trata de un instituto de excepción.

Lo expuesto, me lleva sin más, a admitir la queja, dejando sin efecto el importe indemnizatorio otorgado por el sentenciante en concepto de "multa civil" sobre la base del art. 52 bis de la ley 24.240 - incorporado por el art.25 de la ley 26.361-.

En virtud de la solución que se propugna, deviene innecesario el tratamiento del primer agravio, fundado en la ausencia de "instancia del damnificado", pues mal puede pretenderse el cumplimiento de tal presupuesto de hecho exigido por la ley, cuando esta normativa resultaba inexistente en nuestro sistema jurídico.

Por lo que se lleva dicho, si mi voto fuese compartido propongo se revoque la sentencia en cuanto -

-Aplicabilidad de los Daños Punitivos-

conforme a lo establecido en el art. 52 bis de la ley n° 24.240 incorporado por el art. 25 de la ley n° 26.361-, aplica a la entidad financiera demandada una multa civil a favor del consumidor. Las costas de alzada se imponen a la actora que ha resultado vencida en el recurso.

Por análogas razones a las aducidas por el vocal preopinante, los Dres. ZANNONI y GALMARINI votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

FERNANDO POSSE SAGUIER

EDUARDO A. ZANNONI

JOSÉ LUIS GALMARINI

Buenos Aires, noviembre de 2009.-

AUTOS Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede se revoca la sentencia en cuanto - conforme a lo establecido en el art. 52 bis de la ley n° 24.240 incorporado por el art. 25 de la ley n° 26.361-, aplica a la entidad financiera demandada una multa civil a favor del consumidor. Las costas de alzada se imponen a la actora que ha resultado vencida en el recurso. Difiérese la regulación de honorarios de alzada hasta una vez regulados y firmes los correspondientes a primera instancia. Notifíquese y devuélvase.-

**Teijeiro ó Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G -Abreviados- otros**

--	--	--	--	--

--	--	--	--	--

**Voces:** DEFENSA DEL CONSUMIDOR - PRODUCTOS DEFECTUOSOS - DAÑO PUNITIVO - LEGITIMACIÓN ACTIVA - LEGITIMACIÓN PASIVA - CULPA CIVIL - NEGLIGENCIA - DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZABLE

**Partes:** Teijeiro ó Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G -Abreviados- otros s/

**Tribunal:** Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Córdoba

**Sala/Juzgado:** 5ta

**Fecha:** 23-mar-2011

**Cita:** MJ-JU-M-66743-AR | MJJ66743 | MJJ66743

Al contener la botella de gaseosa un sobre de gel íntimo con uno de sus bordes cortados, no cumple con su objetivo de ser consumida en el mercado, lo que implica una abierta violación al art. 5 de la ley 24240 y como tal constituye un acto ilícito, quedando comprendida la cuestión dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, conforme la doctrina de la responsabilidad civil.

**Sumario:**

1.-La defensa del consumidor ha tenido consagración legislativa, luego de un proceso evolutivo, con el dictado de la ley 24240 <sup>1</sup>, promulgada el trece de Octubre de mil novecientos noventa y tres. Reconoce esta norma como uno de sus principios el de la reparación de los daños patrimoniales y morales, tanto individuales como colectivos y respecto de la noción de consumidor, la ley 24240, con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26.391, disponía en su art. 1 <sup>2</sup>La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social .

2.-Con la sanción de la ley 26361 <sup>3</sup>se expande el concepto de consumidor, introduciéndose importantes reformas en el texto original, el que dispone qué se entiende por consumidor o usuario. .... toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social . Sin lugar a dudas y sin perjuicio de las fallas que pueda presentar la norma y que diera lugar a debates doctrinarios, lo cierto es que demuestra una decisión política de ampliar el ámbito o radio de actuación de la Ley de Defensa del Consumidor. Es decir, se busca ampliar o beneficiar con la aplicación de la ley a otros sujetos que no se encontraban comprendidos en la norma anterior.



3.-En tiempos recientes, se introdujo una reforma a la LDC por medio de la ley 26.361, promulgada el 3 de abril de 2008, la cual, entre otras cosas, amplió el ámbito de los legitimados activos al incluir, además de los consumidores propiamente dichos, a los terceros dañados - corrientemente denominados bystanders.. y se reconoce legitimación activa para reclamar la tutela del crédito o la concesión de resarcimientos, al consumidor, al usuario, al beneficiario y al expuesto a una relación de consumo, conforme lo dispone el último párrafo del art. 1° de la LDC. Se reemplaza el término contrata por adquiere o utiliza , ampliando de tal forma el campo de aplicación de la ley, incluyendo asimismo a las adquisiciones o utilidades gratuitas, considerándose a estos sujetos inmersos dentro de lo que se denomina relación de consumo.

4.-El sólo hecho de tener la botella de gaseosa en su poder, como usuario, a los fines de su consumición, lo legitima para accionar invocando una relación de consumo.

5.-La LDC describe en su art. 2 la persona del proveedor: Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes o servicios, destinados a consumidores o usuarios. El Proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley . Como se desprende de la reforma de la ley 26.361, se amplía el listado de actividades que se consideran incluidas dentro de la ley, y para que no existan dudas sobre la legitimación pasiva, la ley postula que todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley , describiéndose en el art. 3 de la ley 24240 a la relación de consumo, como el vínculo jurídico entre proveedor y el consumidor o usuario .

6.-Si la sociedad demandada reconoce ser productor de determinadas gaseosas, del tipo de la botella que se encuentra reservada en el tribunal y el hecho de haber proveído el artículo a la parte actora a través de un intermediario, no impide reconocer la existencia de un vínculo entre las partes, que encuadra dentro de la denominada relación de consumo.

7.-La definición de relación de consumo previsto por el art. 3° de la ley 24240 no significa que sólo quedan dentro del ámbito de protección los que son partes en esa relación de consumo, ya que el párrafo final del art. 1 ha extendido la protección a aquellos que sin serlo pueden ser afectados por esta relación de consumo. Se debe considerar, entonces, que hay dos situaciones subjetivas que reciben la protección normativa del sistema; a) las partes/ consumidores de una relación de consumo, y b) los que resultan afectados (sin ser partes) por esa relación de consumo.

8.-El art. 5° de la LDC consagra, en forma expresa, una obligación de seguridad de resultado a cargo del proveedor, cuyo incumplimiento lo hará incurrir en una responsabilidad de carácter objetivo.

9.-La ley 24999 , del 24 de Julio de 1998, con total acierto, determinó la reviviscencia , o, con otras palabras, la reposición del artículo 40, con diferencias menudas. El texto establece que si se produce un daño al consumidor que resulta del riesgo o vicio 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. 10. El art. 40 de la ley 24240 consagra una responsabilidad objetiva fundada en el riesgo. De ahí que sólo puede liberarse el sujeto (o sujetos) que pruebe un hecho de la víctima, un hecho de un tercero por el que no debe responder o un caso fortuito genérico.

11.-La reforma constitucional de 1994 consagra en el art. 42 C.N., la protección de los consumidores y usuarios, como el derecho a la salud, seguridad, intereses económicos, a una información adecuada y veraz: a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Hace referencia el texto constitucional a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios

naturales y legales, calidad de servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

12.-Nuestra CSJN en la causa Mosca , reconoció como consumidor a una persona que había sido dañada por una piedra arrojada desde un estadio de futbol y en el que se encontraba desarrollando un partido y encontrándose ella fuera del recinto aguardando a personas que habían contratado sus servicios para transportarlas en su automóvil. De ese modo, el alto tribunal dejó aclarado que la relación de consumo a la que aluden el art. 42 de la CN. y la ley 24240 debe interpretarse con laxitud, y abarca no sólo a quien adquiere bienes y servicios para su consumo final, sino también a quien los utiliza sin haberlos adquirido, aún a aquellas personas que, sin siquiera utilizarlos, han actuado en respuesta a la oferta emanada del proveedor.

13.-El concepto de consumidor, al que la ley le otorga protección de sus derechos como tal, resulta ser abarcativo de todo aquel que, en una relación de consumo, adquiere bienes o servicios para su consumo final, en beneficio propio o de su familia o núcleo social, y a quien de cualquier forma esté expuesto a una relación de consumo.

14.-La tutela del consumidor importa, como base, el reconocimiento de los derechos que emanan de su posición en la relación conmutativa.

15.-Ha subrayado y destacado la doctrina, en el análisis de la relación de consumo y la defensa de los derechos del consumidor, la situación de inferioridad o debilidad en que se encuentra este último frente a su proveedor y en perspectiva jurídica, la ley 24240 presupone una situación de desequilibrio genético en la relación derivada de un negocio de consumo, y, en tal mérito, la necesidad de contemplar esta situación al momento de la interpretación de los casos concretos que se presenten a análisis y resolución.

16.-La ley 24240 presupone irrefragablemente la situación de debilidad en que se halla el consumidor. De allí que, enfrentadas las partes en un conflicto, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.

17.-La defensa de los intereses de los consumidores hace responsable a los fabricantes, productores, proveedores, de la calidad de los productos que ponen en el mercado a los fines de su consumo. De allí surge la necesidad de imponer al empresario un estricto deber de asegurar la eficacia, calidad e idoneidad del bien o servicio, para el cumplimiento de la finalidad a la que están destinados de acuerdo a su naturaleza y características.

18.-La protección que confiere la defensa del consumidor no se restringe a un aspecto meramente económico, sino que a su vez aplica sanciones para las cuales no es requerida la comercialización directa de los productos a los usuarios, en tanto dicha producción o fraccionamiento forma parte de una cadena económica cuyo último eslabón es el consumidor, respecto del cual rige la norma del art. 5to. de la ley 24240, que intenta evitar la obtención de productos que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, presenten peligro para la salud o integridad física.

19.-La ley de defensa del consumidor protege al consumidor frente a quien interviene en toda la cadena de comercialización del producto, independientemente de que sea quien haya comercializado en forma directa al público consumidor sus productos elaborados, y exige, en aras de la protección del consumidor, 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.

20.-La exigencia de la ley 24240 en el sentido de que los artículos de consumo, puestos en el mercado, y utilizados por el destinatario de los mismos, no contengan o impliquen un riesgo para la salud de los consumidores, presupone que dichos productos sean consumidos o se encuentren en tales condiciones. La botella de gaseosa que el actor tenía en su poder no se encontraba en

condiciones de ser consumida, sin perjuicio de que se pueda discutir sobre si el elemento que se encuentra en su interior, es nocivo o no, para la salud del consumidor.

21.-En tanto el producto elaborado por la empresa demandada, en poder del actor, como consumidor, no se encontraba en condiciones de ser consumida, nace de tal forma la responsabilidad de la empresa demandada ante el incumplimiento de la obligación que le impone la ley de elaborar y distribuir productos de calidad y que cumplan adecuadamente la finalidad perseguida.

22.-Tratándose de una responsabilidad objetiva, la que surge de las relaciones de consumo, en el caso, por haber lanzado al mercado una cosa viciosa, en el sentido de cosa que contiene un defecto que le impide cumplir la función para la que está destinada, la obligación de responder surge clara, debiendo en consecuencia la demandada entregar a la parte actora una botella de similares características a la que nos ocupa, como forma de reparación en especie.

23.-En materia de responsabilidad por productos elaborados, el demandante únicamente tiene que probar el daño y la relación de causalidad, estando eximido de probar la negligencia del fabricante, en razón de tratarse de una responsabilidad objetiva que se presume por la sola existencia del daño, pudiendo en tal caso el proveedor eximirse de responsabilidad acreditando culpa de la víctima o de un tercero, por quien no deba responder.

24.-El daño causado por un producto elaborado deja de ser un daño contractual para pasar a ser un daño extracontractual, siendo el factor de atribución objetivo, y por ende la observancia de diligencia en el productor resulta irrelevante a los fines de eludir su responsabilidad.

25.-En el análisis de lo relativo a la prueba del daño moral, que debe realizarse una comparación respecto a si se trata de la afectación derivada de la faz extracontractual por hecho ilícito, o si lo es derivado de responsabilidad contractual. En el ámbito extracontractual, la reparación del daño moral se encuentra establecida en el art. 1078 del CCiv., el que establece que además del daño patrimonial, es resarcible el daño moral.

26.-El daño moral, en el caso de la responsabilidad extracontractual, no requiere de una prueba directa de su existencia y entidad, ya que se manifiesta in re ipsa . Es decir no se necesita de un profesional en la materia, de un psicólogo o psiquiatra para comprobar los sufrimientos que un determinado hecho pueden provocar en la víctima.

27.-El daño moral se infiere por lo común in re ipsa, es decir, a partir de una determinada situación objetiva, si ésta permite inducir un menoscabo en las afecciones legítimas de la víctima.

28.-Tratándose, conforme surge de la botella reservada en el tribunal, de un sobre conteniendo en gel íntimo, con uno de sus bordes cortados, de modo tal que la existencia de esta botella de gaseosa a los fines de ser consumida en el mercado y que, por el elemento que contiene en su interior, no cumple con dicho objetivo, implica una abierta violación al art. 5 de la ley 24240 y como tal constituye un acto ilícito, conforme el encuadre jurídico previsto por el art. 1066 del CCiv.. Es por ello que la cuestión queda comprendida dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, conforme la doctrina de la responsabilidad civil.

29.-Si el daño moral es una alteración emocional profundamente subjetiva, la apreciación por el juez para fijar en dinero aquella compensación, debe ser necesariamente objetiva y abstracta. La indemnización del daño moral no está en función de la representación que de él se hace la víctima (no en concreto) sino de su constatación por los jueces y de su evaluación objetiva, considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas circunstancias concretas en las que halló la víctima del hecho lesivo. De lo contrario, sería imposible cualquier valoración en la práctica, pues tampoco ningún juez puede haber experimentado todos los desmedros espirituales susceptibles de afectar a las personas. Los punitivos

damages , constituyen una figura del Common Law anglosajón, cuya traducción al español sería la de daños punitivos, aunque en realidad se trata de una sanción o pena que se aplica en razón de ciertos hechos ilícitos graves, y no de daños en si mismos. Se impone la obligación de indemnizar no como excedente o agregado a la indemnización que se establece en concepto de daños, sino como una sanción ante una conducta que produce daño a otro infringiendo el ordenamiento jurídico, en forma deliberada, a los fines de obtener un rédito o ganancia, o, con grave menosprecio de los derechos de terceros, conducta desplegada con una negligencia grave.

30.-Los tribunales norteamericanos admiten la operatividad de los llamados daños punitivos, en especial, en los dos siguientes casos 1)cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento del perjudicado será inferior a las ganancias obtenidas por él (por ej. Fabricante que prefiere pagar los daños a reparar los productos defectuosos, o a no cesar en la fabricación) y 2)cuando la conducta dañosa , sobre la base de un cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada, lo que puede ocurrir porque la antijuridicidad de la conducta no es fácilmente reconocible; porque el daño particular es modesto en relación al coste del eventual proceso; o porque el autor del ilícito tiene una posición dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento .

31.-El daño punitivo cumple una triple función: 1)Sancionar al causante del daño intolerable: ante una conducta intolerablemente nociva, con desprecio a los bienes y derechos ajenos, el derecho debe expresar su desaprobación, 2)Hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa, con fundamento en que ningún sistema preventivo puede ser eficaz si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización y 3)prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que se impusiera punición: en definitiva evitar que el daño se vuelva a producir y comprende tanto a las conductas dolosas como a las gravemente negligentes.


32.-Si el resarcimiento por daños punitivos persigue volver la situación de la víctima al momento anterior al hecho lesivo, eliminando el perjuicio injusto (art. 1083 del CCiv.), debe del mismo modo retrotraer la situación fáctica del responsable, quitándole el beneficio que obtuviera indebidamente. De otra manera, se alentaría la especulación nociva al medrar el dañador con las ganancias que le podría deparar el daño injusto que va a ocasionar.


33.-Ningún sistema preventivo es eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización.

34.-El daño punitivo (smart money), que también se otorga en los casos de responsabilidad extracontractual (torts, negligence), ha funcionado adecuadamente como advertencia para quienes están en condiciones de tomar precauciones para evitar dañosidades , por lo que puede ser de utilidad en ciertos casos que, además de la reparación integral, se incluya en la indemnización un plus sancionatorio conforme el modelo del daño punitivo norteamericano. Se trata de un mecanismo eficaz que apunta a proteger la vida, la salud, etcétera, de los consumidores.

35.-El art. 52 bis de la ley 26361 introduce en nuestro ordenamiento legal los daños punitivos, (se considera más adecuado el término penas pecuniarias privada o multa civil ) cuyo origen se remonta al derecho anglosajón, siendo un instituto de amplio desarrollo en los Estados Unidos, y en nuestro país ha tenido consagración legislativa con el dictado de la referida norma legal. Se trata de multas o penas privadas que no tienen finalidad compensatoria o reparadora, sino que se adicionan al monto del resarcimiento, y se imponen a quien ha manifestado una conducta dolosa o de grave negligencia en la producción o elaboración de un producto, incumpliendo con sus obligaciones legales y contractuales, y con una finalidad claramente sancionatoria, por un lado, y disuasoria de conductas similares futuras. 36. Los daños punitivos ( punitive damages o exemplary damages , según el derecho anglosajón) se establecen no con carácter compensatorio sino con la finalidad de imponer una sanción a quien con su conducta dolosa o gravemente negligente, causa un daño, como asimismo de disuadir o desalentar conductas similares futuras.

37.-Se mencionan entre los requisitos que deben configurarse para la procedencia de la imposición de daños punitivos, la de un daño resarcible, imponiéndose daños punitivos como un plus, haber actuado con dolo o culpa grave o desaprensión por los derechos de terceros y que con dicha conducta se hayan obtenido beneficios económicos o tenido en la mira obtenerlos, ya sea por ganancias o ahorro en implementar medidas de prevención. Las finalidades de la norma son, tal como se expresara precedentemente, punitivas, preventivas, eliminar beneficios obtenidos con actividad ilícita y finalmente proteger el equilibrio del mercado.

38.-Según el art. 52 bis  de la LDC, se encuentran legitimados para reclamar la multa civil, los consumidores, debiendo entenderse el término en un sentido amplio, comprendiendo a los usuarios y asociaciones de consumidores y usuarios.

39.-Atento lo dispuesto por el art. 52 bis de la LDC, que textualmente prescribe Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable de incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 , inc. b) de esta ley . En esa inteligencia, el actor, en cuanto consumidor, se encuentra legitimado para accionar, solicitando la imposición de la multa en contra de quien se presenta como productor, elaborador y distribuidor del producto en el mercado, producto defectuoso que habilita la acción resarcitoria, y lo legitima como accionado, ante el incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales.

40.-Respecto de la legitimación pasiva en materia de imposición del daño punitivo, hay que hacer una distinción: la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 40 establece la responsabilidad objetiva de toda la cadena de comercialización frente a la víctima. Así ésta puede reclamar la reparación al vendedor, al fabricante, al importador, al que pone la marca, etcétera. Pero en lo que hace al daño punitivo no puede existir responsabilidad objetiva, pues por definición es una pena privada en la que el factor de atribución es subjetivo y agravado.

41.-Es posible que en un mismo juicio, el consumidor reclame los daños sufridos a toda la cadena de comercialización, pero los daños punitivos sólo a un miembro de ella.

42.-El actor como consumidor final se encuentra legitimado a reclamar la aplicación de los daños punitivos a quien resultara ser el proveedor del producto defectuoso, encontrándose de tal forma válidamente constituida la litis.

43.-El daño que pueda causarse a los consumidores ha sido el fundamento de la adopción, primero a nivel jurisprudencial y luego legislativo, de los daños punitivos. Mucho se ha hablado de la culpa lucrativa, según la cual el fabricante, productor o proveedor del bien o servicio, realizando un cálculo de costos, y en el convencimiento de que su producto puede dañar, se convence de que aún pagando indemnizaciones por daños, tendrá una ganancia considerable que lo impulsa a continuar con su actividad, sin tomar recaudos o precauciones para evitar provocar dichos daños. Se trata de una actitud dolosa, o de una negligencia grave, que evidencia un total desprecio por el daño que se pueda causar ante el cálculo que efectúa y que le reditúa ganancias que superan con creces el monto de las indemnizaciones que eventualmente deba abonar por daños provocados a terceros consumidores.

44.-Nuestra ley 26361 se aparta de la postura restrictiva en materia de daños punitivos y postula que pueden imponerse los mismos al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor Al mencionar la norma no sólo las obligaciones contractuales sino también las legales, amplía el espectro de consumidores que pueden solicitar la imposición de estos

daños punitivos o multa civil, a los terceros consumidores, no contratantes.

45.-La indemnización por daños punitivos se justifica en el carácter de la conducta desplegada por el demandado y no en el daño inferido a la parte actora y respecto de la graduación del mismo, se ha entendido que depende de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, en referencia a la posición del dañador en el mercado, la cuantía del beneficio que hubiere obtenido con su accionar, el grado de intencionalidad, gravedad del riesgo, conducta reincidente y generalización de la falta.

46.-La ley de defensa del consumidor no establece criterios a seguir en lo que respecta a la relación que deba existir entre condena indemnizatoria o compensatoria y la punitiva.

47.-A la hora de cuantificar la condena por daños punitivos, se deben atender a las circunstancias o aristas que revista el caso, tales como ganancias o beneficios obtenidos con su conducta, la reprochabilidad de ésta y la situación económica del demandado, ya que su nivel o poderío económico debe guardar relación con el monto de la condena. No debe perderse de vista que esta sanción cumple una función, además de sancionatoria, disuasiva y ejemplificadora frente a otros productores de bienes o servicios y la ley remite en este punto de la determinación del monto, a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que es de una gran vaguedad e imprecisión.

48.-A los fines de evaluar la cuantía del daño punitivo reclamado al fabricante de la gaseosa en mal estado, estimado en la suma de dos millones de pesos, resulta relevante evaluar la conducta desplegada por el empresa productora de la gaseosa, los riesgos que de ella se derivan, el lucro indebidamente obtenido y su situación económica en el mercado consumidor.

49.-Ante la existencia de un elemento introducido en la botella de la gaseosa y su permanencia en la misma al ser ésta introducida en el mercado consumidor, no resulta suficiente la explicación del fabricante, quien se limitó a negar responsabilidad en el hecho, desplegando una actividad tendiente a probar que en el proceso de elaboración y embotellado del líquido cumple con todas las normas impuestas por el Código de Alimentación y los controles de calidad correspondientes. De lo contrario, no se puede sino concluir en que existen fallas, vicios en el proceso de limpieza de la botella, lo cual implica un grave riesgo para la salud de los consumidores, ya que permite vislumbrar la posibilidad de que dentro del envase se introduzcan elementos potencialmente nocivos. N.R.: Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen.

#### **Fallo:**

Córdoba, 23 de marzo de 2011.

Y VISTOS: Estos autos caratulados "TEIJEIRO Ó TEIGEIRO LUIS MARIANO C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. -ABREVIADOS- OTROS - 1639507/36" iniciados el 06-02-2009, de los que resulta que a fs. 1 comparece el Sr. Luis Mariano Teijeiro entablando formal demanda en contra de la firma Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. motivada en la compra de una botella de gaseosa de la marca "Pepsi" en la cual se encontró un envoltorio de gel íntimo para preservativos marca "Prime" , abierto y usado.

Reclama la entrega de un producto equivalente al defectuoso que adquirió, caso contrario la suma equivalente para adquirirlo en el mercado; la suma pesos Un mil quinientos (\$ 1500) en concepto de daño moral y por último la aplicación de la nueva figura del "daño punitivo", estimando por dicho rubro la suma de pesos dos millones (\$ 2.000.000).

Afirma que la pretensión se enmarca en una relación de consumo. Que le cabe el encuadramiento en el art. 1 de la ley 24.240 de defensa al consumidor, reformada por ley 23361, el que transcribe. Agrega que la accionada es un proveedor en los términos del art. 2 de dicho ordenamiento. Expone que el día 24 de octubre de 2008 compró una botella de la marca Pepsi en un kiosko de esta Ciudad. Que se trató de una botella de vidrio de 1,25 litros envase retornable, que al momento de abrirla advirtió que en su interior flotaba un cuerpo extraño, que al dejar la botella quieta el cuerpo empezó a subir a la superficie y se hizo plenamente visible, que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos "Prime", con un logo que expresa "aloe Vera" "gel íntimo" "contenido neto 1 gramo", con sus bordes oxidados. Señala que la tapa de la botella no ha sido abierta, alterada ni manipulada, que esta tapa en el plástico azul expresa "elaborado por Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. camino Jesús María Km. 6 Córdoba. Agrega que la tapa tiene un sello con una serie de numeros y letras " 8213L1112:36" y más abajo "P527/04/09". Afirma haber llamado al 0-800 de la empresa sin obtener una respuesta satisfactoria.

Manifiesta que la legitimación pasiva de la demandada resulta del art. 40 y 52 bis de la ley aludida, que establece la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de comercialización. Señala que la norma alude a las calidades de productor, distribuidor y proveedor, las cuales son ostentadas por la accionada.

Agrega que conforme las características del hecho, ésto solo pudo ocurrir por alguna falla de adentro de la elaboradora.

Manifiesta que en este caso tanto el transportista, como el comerciante minorista no están involucrados.

Asimismo expresa que conforme las características del hallazgo, ésto solo pudo ocurrir por una falla adentro de la elaboradora. Que por ello sería intrínsecamente injusto dirigirse contra el transportista de la botella (en caso de que el transporte sea efectuado por otra sociedad, extremo que no le consta) o bien al comerciante minorista. Afirma que ellos nada han tenido que ver. Que las características del hallazgo -cuerpo sólido adentro de un envase con tapa cerrada no adulterada- demuestran que el hecho sólo pudo ocurrir por una falla en los controles de higiene, bromatológicos y/o de calidad de la empresa demandada. Que lo más probable es que el gel íntimo haya sido introducido en el interior de la botella por alguien que la compró anteriormente y que los sistemas de limpieza de la empresa no lo hayan extraído. Afirma que la hipótesis de algún "sabotaje interno" - empleado que deliberadamente hubiera introducido dicho objeto en el envase, en modo alguno disminuye el reproche contra la demandada. Que lo importante no es si el gel íntimo ingresó en la botella afuera o adentro de la fábrica. Que tampoco es relevante si eso sucedió antes o después de que el envase fuera llenado con la gaseosa. Que el nudo es que ese elemento estaba cuando la botella fue tapada en las instalaciones de Cervecería Quilmes. Que lo crucial y dirimente es que esa botella jamás debió haber salido de la fábrica con esa asquerosidad adentro, que jamás debió ser introducida en el mercado. Que estamos, como mínimo, ante un absoluto y ostensible incumplimiento de las normas de control de calidad. Que se ha violado abiertamente el Código Alimentario y la ley de defensa de la competencia y que los derechos de los consumidores han sido vulnerados y ofendidos. Que ha sido absolutamente transgredida la manda legal contenida en el art. 5 de la ley de defensa al consumidor, la cual transcribe.

Afirma que un sobre usado de gel íntimo, cuya utilización se realiza al practicar relaciones sexuales puede contaminar la gaseosa y poner en riesgo la salud.

Sostiene que una de las principales pautas para cuantificar el daño punitivo es la capacidad de pago de la demandada ya que a mayor capacidad de pago, mayor debe ser la indemnización punitiva. Que no es lo mismo multar a un kiosquero que a una multinacional. Que una suma significativa para aquél será irrisoria para ésta. Que por ello los norteamericanos hablan de los deep pockets (bolsillos profundos) como parámetro básico a la hora de fijar el monto del castigo a la empresa que no ha cumplido con las pautas más elementales para con los consumidores. Sostiene que en su

propia página web la aquí demandada se jacta y publicita su poderío económico y su presencia en el mercado argentino. Acompaña impresa extracto de la página web de la empresa demandada. Transcribe párrafos textuales, que entiende sumamente reveladores y que exigen de mayores consideraciones, y transcribe asimismo los productos que produce, elabora, distribuye y comercializa en la Argentina.

A continuación detalla los rubros pretendidos, a saber: Reparación en especie: peticiona se condene a la demandada a entregarle un producto equivalente al defectuoso que adquirió o en su defecto la suma necesaria para adquirirlo. Se basa en lo dispuesto por el art. 10 bis inc. B de la ley de defensa al consumidor.

Sostiene que debe tenerse en cuenta que los créditos indemnizatorios -aún los surgidos de incumplimientos contractuales - tal como sucede en la especie - constituyen una obligación de valor y no una estrictamente dineraria. Daño moral: expresa que el hecho ha causado un daño moral in re ipsa, proveniente de la desagradable sorpresa de encontrar un objeto de semejantes características adentro de una botella que contenía líquido destinado a ser ingerido. Solicita que el tribunal se coloque en su lugar e imagine personalmente el asco y la repugnancia que habría experimentado en su situación. Que fue un evento sumamente desagradable, el cual no requiere prueba alguna, y que ha lesionado la confianza en una reconocidísima marca, la segunda en el mercado de gaseosas, luego de la "Coca Cola" . Afirma que si bien se trata de un daño moral de escasa entidad, igualmente debe ser indemnizado por el responsable, por el principio de reparación integral. Lo estima en la suma de pesos Un mil quinientos (\$ 1500.). Daño punitivo: Solicita se aplique al presente la importantísima reforma introducida por la ley 26361 como artículo 52 bis de la ley de defensa al consumidor, el cual transcribe.

Demanda por la suma de pesos dos millones (\$ 2000.000) .

A continuación realiza una exposición de los fundamentos del daño punitivo. Señala que el art.52 bis significa un profundo cambio de paradigma, que ahora los jueces civiles no sólo deben indagar el daño causado por el responsable sino que si el damnificado así lo solicita, deben castigar a los empresarios que hayan incumplido las obligaciones a su cargo, deben dictar sentencias ejemplificadoras a fin de "moralizar el mercado". Sostiene que el legislador ha partido de la premisa de que la justicia penal está colapsada y ha receptado el daño punitivo con el fin de estimular a los consumidores a denunciar los incumplimientos. Que con el daño punitivo los consumidores se convierten en " fiscales " de la ley, que de ahora en más pueden acudir a los jueces civiles a fin de demostrar los incumplimientos de las empresas y a fin de lograr que ellas sean castigadas. Que se trata de un mecanismo equilibrador del mercado, otorgando al más débil una poderosa herramienta. Que de esta manera el daño punitivo se torna en una herramienta más eficaz que las sanciones penales o administrativas.


Insiste en que la ratio legis de la nueva figura es que las empresas luego de la condena judicial, sean más cuidadosas y no actúen desaprensivamente. Que el afán de lucro no las lleve a aflojar o relajar los controles de calidad de los productos que salen de la fábrica y son colocadas en el mercado minorista. Que existe una finalidad preventiva que los jueces pueden y deben desempeñar. Que hay otro aspecto en que debe cambiar la mentalidad del juez y es que no debe centrar la mirada en el caso individual, sino que debe pensar en la repercusión de la sentencia que se dicte, en el fin social que ahora la ley adjudica a su resolución. Que lo que se busca es enviar un mensaje a las empresas, en el sentido de que aumente el riesgo de que los incumplimientos reciban una sanción judicial.

Que en otros supuestos, se ha entendido que los daños punitivos deben proceder en los casos donde la antijuridicidad ha sido significativa pero el daño ha sido de escasa entidad. Que se ha enfatizado que de no existir el daño punitivo, ese tipo de hechos quedarían impunes. (que nada impediría que la empresa reiterara esa antijuridicidad) que no habría ningún interesado en poner de resalto y en probar la transgresión. Que con el daño punitivo, " aumenta el riesgo de que la conducta sea





judicialmente sancionada" (transcribe autor y obra citada.) Afirma que antes de que el daño punitivo fuera concretado por una norma legal positiva, la inmensa mayoría de los civilistas argentinos más reputados (Mosset Iturraspe, Alterini, Lorenzetti, Zavala de Gonzalez, Pizarro, Trigo Represas) se pronunciaron a favor de su recepción. Que el legislador no ha hecho otra cosa que atender al reclamo de los autores que pusieron de manifiesto la justicia intrínseca de esta institución.

Cita artículos de doctrina, que avalan el daño punitivo, y que han sido antecedentes de la nueva ley, reveladores del consenso sobre la justicia intrínseca y eficacia moralizadora de la figura.

Sostiene que el tema fue abordado en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999), en donde, entre otras, se formularon recomendaciones, que transcribe. Sostiene que el renombre de los autores citados y el prestigio científico de las referidas jornadas de Derecho Civil, eximen de mayor defensa de la institución en sí. Que más allá de que la institución ya está receptada positivamente por el legislador, lo que quiere destacar es que antes de la sanción de la ley existía un marcado consenso sobre la justicia intrínseca y eficacia moralizadora de la figura y sobre la conveniencia de su consagración legislativa. Sostiene que el proyecto de Código Civil contemplaba la figura de una manera todavía más amplia, no sólo para las relaciones de consumo, sino que el art. 1.587 preveía este tipo de sanciones para cualquier sujeto que actuara " con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos". Que quedaban expuestos a recibir esta sanción situaciones tales como violación de los derechos intelectuales, contaminación del ambiente, competencia desleal entre empresas, acoso laboral, etc. Cita y transcribe doctrina.


Afirma que en el caso que nos ocupa se cumplen todos los requisitos legales y doctrinarios para la aplicación de la sanción perseguida, así enumera los siguientes:

a) Grave incumplimiento ya que fallaron los controles de calidad, y la botella con el objeto aludido ingresó al mercado, lo que jamás debió suceder.

b) Violación de obligaciones legales, incluso de rango constitucional (art. 42 de la CN), art. 5 de la ley de Defensa al consumidor, y se ha violado el Código Alimentario.

c) Mercado menosprecio al derecho del consumidor, ya que no están hablando de un objeto pequeño o que pueda ser aséptico desde el punto de vista bromatológico. Que se trata de un sobre plateado, que brilla y resalta ante un líquido oscuro como el de la gaseosa cola. Que además se trata de un elemento que las personas usan cuando tienen relaciones sexuales, de algo que se emplea al momento de colocarse un preservativo en el pene, lo cual aumenta la antijuridicidad y reprochabilidad. Que la reprochabilidad aumenta porque se está hablando de un producto destinado a ser ingerido, a ser bebido, a ingresar al organismo del consumidor. Afirma que en los envases de bebidas cuyo destino es ser ingeridas, el control debe ser mucho mayor

d) la demandada ha puesto en riesgo la salud

e) La conducta es más reprochable para una empresa tan prestigiosa. Señala la regla contenida en el art. 902 del C.C.f) La sentencia debe reflejar la desaprobación social frente a hechos de esta naturaleza, debiendo dictarse un pronunciamiento ejemplificador, que cumpla una función de prevención especial (que la empresa en cuestión no vuelva a cometer un hecho de igual naturaleza) y general (que la sentencia a dictarse sea docente y llegue a otras empresas incentivándolas para que no haya fallas en los controles).

En cuanto al monto pretendido, señala que la ley habilita a reclamar una multa de \$1 a \$ 5.000.000, (cinco millones) con lo cual el monto reclamado de \$ 2.000.000 (dos millones) representa menos de la mitad de la escala. Afirma que distinto sería si estuvieran hablando de un gel íntimo encontrado dentro de una botella de cerveza artesanal elaborada por una pequeña empresa familiar, que si bien la antijuridicidad sería igualmente grave (que ninguna empresa puede

despachar un producto en tales condiciones) lo cierto es que la magnitud de la multa en ese caso debería ser prudente. Que en esa hipótesis una suma relativamente moderada podría cumplir cabalmente con la finalidad legal (atento la capacidad de pago de la pequeña empresa). Se pregunta cuánto puede incidir la suma de pesos.

Dos millones en las ganancias anuales de una empresa como Cervecería Quilmes, que incluso, es miembro del Holding Internacional InBev, el más poderoso del mundo en el rubro bebidas. Afirma que una suma inferior sería irrisoria para la demandada.

Ofrece prueba Documental y acompaña el envase que motiva el presente en un envoltorio de seguridad, con medidas para evitar su deterioro y adulteración. Hace reserva del Caso Federal.

A fs. 12 se imprime trámite abreviado a los presentes.

A fs. 20 comparece la Dra. Mariana Miseta en el carácter de apoderada de la accionada solicitando participación de ley. A fs. 80 comparece la apoderada de la accionada junto con el Dr. Gustavo Viramonte (H) en el mismo carácter y evacúan el traslado de la demanda, solicitando su rechazo, con especial imposición de costas. En primer lugar, niegan todos y cada uno de los hechos denunciados por el actor en su demanda, como también el derecho invocado. Niegan que el actor revista el carácter de "consumidor" y destinatario final en los términos de la norma que transcribe, ya que no ha acompañado constancia que acredite la adquisición del producto, ni ha ofrecido prueba sobre su medio de vida, caducando su posibilidad de hacerlo, atento el trámite impreso a la presente causa, lo que determina su falencia a fin de demostrar su legitimación activa.

Niegan que se haya establecido entre el actor y su representada una relación de consumo, tutelada por la ley 24240, y que le asista a la misma el beneficio de justicia gratuita consagrado en la LDC. Por ello peticionan que al dictar sentencia se lo condene al pago de tasas y aporte correspondientes.

Niegan que el actor haya comprado en la fecha la botella descrita en un kiosko de esta ciudad y las demás circunstancias fácticas alegadas en la demanda. Resaltan conforme dichos del actor, que la misma nunca fue consumida.

Niegan que el elemento existente en el interior de la botella sea un gel íntimo para preservativos con los demás características denunciadas. Niegan que el elemento haya sido usado, abierto y/o cerrado.

Aseveran que dicho envoltorio jamás puede ser contaminante o riesgoso para la salud, ya que es público y notorio que esta destinado a ser consumido por millones de personas en sus relaciones sexuales.

Niegan, por no constarles, que los bordes del elemento estén oxidados por la pretendida acción corrosiva de la gaseosa, que la botella esté cerrada, inalterada y no manipulada, y que el 0-800 de su representada no diera respuesta al actor.

Afirman que, según las constancias informáticas del sistema de 0-800, el actor se comunicó recién con fecha 23-12-2008 y al ser requerido de los datos de la botella y verificación solicitó un ofrecimiento "porque sino iría a los medios", afirman que ello sumado a los meses transcurridos desde la fecha en la que el actor afirma haber adquirido la botella y la comunicación telefónica, denotan que no fue tan profundo el asco que manifiesta haber experimentado.

Niegan la responsabilidad atribuida por el actor a su representada, niegan que la misma haya incurrido en incumplimiento legal o contractual.

Niegan lo afirmado por el actor en orden a la exoneración de responsabilidad del transportista o

comerciante minorista, en virtud de que a su criterio ellos no han tenido nada que ver. Sostienen que esto trasluce que al actor no le interesa acreditar la calidad de consumidor, ya que al menos debió individualizar el kiosco en el cual adquirió la botella, y así también preservar el derecho de defensa de CMQ.

Que el fin del actor ha sido litigar contra una única parte, cuya solvencia patrimonial nadie duda.

Niegan que el elemento y supuesto hallazgo invocado por el actor, constituya un hecho grave, imputable y reprochable a C.M.Q. Niegan que existan fallas en los controles de higiene, bromatológicos y/o de calidad. Niegan que las aludidas falencias sean atribuibles a defectos, desperfectos ni vicios de elaboración, embotellamiento, envasado ni de seguridad y calidad alimentaria de C.M.Q. Afirman que ésta observa los más altos y sofisticados patrones y controles de calidad y seguridad alimentaria.

Niegan las conjeturas formuladas por el actor, niegan que la botella haya sido comprada con anterioridad y que los sistemas de limpieza no hayan extraído el elemento encontrado en la botella.

Niegan la hipótesis de sabotaje interno. Afirman que en modo alguno el hallazgo habido en la botella pueda serle imputado a su representada.

Que es pública y notoria la envergadura económica de CMQ, pero sin embargo niegan que tal extremo resulte una pauta para justificar la pretensión de daños punitivos planteada. Remarcan que su representada no se jacta ni publicita su poderío económico, simplemente se enorgullece de ser una gran empresa con 118 años de antigüedad, que invierte en el país, siendo a su vez una de las mayores empleadoras privadas del mismo. Disienten con las apreciaciones del actor, sosteniendo que el orgullo no es jactancia.

Señalan que de la propia página web, que dejan ofrecida como prueba, y a la que toda persona tiene acceso, surge toda la labor a nivel de responsabilidad social empresaria, los programas educativos, las campañas masivas de consumo responsable, las relaciones con la comunidad, y las actividades de la empresa en gestión ambiental, seguridad industrial, y promoción de salud. Adjunta impresiones de la página aludida.

Niegan los rubros y los importes pretendidos. Niegan que el pretendido daño moral surja in re ipsa de los hechos descritos, y que las molestias derivadas del asco que el actor expresa haber tenido, lo que niegan, pueda trasuntar en una modificación disvaliosa del espíritu, apta para generarle un daño moral.

Niegan que el supuesto hecho haya lesionado la confianza del actor en la marca, ya que de ser así no hubiere reclamado la reparación en especie que pretende en este proceso, la cual también rechazan y ofrecen a título de donación y no de reparación una botella de similares características, dejándola a disposición en el tribunal, por lo cual sostienen que el planteo en este punto se torna abstracto. Sostienen que la afirmación del actor, atribuyendo a CMQ incumplimientos contractuales, deja en evidencia que no reviste la calidad de consumidor. Afirman que su representada no comercializa en forma directa con el público sus productos, sostiene que éstos llegan al mismo a través de una cadena de comercialización intermedia, (comercios mayoristas, minoristas) que son los que por su cuenta y riesgo venden dichos productos. Esto revela que Teijeiro no reviste la calidad de consumidor, ya que jamás CMQ celebra contratos de venta de gaseosas con consumidores.

Afirma que tales términos no resultan calificables como un simple error material, ya que el elevado rigor científico de la demanda revela a las claras el amplio dominio dogmático de la materia. Niegan que el elemento existente en la botella haya ingresado afuera y/o dentro de la fábrica, que haya ingresado antes o después del llenado y que haya estado en la botella cuando esta fue tapada

en la planta de CMQ y que saliera en estas condiciones de la elaboradora.

Niegan que CMQ sea responsable de que la botella haya llegado al mercado con el elemento encontrado dentro de la misma. Niegan que su representada haya incumplido las normas de control de calidad, haya violado el Código Alimentario (cuya autoridad de aplicación es el poder ejecutivo) y la ley de defensa de la competencia, niegan que su representada haya vulnerado los derechos de los consumidores y ofendidos y menos los del actor, cuya calidad de consumidor y ofendido han rechazado. Afirman que la utilización de las vías legales planteadas refleja un ejercicio abusivo y por ende irregular de los derechos consagrados en la L.D.C., buscando obtener una injustificada y desmesurada suma de dinero, que en el improbable caso de ser acogida, cualquiera sea su extensión, trasuntaría en un arbitrario enriquecimiento sin causa.

Niegan que se haya configurado antijuridicidad y reprochabilidad alguna imputable a C.M.Q. Niegan que CMQ haya puesto, ni siquiera hipotéticamente, en riesgo la salud del actor. Señalan que es el mismo actor el que reconoce sus fundamentos como hipotéticos, lo que origina que el supuesto daño también sea hipotético e irreal.

Resaltan que ninguna persona ingirió el contenido de la botella, sosteniendo la inocuidad del gel aludido, que esta hecho a base de agua, aloe vera y caléndula, todas sustancias inocuas. Adjuntan extracto de la pagina web de Prime. Niegan que resulte aplicable el art. 902 del C.C. Rechazan y disienten con el actor respecto de la diferencia entre los controles bromatológicos de un pequeño productor a los de una empresa multinacional. Sostienen que el criterio debe ser inverso, ya que esta última cuenta con tecnología de última generación, lo cual difícilmente observe un pequeño productor, con el riesgo que ello conlleva.

Niegan, impugnan y rechazan no sólo la pretensión de daños punitivos, sino también el irrazonable, injustificado, abusivo y desmesurado importe pretendido por este concepto. Remarcan que la magnitud económica de C.M.Q. en modo alguno justifica que deba transferir parte de su patrimonio al actor, sin causa alguna que lo justifique. Por último impugnan la documental acompañada a la demanda, negando su autenticidad y veracidad.

Oponen la defensa de fondo de falta de acción respecto de la demanda deducida por el actor. Afirman que las circunstancias que sostiene el actor, ya negadas, en modo alguno resultan imputables a CMQ dado que resulta material, física y químicamente imposible que en el proceso de elaboración, envasado y embotellado de gaseosas se filtre elemento extraño alguno que pueda ingresar en las botellas, que el elemento que motiva este proceso no constituye un vicio o falla atribuible a su representada, negando asimismo que este resulte lesivo ni riesgoso para la salud.

Ponen de relieve que todo los envases de vidrio que ingresan a la planta de CMQ son meticulosamente higienizados mediante equipos de alta tecnología utilizando soluciones de limpieza y desinfección a altas temperaturas, que luego las botellas son sometidas a diferentes controles de inspección, para luego continuar a través de cintas hacia la máquina llenadora, que luego se efectúa el tapado y finalmente el etiquetado.

Sostienen que la elaboración de la gaseosa se realiza con un equipo denominado mixer, de varios tanques donde se mezcla y produce el jarabe, que es conducido a la llenadora por medio de cañerías. Señalan que tanto tanques como cañerías son de acero inoxidable y que en ninguna de dichas etapas entra el producto en contacto con personal de la empresa dado que todo el proceso está íntegramente automatizado.

Remarcan que CMQ ha certificado todo el proceso de elaboración y envasado bajo los parámetros de seguridad alimentaria e inocuidad de Lloyds Register lo que asegura que desde la materia prima hasta el producto final, esté asegurado, impidiendo que existan situaciones riesgosas o dañinas para la salud. Afirman que el hecho denunciado por el actor es ajeno a CMQ, por lo cual ésta no resulta responsable.

Ausencia de daño moral: Niegan que el supuesto hecho tenga relación de causalidad adecuada para infringir al actor "daño moral". Sostienen que la reparación de este daño exige la presencia de una aflicción seria y no tan sólo de molestias o inconvenientes, ya que no ha sido dispuesta para engrosar la indemnización por el menoscabo patrimonial. Citan jurisprudencia en este sentido.

Afirman que debe constituir una lesión, de razonable envergadura, producida al equilibrio espiritual que la ley tutela.

Remarcan que la supuesta botella nunca fue abierta ni consumida, con lo cual el hecho no supera el valladar de una molestia no indemnizable.

Citan jurisprudencia que rechaza reclamos similares al de autos.

Por último solicitan el rechazo de la suma reclamada, con costas al actor.

A continuación encaran el rubro reclamado del "daño punitivo", transcriben los conceptos vertidos por la doctrina y la jurisprudencia de Estados Unidos, país que ha hecho el mayor aporte tanto doctrinario como jurisprudencial en este tema.

Así lo definen como "multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia". Señalan que la finalidad del instituto es de castigo y prevención.

Que el daño punitivo no es una indemnización y posee una naturaleza accesoria, pues constituye un plus a la indemnización por los daños ciertos sufridos. Sostienen que el daño punitivo no tiene vida por sí mismo, que no existe una acción autónoma para reclamar el mismo, que deben reclamarse dentro de la acción de daños y perjuicios, y que la circunstancia de la conducta temeraria, dolosa intencional y agravante del demandado es lo que justifica su imposición.

Sostienen que es un instituto de procedencia excepcional, que la nota tipificante reside en el elemento subjetivo, que debe ser agravado, ya que la mera negligencia no es suficiente para imponerlos.

Afirman que en relación a este punto disienten con la postura sostenida por el abogado patrocinante del actor y la prestigiosa Dra. Matilde Zavala de Gonzalez, en cuanto señalan que no es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica con el hecho perjudicial, bastando una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social. Señalan conforme lo sostenido por el Dr. Edgardo Lopez Herrera que funciona exactamente al revés, es la subjetividad vista desde un punto de vista de rechazo social la que hace procedente estos daños, y radica su importancia en la posibilidad que tuvo el sujeto de prevenir el hecho.

Afirman que no existiendo en el caso conducta subjetiva y agravada, no puede tener cabida la sanción requerida.

A continuación relatan los casos mas resonantes de aplicación de este instituto en los Estados Unidos, a fin de evidenciar la irrazonabilidad del planteo y lo exorbitante de la cuantificación pretendida. Expresan que de ellos se concluye que sólo se han receptado casos extremos, graves y con daños ciertos enormes. Seguidamente analizan e interpretan el art. 52 bis de la LDC, manifestando la improcedencia en su aplicación al caso de marras. Expresan que el artículo señala que es necesario para la procedencia de los daños punitivos la configuración de incumplimientos legales o contractuales, que sin embargo tal circunstancia no es suficiente para derivar en su aplicación. Expresan que sin incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño, que es lo que sucede generalmente. En consecuencia concluyen en que no

existiendo en este proceso daños ciertos, y no habiendo CMQ incurrido en ningún incumplimiento legal ni contractual y mucho menos ninguna conducta temeraria, grave, ni dolosa agravada, la pretensión de daños punitivos resulta improcedente e infundada.

Asimismo afirman que de lo expuesto se desprende que la exagerada cuantificación excede toda razonabilidad e incurre en una plus petición inaceptable. Plantean excepción de plus petición por las razones expuestas.

Ofrecen prueba Documental-Instrumental, Pericial, Testimonial, Informativa. Hacen reserva del Caso Federal.

A fs. 150 toma intervención la Sra.Fiscal Civil, Comercial y Laboral de 1ra. Nominación, y emite dictámen, el cual se encuentra glosado a fs. 550/552.

A fs. 170 se provee a la prueba ofrecida por las partes. Diligenciada la misma y vencido el período respectivo, se dicta el decreto de autos. Firme y consentido el mismo queda la causa en estado de resolver.

#### Y CONSIDERANDO:

1)Que interpone el actor, Sr. Luis Mariano Teijeiro, formal demanda ordinaria tendiente al resarcimiento de los daños y perjuicios que dice haber sufrido cuando, el veinticuatro de Octubre de dos mil ocho, al comprar una botella de la marca "Pepsi" en un kiosco de esta ciudad - botella de vidrio de 1,25 litros, envase retornable - advierte que en su interior flotaba un cuerpo extraño. Expresa que al dejar la botella en reposo, el cuerpo comenzó a subir, haciéndose plenamente visible al llegar a la superficie, observando en ese momento que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos Prime. Lo describe como un envoltorio que en su anverso reza "Prime" y luego tiene un logo que expresa "aloe vera", "gel íntimo", con sus bordes oxigados, probablemente por la acción corrosiva de los componentes de la gaseosa. Reclama a la empresa Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. como productora, distribuidora y proveedora del producto que describe como defectuoso, alegando la existencia de una falla en la elaboración del mismo, sólo imputable a la empresa demandada. Reclama la reparación en especie, consistente en la entrega de un producto equivalente al defectuoso que adquiriera o la suma necesaria para si Cola), el que resume en las siguientes etapas: 1)Obtención y tratamiento del agua, describe que se trata de agua de pozo, potable y sometida a un proceso de purificación, que también describe. 2)Preparación de los jarabes: el que se realiza según lo regulado en el art.986 del Código Alimentario Argentino, utilizándose agua potable, se realiza el preparado en locales separados de la sala de embotellado, donde las condiciones de higiene, orden y seguridad de estos locales cumplen con lo exigido por ley, realizándose controles Físicoquímicos y Microbiológicos de cada lote. 3) Preparación y lavado de los envases: informa que esta etapa comienza con el tratamiento de las botellas vacías que ingresan a la planta dispuestas en cajoneres de plásticos, que estos cajones se dirigen a una máquina desencajonadora automática, que despacha (ref:leg4020.las botellas en una cinta transportadora que las traslada a las máquinas lavadoras, que en ellas son lavadas las botellas con agua caliente y a presión y con soluciones limpiadoras autorizadas por la autoridad sanitaria competente, y posteriormene son enjuagadas con agua potable. Que a la salida de la máquina lavadora se realizan controles permanentes para verificar el correcto estado de los envases, descartándose aquellos defectuosos. Continúa expresando que las botellas lavadas, son transportadas por medio de cinta transportadora hasta un equipo electrónico llamado " inspector de botellas" cuyo objetivo es detectar algún defecto en la botella y/o cualquier elemento extraño que pudiese quedar alojado dentro de la botella, que por pequeño que éste sea, el equipo aparta automáticamente la botella objetada, trasladándola a una segunda cinta transportadora que la deriva a su descarte. Que desde una consola de mando pueden observarse ampliadas las no conformidades, mientras la botella es automáticamente rechazada en la línea de producción. Aclara que en ese punto realizó una prueba, se retiró una botella lavada de la cinta, se le introdujo un trozo de papel color blanco de 1cm x 1 cm., y se la volvió a colocar sobre la cinta antes del

Inspector de botellas, y que su resultado fue la detección y rechazo automático de la botella. Termina diciendo que las botellas que superan este control ingresan luego a la máquina embotelladora por medio de una cinta transportadora.4)Llenado de los envases, describe minuciosamente este proceso, durante el cual se realizan en forma permanente auditorías del laboratorio central de la planta. Manifiesta que las botellas pasan por un equipo controlador de nivel, que las que no superan el nivel de llenado, son descartadas, desviándose a otra cinta transportadora. Finalmente describe el paletizado y stockeado de los cajones. A continuación sostiene que pudo comprobar en CMQ una serie de medidas en relación al control y verificación del contenido y calidad de los productos que se envasan y luego se comercializan: alta tecnología de primer nivel mundial, meticulosidad en el cumplimiento de las normativas de Calidad, Seguridad, Higiene y Medio Ambiente, controles físicoquímicos y microbiológicos, equipos automatizados, sistema de aseguramiento de la calidad vigentes a nivel internacional. Considera que las medidas descriptas son adecuadas para un estricto control de calidad del producto y responden a las normativas vigentes (CAA) y al standard internacional. Agrega que el establecimiento se rige y se monitorea on-line según normas internacionales a través de la Estructura Central Corporativa de la Compañía Certificada por ISO 9000. Que el organismo que certificó a este establecimiento es el " National Accreditation of certification bodies", un organismo internacional de acreditación. Según datos que le proporcionan, el total de botellas producidas ronda los ochocientos millones de envases por año. Finalmente se expide en el sentido de que " dada las instalaciones, la tecnología y los controles de calidad aplicados por CMQ, " es prácticamente imposible" que se envasen botellas con elementos extraños a la gaseosa, cualquiera sea la marca, incluida la Pepsi". Se advierte que no se ha presentado pericia en disidencia, razón por la cual y ante la falta de impugnación ni prueba que la contradiga, deben ser debidamente valoradas las conclusiones expuestas. De las mismas se extrae que, confirmando las declaraciones testimoniales, la planta observa los controles de calidad adecuados y requeridos a nivel internacional, utilizando en los procesos, tanto de elaboración del líquido, como del de lavado y llenado de los envases, las reglas legales impuestas por el Código Alimentario y demás disposiciones aplicables en la materia y la planta se halla acreditada de HACCP (Análisis de Riesgos y puntos críticos de Control). A fs. 251 obra informe expedido por Lloyds Register, empresa que ante la pregunta sobre si ha certificado a Quilmes en las normas de HACCP, de control de puntos críticos de producción y de todos los riesgos, sostiene que no ha certificado a Cervecería y Maltería Quilmes SAICA Y G en HACCP., que ha certificado el sistema de análisis de peligros para la seguridad alimentaria (HACCP) en la producción de algunos de los productos en algunas de las plantas de la Quilmes. Agrega que debido a que no cuentan con más información, no pueden suministrar más detalles como por ejemplo, respecto de qué productos se ha certificado información, etc., que para determinar el alcance de la certificación, necesitan conocer de qué producto se trata y en qué planta fue elaborado y tener acceso al certificado correspondiente. Con posterioridad, a fs. 544/546, obra agregado informe presentado por la misma firma Lloyds Register que manifiesta que ha certificado el sistema HACCP de la planta Córdoba de Cervecería y Maltería Quilmes SAICAY G., según el Codex Alimentarius Annex to CAC/RCP 1-1969 Rev. 4 (2003). Agrega que la aprobación quedó asentada mediante el certificado N SQA 702135, emitido el 29 de diciembre de 2006 y con fecha de caducidad el 28 de diciembre de 2009, así como mediante el certificado Nro. SAC 702135 emitido el 29 de diciembre de 2009 y con fecha de caducidad el 28 de diciembre de 2012. Informa que los puntos críticos de producción controlados y que determinan el alcance de la certificación conciernen a la " Fabricación y Envasado de Bebidas sin Alcohol y Agua Gasificada" para lo cual se utiliza una metodología propuesta por el mencionado Codex Alimentarius y la información científica y técnica que tenga disponible Quilmes, que permite controlar riesgos para la salud del consumidor. Describe y define a continuación lo que es el Codex Alimentario. Del análisis integral de la prueba producida por la demandada, se llega a la conclusión de que la empresa demandada cumpliría con todas las reglas de control de calidad impuestas por las normas legales en la materia, teniendo asimismo la certificación correspondiente del sistema HACCP, que permite identificar peligros específicos y medidas para su control con el fin de garantizar la inocuidad de los alimentos. Es decir, la prueba avala la postura defensiva de la demandada en cuanto niega negligencia en el proceso de elaboración del producto y en el lavado de envases de vidrio, como el que diera origen al presente proceso. Sin embargo, no puede soslayarse que, frente a prueba que aparece como concluyente, se presenta otra, que resulta incontrovertible, y es el

producto defectuoso incorporado al mercado consumidor, consistente en la botella reservada en el tribunal. Al respecto es de destacar la conducta procesal asumida por la demandada, quien se limita a negar el hecho, a negar que la botella, con el elemento que contiene en su interior, haya salido de la fábrica en ese estado, sin dar explicación alguna al respecto. Es decir, la prueba incorporada referida a la diligencia puesta por la empresa en el proceso de producción, observando las reglas correspondientes, realizando los controles respectivos, utilizando máquinas de última generación, capacitando a sus empleados, contrasta con el hecho incontrovertible, con la evidencia que obra reservada en el tribunal y que consiste en una botella de gaseosa marca Pepsi, con tapa cerrada, no adulterada, cuya elaboración no niega la demandada, que contiene en su interior un elemento extraño, consistente en un sobre color plateado de la marca de preservativos "Prime". La ausencia de explicación seria y válida por parte de la demandada, su postura de negar el hecho, sin dar satisfacción en cuanto a la forma en que entiende puede haber sucedido aquel, no obstante encontrarse en condiciones de hacerlo, por ser justamente el fabricante del producto, me llevan a concluir en que, no obstante la prueba a que hiciera referencia y la valoración que cabría hacer de la misma, ha existido en el proceso de llenado de los envases de vidrio retornable, una falla que a mi entender implica una negligencia que califico de grave. Sin lugar a dudas ha habido en la cadena de producción (quizás más concretamente en el lavado de las botellas retornables) una falla que implica o denota una negligencia que entiendo grave. Frente al reclamo por daños punitivos, encontrándonos en el campo de la responsabilidad subjetiva, se requiere la prueba de la negligencia del fabricante, difícil de probar, estando por ende obligadas las partes litigantes a contribuir al esclarecimiento de lo que realmente sucedió, sobre todo aquella parte que, conforme el principio de la carga dinámica de la prueba, se encuentra en mejores condiciones de hacerlo. El daño punitivo es una multa o pena privada, siendo el factor de atribución subjetivo y agravado. En este caso particular, la demandada se ha empeñado en probar la seguridad del producto, sin que su fatiga probatoria se encaminara a dar una explicación satisfactoria de la causa de la puesta en el mercado de un producto defectuoso. Ello nos lleva al convencimiento de que existió una falla y que la falta de limpieza adecuada posibilitó que se introdujera y permaneciera en el interior de la botella, puesta en el mercado de consumo, un elemento que puede o no ser nocivo para la salud. Atento no haber sido abierta la botella, este punto, es decir si el elemento es perjudicial o no para la salud del consumidor, no se encuentra en discusión, ni ha sido motivo de debate. Sin embargo, me pregunto si no podría suceder que se filtrara o introdujera en una botella un elemento claramente nocivo para la salud de una persona y que debido a su deficiente lavado llegara con aquel en su interior, con el consiguiente daño potencial para el eventual consumidor. Es decir, un deficiente lavado de un envase retornable, implica una conducta, por parte de la embotelladora, absolutamente negligente y que potencia la posibilidad de producir daño, al no existir un control estricto de lo que lleva dentro el producto que se introduce luego en el mercado de consumo. De tal forma, se permite o posibilita la existencia, como en el caso que nos ocupa, de elementos extraños que, reitero, podrían ser eventualmente nocivos para la salud del consumidor. Es por ello que considero justificada la pretensión del actor en cuanto a la imposición de una multa que tenga el efecto de prevenir daños, disuadiendo conductas ilícitas, antijurídicas, futuras. Si bien, no puede hablarse de malicia, ni fraude, considero que ha existido una negligencia culpable que demuestra indiferencia por los intereses ajenos y que permite calificarla de grosera. Esta conducta se ha manifestado asimismo en la actitud procesal de negar el hecho, sin dar satisfacción alguna a la actora, en cuanto a explicar la causa de tamaña infracción, demostrando total indiferencia por las consecuencias de una conducta que a todas luces aparece como negligente o desaprensiva y reñida con las claras disposiciones legales de protección a los derechos del consumidor.

Una vez determinada la procedencia de la aplicación de los daños punitivos, surge el serio problema de determinar el monto de los mismos. El actor reclama la suma de pesos Dos millones, a la que se opone terminantemente la parte demandada, entendiéndolo que la misma "excede toda razonabilidad, incurriendo en una inaceptable pluspetición.". Es importante dejar establecido, en este punto, que la indemnización por daños punitivos se justifica en el carácter de la conducta desplegada por el demandado y no en el daño inferido a la parte actora. Respecto de la graduación se ha entendido que depende de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, en referencia a la posición del dañador en el mercado, la cuantía del beneficio que hubiere obtenido



con su accionar, el grado de intencionalidad, gravedad del riesgo, conducta reincidente y generalización de la falta. La ley no establece criterios a seguir en lo que respecta a la relación que deba existir entre condena indemnizatoria o compensatoria y la punitiva. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en " State Farm v. Campbell " determinó que " rara vez una condena punitiva que sea diez veces más grande que una compensatoria será razonable y por ende no violatoria del debido proceso. Es decir, que bien podría el juez imponer una condena que sea, por ejemplo, el 20% de la condena compensatoria o común, o del doble o el triple. El único límite que la ley le ha puesto es el valor de la infracción del art. 47, inc.b, que se fija en \$ 5.000.000". (Lopez Herrera. Ob. Cit. Pág.369). A la hora de cuantificar la condena por daños punitivos, se deben atender a las circunstancias o aristas que revista el caso, tales como ganancias o beneficios obtenidos con su conducta, la reprochabilidad de ésta y la situación económica del demandado, ya que su nivel o poderío económico debe guardar relación con el monto de la condena. No debe perderse de vista que esta sanción cumple una función, además de sancionatoria, disuasiva y ejemplificadora frente a otros productores de bienes o servicios. La ley remite en este punto de la determinación del monto, a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que es de una gran vaguedad e imprecisión. Al respecto se ha entendido que frente a tal imprecisión, deben tenerse en cuenta las pautas que determina el art. 49 LDC, cuando establece la graduación de las sanciones administrativas que prevé el art. 47, debiendo tenerse en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, y las demás circunstancias relevantes del caso. Cabe analizar, a las luz de las pautas mencionadas, el monto reclamado en concepto de multa civil, de pesos Dos millones. Entiendo al respecto, que en el caso que nos ocupa resulta relevante evaluar la conducta desplegada por el empresa productora de la gaseosa, los riesgos que de ella se derivan, el lucro indebidamente obtenido y su situación económica en el mercado consumidor. Respecto a la conducta, ya me he pronunciado sobre su reprochabilidad, atento negar responsabilidad en el hecho, negar que el elemento haya ingresado afuera o adentro de la fábrica, que haya ingresado antes o después del llenado del envase y que haya estado en el envase al tapado de la botella. Es importante destacar que según certifica el tribunal y corrobora el perito oficial, la botella se encuentra cerrada, " tapa rosca cerrada de fábrica con número de identificación.". No obstante esta evidencia, la empresa se limita a negar responsabilidad en el hecho y despliega actividad tendiente a probar que en el proceso de elaboración y embotellado del líquido cumple con todas las normas impuestas por el Código de Alimentación y los controles de calidad correspondientes. Sin duda, no resulta suficiente, se impone una explicación que satisfaga y aclare el origen, la causa de la existencia del elemento introducido en la botella y su permanencia en la misma al ser ésta introducida en el mercado consumidor. De lo contrario, no se puede sino concluir en que existen fallas, vicios en el proceso de limpieza de la botella, lo cual implica un grave riesgo para la salud de los consumidores, ya que permite vislumbrar la posibilidad de que dentro del envase se introduzcan elementos potencialmente nocivos. Se trata de botellas que contienen un líquido destinado a ser ingerido, por lo que se deben extremar los recaudos destinados a evitar defectos que puedan ser potencialmente nocivos para la salud de los consumidores. La ausencia de explicación racional alguna, que se impone ante la evidencia del producto defectuoso y ante el reconocimiento por parte de la empresa de producir y elaborar esta gaseosa Pepsi, a mi entender, supone una postura de indiferencia o desinterés por el derecho de los terceros consumidores o usuarios de los productos por ella introducidos en el mercado. Esta indiferencia unida a lo que entiendo es una prueba terminante de que la actividad que despliega la empresa en el proceso de elaboración de la gaseosa y su embotellamiento, contiene fallas, vicios, concretamente en el lavado de las botellas retornables, ameritan calificar su conducta como de una negligencia grosera, desaprensiva y culposa. Establecida la negligencia en el control de calidad del proceso, el lucro indebidamente obtenido está constituido, sin dudas, por el ahorro en costos de producción, al evadirse controles necesarios para evitar vulnerar derechos ajenos. En cuanto a la posición económica de la empresa CMQ en el mercado, es por todos conocida, en cuanto a su importancia en la comercialización de los productos que elabora. La propia empresa en su contestación de demanda reconoce su " envergadura económica" se " enorgullece de ser una gran empresa de 118 años de antigüedad que invierte y apuesta fuertemente en el país, con gran

protagonismo en el mercado, siendo a su vez una de las mayores empleadoras privadas del país", aunque sostiene que la suma reclamada es irrazonable e injustificada. Atento ser una de las pautas a considerar, en la determinación del monto de esta multa, la parte actora ofrece prueba tendiente a acreditar el nivel económico de la Cervecería Quilmes, consistente en declaraciones juradas de impuesto a las ganancias correspondientes a los años dos mil ocho y siguientes, y copias de balances (estado de resultados) certificados por el Concejo de Ciencias Económicas, correspondientes a los años dos mil ocho y siguientes, donde constan tanto la ganancia bruta como la neta de cada ejercicio. Si bien el tribunal proveyó a esta prueba favorablemente, designando audiencia a los fines de la exhibición de dicha documental, ante la oposición de la demandada, quien recurriera el decreto, el tribunal lo revocó por resolución que quedó firme. En esta resolución se meritó la prohibición legal de exigir en juicio la exhibición de las declaraciones juradas que se presentan ante la AFIP, salvo renuncia expresa del interesado (Según jurisprudencia de la C.S.J.N.) y respecto de las copias de los balances la prohibición legal de trasladarlos al lugar del juicio, cuando se hallaren fuera de la residencia del tribunal. La férrea oposición de la demandada unida a la prohibición legal, impidieron la producción de una prueba que resultaba determinante de la capacidad y poderío económico de la empresa, aunque, como ya se expresara, y se encuentra reconocido por la misma, es de gran importancia en el mercado consumidor. Esta carencia probatoria me impide justificar una disminución en el monto solicitado de pesos dos millones, que según la demandada resulta irrazonable por excesivo. No encuentro parámetro que me indique que el monto reclamado, es realmente injustificado y exagerado. Alega la demandada que existe plus petición, sin embargo no da razones ni acompaña prueba tendiente a acreditar sus dichos y por el contrario se opone a su producción. En definitiva y no encontrando razones suficientes que justifiquen apartarme de la suma reclamada, entiendo la misma procedente, y ese sentido me pronuncio. A mérito de lo expuesto deberá condenarse a la empresa demandada a abonar al actor la suma de pesos Dos millones en concepto de daños punitivos. El argumento de la demandada referido a que en caso de hacerse lugar al reclamo existiría un enriquecimiento sin causa a favor del actor, no resiste el menor análisis, ya que la procedencia de la condena a favor del consumidor surge de la clara disposición del art. 52 bis L.D.C. La ley es terminante al respecto, no obstante que existen posturas doctrinarias encontradas al respecto, que consideran que esta multa civil no debió ser fijada a favor del consumidor, sino destinada a un fondo especial, y otras que adoptan una posición mixta, considerando que debe por lo menos destinarse una parte importante al consumidor, ya que de lo contrario se desalentaría a los damnificados a iniciar demandas por la multa civil.

IV)COSTAS: Atento a que la demanda prospera en su totalidad, se imponen a la parte demandada, por estricta aplicación del principio objetivo de la derrota. (art. 130 del C. de P.C.), debiendo regularse los honorarios de los Dres. Rodolfo Gonzalez Zavala y Arturo Echenique (h.), en conjunto y proporción de ley, tomando como base el monto de condena y aplicando a la misma el porcentaje correspondiente a dos puntos sobre el mínimo de la escala del art. 36 de la ley 9459. Por lo expuesto y normas legales citadas,

RESUELVO: I)Hacer lugar a la demanda interpuesta por Luis Mariano Teijeiro ó Teigeiro y en consecuencia condenar a Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G., I) a entregarle una botella de gaseosa marca Pepsi, condena que podrá hacerse efectiva sobre la que se encuentra depositada en el tribunal, II) a abonarle en el término de diez días la suma de pesos Un mil quinientos en concepto de daño moral y la suma de pesos Dos millones en concepto de daños punitivos, bajo apercibimiento de ley.

II)Imponer las costas a la parte demandada.

III)Regular los honorarios profesionales de los Dres. Rodolfo M. Gonzalez Zavala y Arturo J. Echenique (H) en conjunto y proporción de ley, en la suma de pesos Trescientos veinte mil (\$ 320.000).

PROTOCOLICESE, HAGASE SABER Y DESE COPIA.

**Teijeiro (o) Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.**


**Voces:** RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE - DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - DAÑO MORAL - DEFENSA EN JUICIO - DEBIDO PROCESO - RESPONSABILIDAD OBJETIVA - PRINCIPIO DE INOCENCIA - RELACIÓN DE CONSUMO

**Partes:** Teijeiro (o) Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. s/ abreviado - otros

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba

**Sala/Juzgado:** Tercera

**Fecha:** 17-abr-2012

**Cita:** MJ-JU-M-71797-AR | MJJ71797 | MJJ71797

Se revoca la multa civil del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y la indemnización por daño moral acordadas a favor del consumidor -quien, tras adquirir una botella de gaseosa, advirtió que contenía un envoltorio de gel íntimo- y se ordena al fabricante restituir una botella idéntica a la adquirida.


**Sumario:**


1.-Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la empresa demandada a restituir al actor -quien tras adquirir una botella de gaseosa, advirtió que contenía un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos- una botella igual a la adquirida, pues se ha configurado objetivamente un hecho antijurídico imputable a la demandada en su condición de proveedora, que consiste en un incumplimiento de sus obligaciones para con el consumidor derivadas de la relación de consumo, pues basta con observar la botella para comprobar que el producto que ha recibido el consumidor tiene un defecto ostensible que lo torna no apto para ser ingerido.

2.-Corresponde modificar parcialmente la sentencia de primera instancia -que admitió la demanda de daños y perjuicios incoada por un consumidor quien, tras adquirir una botella de gaseosa, advirtió que contenía un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos-, dejando sin efecto la condena a indemnizar el daño moral, pues si bien el solo hecho de verse impedido de consumir la gaseosa en el momento en que había decidido hacerlo significa ya una

contrariedad, a lo que se suma que el destino que tiene el producto cuyo envoltorio abierto se encontró en la botella pudo haberle añadido al disgusto una dosis de aprensión, esas circunstancias, que objetivamente no pasan de ser disgusto, fastidio, incomodidad y aprensión, no alcanzan a configurar una lesión espiritual susceptible de generar el derecho a ser indemnizado.

3.-Corresponde modificar parcialmente la sentencia de primera instancia -que admitió la demanda de daños y perjuicios incoada por un consumidor quien, tras adquirir una botella de gaseosa, advirtió que contenía un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos-, dejando sin efecto la multa civil, pues no se está frente a lo que se denomina daño lucrativo, es decir, aquellos que se producen por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia, ni frente a un defecto generalizado ni reiterado en algún número significativo de casos.

4.-Para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis de la LDC, no bastan las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose.

5.-La multa civil tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio y, por tanto, no puede ser aplicada en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 , CN.).

6.-La ausencia de pruebas que demuestren que el cierre de la botella no ha sufrido alteración o manipulación después de haber salido de la planta embotelladora de la accionada no obsta a que se concluya que se configuró un hecho antijurídico atribuible a ella, pues la botella, que contiene un defecto visible, no presenta signos que a simple vista permitan sospechar que ha sido abierta con posterioridad al proceso de embotellamiento en la planta, sino que más bien debe presumirse lo contrario, porque lo que ocurre conforme al curso normal y ordinario de las cosas es que una botella con tapa a rosca no puede ser abierta sin que se rompa el precinto colocado por debajo de ella.

#### **Fallo:**

En la ciudad de Córdoba a los diecisiete días del mes de Abril del año dos mil doce, se reúnen en audiencia pública los señores Vocales de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación Dres. Beatriz Mansilla de Mosquera y Guillermo E. Barrera Buteler con la integración del Dr. Jorge Arrambide, con el objeto de dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: "TEIJEIRO (O) TEIGEIRO, LUIS MARIANO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. - ABREVIADO - OTROS - (EXPTE. N° 1639507/36)", venidos del Juzgado de Primera Instancia y 5° Nominación Civil y Comercial, en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 595 por la parte demandada contra la Sentencia Número Noventa y siete de fecha veintitrés de marzo de dos mil once y su aclaratoria Auto Número Doscientos ochenta y nueve de fecha veintitrés de mayo de dos mil once (fs. 628), a fs. 602/605 por la Dra. Mariana Miseta, apoderada de la demandada, por honorarios en contra de la sentencia mencionada anteriormente al cual se adhiere la parte actora a fs. 613 y a fs. 618 por la demandada en contra del decreto de fecha diez de mayo de dos mil once (fs. 612).

El Tribunal sienta las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿ Son procedentes la apelación de la demandada contra la sentencia, las apelaciones de la Dra. Mariana Miseta por honorarios y contra el decreto de fs. 612 ?

Segunda: ¿Qué resolución corresponde adoptar ?.


Conforme lo dispuesto previamente por el Sr. Presidente y de acuerdo al sorteo que en este acto se realiza los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Guillermo E. Barrera Buteler, Beatriz Mansilla de Mosquera y Jorge E. Arrambide.

A LA PRIMERA CUESTION:

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR GUILLERMO E. BARRERA BUTELER DIJO:

1. En estos autos el actor, invocando su condición de consumidor, ha promovido demanda en contra de la accionada en su calidad de proveedora, diciendo que el 24 de octubre de 2008 adquirió una botella de gaseosa marca "Pepsi" y cuando se aprestaba a consumirla advirtió que ésta tenía en su interior un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos marca "prime".

La sentencia de primera instancia ha hecho lugar íntegramente a la acción condenando a la demandada a entregarle al actor una botella de la bebida que adquirió, a abonarle la suma de Un Mil Quinientos Pesos en concepto de reparación del daño moral y la suma de Dos Millones de Pesos en concepto de daños punitivos y a hacerse cargo de las costas del juicio.

Esa resolución ha sido apelada por la demandada que se agravia diciendo: 1) Que la demanda debió haber sido rechazada porque el actor no probó que la botella de Pepsi de que se trata se encuentre inalterada y no manipulada. 2) Que el actor carece de acción en su contra para reclamar por los "vicios internos" del producto que únicamente pudo haber sido dirigida contra el vendedor, ya que el art. 40  L.D.C. sólo regula los supuestos de daños causados por el riesgo o vicio del producto en intereses distintos al de la prestación. 3) Que no existe en el caso daño moral indemnizable. 4) Que no procede la indemnización de daños punitivos. -

2. El primer agravio debe ser desestimado porque una correcta valoración de los elementos de prueba arrimados a la causa conduce necesariamente a tener por cierto que se ha configurado objetivamente un hecho antijurídico imputable a la demandada en su condición de proveedora y que consiste en un incumplimiento de sus obligaciones para con el consumidor derivadas de la relación de consumo.

En efecto, basta con observar la botella que se encuentra reservada en secretaría del juzgado de primera instancia (fs.6/9) y que fuera oportunamente requerida por esta cámara para su apreciación de visu, para comprobar que el producto que ha recibido el consumidor tiene un defecto ostensible que lo torna no apto para ser ingerido y ese extremo no se encuentra controvertido.

Por otra parte, la ausencia de pruebas que demuestren que el cierre de la botella no ha sufrido alteración o manipulación después de haber salido de la planta embotelladora de la accionada no desvirtúa aquella conclusión porque esa botella, que contiene un defecto visible, no presenta signos que a simple vista permitan sospechar que ha sido abierta con posterioridad al proceso de embotellamiento en la planta, sino que más bien debe presumirse lo contrario, porque lo que ocurre conforme al curso normal y ordinario de las cosas es que una botella con tapa a rosca del tipo de la que tiene la que nos ocupa en esta causa, no puede ser abierta sin que se rompa el precinto colocado por debajo de ella. La hipótesis de que haya sido abierta sin afectar ese precinto no puede presumirse sino que, en todo caso, debió haber sido acreditada por quien tenía interés en hacerlo, esto es la demandada. -

En realidad, al formular este planteo, lo que hace implícitamente la accionada es alegar la culpa ajena (de un tercero o de la propia víctima) para interrumpir el nexo causal conforme la

previsión del segundo párrafo del art. 40 L.D.C. y no caben dudas que la carga de la prueba de esa circunstancia eximente recae sobre quien la invoca en su defensa, por lo que mal puede la apelante escudarse en ese déficit probatorio. Esto es así en la presente acción fundada en la Ley de Defensa del Consumidor, atento que se trata de una defensa opuesta por el proveedor sobre quien pesan los deberes que establece el párrafo tercero del art. 53 L.D.C.-

3. Tampoco puede ser atendido el agravio fundado en la falta de acción por la pretendida ausencia de legitimación pasiva de la demandada en razón de no haber sido quien contrató directamente con el consumidor.

La postura de la apelante se basa en que, pese al modo en que la ha nominado el actor, la acción ejercida es la de vicios redhibitorios del art. 18 L.D.C. que, sostiene, únicamente puede ejercerse contra el vendedor. Pero hay dos razones que excluyen este argumento: Por un lado, si el vicio puede ser apreciado a simple vista como he podido hacerlo personalmente, el caso no encuadra en la previsión de los arts. 2164 y sgtes. del C.Civil ni en la del art. 473 del C.Com. y, además, el citado art. 18 L.D.C. está contenido en el Capítulo IV de este cuerpo normativo, que se refiere a las cosas muebles no consumibles, por lo que no es aplicable a la adquisición por el consumidor de una botella de bebida gaseosa.

Coincido con la apelante en que la responsabilidad del proveedor por el incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de sus obligaciones no está comprendida en el art. 40 L.D.C. que regula el resarcimiento de los daños producidos una vez que el proveedor ha cumplido o mientras está cumpliendo su prestación, mientras que lo referido al cumplimiento de las obligaciones emergentes de la relación de consumo queda regulado por el art. 10 bis de la misma ley (véase Farina, Juan M, "Defensa del Consumidor y del Usuario", Astrea , 2009, pag. 454). Pero de todos modos subsiste la responsabilidad de la demandada como proveedora en los términos del art. 2 L.D.C. y, aunque la norma mencionada en segundo término no haga referencia expresa a la solidaridad de todos los responsables, ésta no se excluye. Por otra parte, si -tal como lo hemos dicho en el punto anterior- debe tenerse por cierto conforme a la prueba rendida que la introducción del "elemento extraño" en la botella se ha producido en la etapa de embotellamiento de la gaseosa en la planta de la demandada, mal puede ponerse en duda su responsabilidad frente al consumidor. Más aún, si cupiera alguna duda, el principio favor consommatoris consagrado en el art. 3 in fine de la ley 24240 impondría resolverla a favor de la pretensión del accionante.-

Más allá de la discusión respecto de si se trata en el caso de responsabilidad contractual o aquiliana, cuyos contornos se diluyen en el régimen específico de defensa del consumidor, de lo que no caben dudas es que estamos frente a una responsabilidad emergente de la relación de consumo (art. 3 L.D.C.) que vincula jurídicamente al actor, como consumidor (art. 1 L.D.C.), con la demandada en carácter de proveedora (ART. 2 L.D.C.). Se trata de una institución prevista por el legislador para regular los principios contenidos en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Lo dicho pone de manifiesto que resulta estéril la discusión que plantea la apelante respecto de si la condena a entregar al actor una botella de gaseosa marca Pepsi de las mismas características de las que quiso adquirir el actor es o no una "indemnización de daños y perjuicios" y si se corresponde o no con el concepto de "daño resarcible" y de "responsabilidad civil". Es que en el régimen específico de defensa del consumidor la responsabilidad del proveedor impone dar satisfacción al reclamo del consumidor frente al incumplimiento de alguna de las maneras previstas en el art. 10 bis L.D.C. y la reparación en especie, mediante la entrega de un producto equivalente, es una de ellas.-

Tampoco puede recibirse el cuestionamiento por el que se considera abstracto un pronunciamiento sobre este punto por el hecho de que la demandada había puesto a disposición

del actor una botella similar, porque surge claro de los términos de la contestación de la demanda (fs. 82 vta.) que a ese ofrecimiento la actora lo ha hecho en calidad de donación y ésta no ha sido aceptada por el actor.

La condena en este aspecto debe ser confirmada, aunque no a título de resarcimiento de daños, sino de cumplimiento de las obligaciones emergentes de la relación de consumo.

4. Pero las razones arriba expuestas, que me llevan a rechazar los agravios en lo relativo a la condena a resarcir el perjuicio derivado del incumplimiento de las obligaciones del proveedor en la relación de consumo, no son aplicables a la condena por los denominados "daños punitivos". En este sentido advierte Fernando Colombres que "el juzgador deberá analizar seriamente las constancias de la causa antes de condenar por daños punitivos y no limitarse a constatar que hubo un incumplimiento contractual" (DJ 19/10/2011,1).

Es que, para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis L.D.C., no bastan como en aquel caso las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose. -

No desconozco que la doctrina se encuentra dividida en este punto ya que autores de la talla de Jorge Mosset Iturraspe ("El daño punitivo y la interpretación económica del Derecho" en Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pag.158) y Matilde Zavala de González ("Indemnización punitiva" en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Lexis Nexis, Bs. As. 1997) defienden la tesis según la cual basta la responsabilidad objetiva del art. 40 L.D.C. para la procedencia de la multa civil, apoyándose en que el citado art. 52 bis no hace referencia alguna a la culpa o el dolo y que únicamente hay una referencia a la "gravedad del hecho" con relación a la graduación de la sanción.

Pero, aunque es cierto que la norma legal que nos ocupa únicamente menciona como presupuesto de procedencia de la multa civil el incumplimiento por el proveedor de sus obligaciones legales o contractuales y la instancia de parte, omitiendo toda referencia a factores subjetivos de atribución de responsabilidad, también es cierto que la aplicación de esta multa no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, sino como facultativa del juez que "podrá" aplicarla (Cfr. Colombres, Fernando M., "Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa", DJ 19/10/2011,1).-

Sin lugar a dudas la redacción de la norma deja mucho que desear por su amplitud e imprecisión, pero de lo que no cabe duda es que el legislador ha dejado librado totalmente al arbitrio judicial la apreciación en cada caso concreto de la procedencia o improcedencia de la multa civil y un prudente ejercicio de esa amplísima atribución no puede perder de vista la naturaleza y características que tiene este instituto en los ordenamientos jurídicos que le han servido de fuente, como así también la construcción que en nuestro país han realizado la doctrina y la jurisprudencia. -

Desde este punto de vista no se puede dejar de señalar que en la jurisprudencia norteamericana la noción misma de "daño punitivo" (punitive damages) está indisolublemente unida a la de "conducta reprochable". Así en "Gertz v. Robert Welch" (1974) la Corte Suprema de los E.E.U.U. definió a los daños punitivos como "multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia" (cit. por López Herrera, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, ley de defensa del consumidor", J.A., nº12, 2008, pag. 6 y sgtes.). Por su parte, el art. 908 del "Restatement of de Law, Torts 2nd, American Law Institute" los daños punitivos pueden ser otorgados por conducta que es escandalosa debido a los motivos malvados del demandado o su temeraria indiferencia respecto de los derechos de terceros" (Kelly, Julio, "Los daños punitivos en el Derecho de los Estados Unidos de América", en

Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pag. 263).-

La jurisprudencia norteamericana sobre el tema, citada por en el trabajo arriba citado, como así también en el de Edgardo López Herrera sobre "Los daños punitivos en el derecho angloamericano" en la misma publicación (pag. 277 y sgtes.) permite verificar que en todos los casos citados hay una explícita referencia a un obrar doloso o, al menos, gravemente culpable.

Idéntico criterio prevalece en la todavía escasa jurisprudencia de nuestro país. Así en el caso "Machinandiarena Hernández c/ Telefónica de Argentina" se tuvo en cuenta para aplicar la multa que existió "un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva" (CCCom. de Mar del Plata, Sala II, 27/5/2009 en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XI, N°7, julio 2009). En "Rueda, Daniela c/ Claro Amx Argentina S.A." se habla de "graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios" (C.C.Com. Rosario, Sala II, 29-7-2010). En "Fasán, Alejandro c/ Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados"(ref:mjj66 la Cámara Nacional Comercial rechazó la pretensión por no advertir "en el caso una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia por parte de la administradora" (sentencia del 26/4/2011 cit. por Hernández, Carlos y Sozzo, Gonzalo en "La construcción judicial de los daños punitivos", en Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pag. 388). En "Navarro Mauricio c/ Gilpin Nash David Iván" la Cámara Civil de 1ª Nominación de esta Ciudad hace referencia un daño causado "con malicia, mala fe, grosera negligencia" y agrega que "lo que se intenta es evitar que esa conducta que aparece reprobada pueda ser reincidente, con más razón si se detecta que a las empresas infractoras les resulta más beneficioso económicamente indemnizar a aquellos damnificados que puntualmente han reclamado la aplicación de la ley, que desistir de su práctica lesiva" (sentencia n° 181 del 27 de octubre de 2011).-

Pero lo más importante y dirimente desde mi punto de vista es que esta "multa civil" tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio -de ahí la impropia denominación de "daños punitivos"- y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad (C.S.J.N. Fallos 203:399; 256:97; 282:193; 284:42; 289:336; 290:202; 295:195; 303:1548; 310:316), sea que se trate de "penas" penales, administrativas o civiles (cfr. Bueres, Alberto y Picasso, Sebastián, "La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos" en Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pag.59 y sgtes.).

Por esas razones coincido con la doctrina que entiende que "para la procedencia de los llamados daños punitivos es necesaria la concurrencia de dos requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; 2) el elemento objetivo, esto es una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad" (Galdós, Jorge Mario; Llamas Pombo, Eugenio; Mayo, Jorge A.; "Daños Punitivos"; La Ley 5/10/2011, 5).

Desde esta perspectiva, mientras el solo hecho objetivo comprobado de que la botella de Pepsi que adquirió el actor tiene un vicio que la hace impropia para su destino y que la demandada no ha acreditado culpa ajena como eximente de su responsabilidad, son motivos suficientes para que prospere la acción por la que se persigue el resarcimiento del daño, esas mismas circunstancias no bastan para que se torne aplicable en el caso la multa civil peticionada.-

En efecto, considero que la demandada ha demostrado que en el proceso de producción y



embotellamiento de la bebida gaseosa que nos ocupa, adopta las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad del producto que se requieren conforme a parámetros internacionales. Ello se desprende del informe pericial de fs. 294/316, de los certificados de aprobación del sistema de gestión de calidad que corren a fs. 320/322 y de las testimoniales rendidas en autos que, pese a provenir de personal dependiente de la demandada se tienen en consideración en la medida en que los dichos de los testigos resultan concordantes entre sí y con las conclusiones del informe pericial mencionado. Es claro que la sola existencia de la botella defectuosa que obra reservada en secretaría del tribunal de primera instancia pone en evidencia que el sistema de gestión de calidad, por avanzado y completo que sea, no es infalible. Si apareció el envoltorio de gel íntimo en el interior de la botella cerrada es porque alguna falla hubo, pero la prueba rendida demuestra que no estamos frente a lo que se denomina "daño lucrativo", es decir aquellos que se producen por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia. Llego a esa conclusión porque no surge del informe pericial, ni de ningún otro elemento de prueba y, más aún, ni siquiera ha sido invocado por el actor qué medida de precaución o control concreta considera que se omite o que podría añadirse para optimizar el resultado, ya que no bastan las referencias genéricas, contenidas en la contestación de agravios en esta sede, a "mejorar la calidad del lavado y llenado de las botellas", a "optimizar la custodia" de éstas, "controlar a los empleados", "mejorar los protocolos internos" o "dejar de gastar tanto en publicidad y gastar más en controles de calidad".

De los referidos elementos de prueba puede concluirse además que no estamos frente a un defecto generalizado, ni reiterado en algún número significativo de casos. Más aún, esta circunstancia ni siquiera ha sido invocada por el actor. Ello lleva a asumir que le asiste la razón a la demandada cuando dice que se trata de un caso aislado, circunstancia ésta que conduce a descartar que concurra en el caso otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, esto es la finalidad de tutelar preventivamente el interés social. Por otra parte y en estrecha relación con esa cuestión, es necesario también tener en cuenta que no hay ningún elemento de juicio que permita concluir que el defecto que contiene la botella tenga una real y efectiva potencialidad dañosa para la salud, aún en el caso de que fuera ingerida la bebida por algún consumidor inadvertido que, pese a lo visible y notorio del elemento extraño que contiene, no se percatara de su existencia. Ninguna prueba se ha aportado en este sentido y no hay razones que permitan presumir, sin un adecuado informe científico, que la composición del gel cuyos restos pudieron haber quedado en el envoltorio o el material del que está hecho el envoltorio mismo tengan potencialidad dañosa para la salud. La presunta falta de higiene de quien pudo haber tenido el envoltorio en sus manos, sugerida por el actor en su relato, no tiene mas sustento que su propia imaginación y tampoco puede tenerse por cierta sin un adecuado análisis del contenido de la botella, que no se ha aportado en autos. -

Concluyo entonces en que, desde mi punto de vista, no se han acreditado las circunstancias que hacen procedente la multa civil, por lo que considero que debe recibirse este agravio. -

5. También encuentro razón en la postura de la apelante cuando se agravia por la condena a indemnizar daño moral porque, pese a los esfuerzos que ha hecho la parte actora, no logro entender cuál sería la lesión espiritual que pudo provocarle al accionante el hecho de constatar la presencia del envoltorio de que se trata dentro de la botella que ni siquiera había abierto.

Se comprende que ciertamente no habrá sido una sensación agradable la que le produjo, el solo hecho de verse impedido de consumir la gaseosa en el momento en que había decidido hacerlo significa ya una contrariedad. Se comprende también que el destino que tiene el producto cuyo envoltorio abierto se encontró en la botella pudo haberle añadido al disgusto una dosis de aprensión, que la parte actora procura resaltar mediante el uso insistente y reiterativo de expresiones tales como "inmundicia", "asquerosidad", "repugnancia" y otros y con el relato detallado de las circunstancias en que imagina habría sido abierto el envase en cuestión. -

Pero en mi opinión, esas circunstancias, que objetivamente no pasan de ser disgusto, fastidio, incomodidad y aprensión, no alcanzan a configurar una lesión espiritual susceptible de generar el derecho a ser indemnizado.

Si partimos de la clasificación de los daños morales que hacen Henri y Leon Mazeaud, distinguiendo por un lado los que afectan la "parte social del patrimonio moral", vinculados al descrédito y la amenaza que implica a la situación que ocupa la víctima y su porvenir, y por el otro los que afectan la "parte afectiva del patrimonio moral", vinculados exclusivamente a los sentimientos y afectos ("Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual", trad. de Carlos Valencia Estrada, ed. Colmex, México 1945, Tomo I, pag.148), no es posible encuadrar en ninguna de ellas a las circunstancias que pudo haber vivido el accionante con motivo del hecho en que se funda la demanda.

Es claro que el daño moral, en tanto lesión espiritual, no es susceptible de acreditación directa, sólo pueden probarse circunstancias que según el curso ordinario de las cosas tienen normalmente capacidad de producir dolor o perturbación espiritual en una persona. Pero, salvo que se tratara de una persona con una sensibilidad muy especial -extremo éste que no ha sido acreditado ni invocado- no se comprende de qué manera el disgusto, el fastidio, la incomodidad y la aprensión que pudo haber generado en el actor la sorpresa de encontrar el envoltorio en cuestión en la botella de gaseosa que se aprestaba a consumir puedan tener objetivamente eficacia suficiente para provocar una alteración del estado de su ánimo y de su tranquilidad espiritual.

6. De obtener mayoría mi propuesta en el acuerdo, deberá modificarse la imposición de costas de la primera instancia y dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas a los letrados en la sentencia, para adecuarlas al nuevo resultado del pleito.

Ahora bien, con relación al primer punto, no puede negarse que lo que constituye el rubro más importante cuantitativamente, esto es lo relativo a la multa civil del art. 52 bis L.D.C., se trata de una cuestión por demás novedosa y que, como consecuencia de las inculcables deficiencias de la norma que han sido señaladas en forma casi unánime por los autores que se han ocupado del tema, ha generado las más variadas y contradictorias opiniones doctrinarias.

Desde mi punto de vista, dadas estas circunstancias, existe mérito suficiente para apartarse en cuanto a la imposición de costas, de la regla general del art. 130 C.P.C.C. y hacer uso de la excepción autorizada por la misma norma, imponiendo las costas por el orden causado en ambas instancias. Finalmente, si se dejan de aplicar las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia se tornarían abstractos los recursos de apelación de la Dra. Mariana Miseta por honorarios (concedido a fs. 606) y contra el decreto que rechazó su pedido de certificación de encontrarse vencido el término para contestar aquella apelación (concedido a fs. 623).

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA BEATRIZ MANSILLA DE MOSQUERA DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Guillermo E. Barrera Buteler. -

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR JORGE E. ARRAMBIDE DIJO:

Adhiero a las consideraciones manifestadas por el Sr. Vocal del primer voto.

A LA SEGUNDA CUESTION:

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR GUILLERMO E. BARRERA BUTELER DIJO:

Propongo: 1) Hacer lugar parcialmente a la apelación dejando sin efecto las condenas a indemnizar el daño moral y a pagar la multa civil del artr. 52 bis L.D.C.

-Aplicabilidad de los Daños Punitivos-

2) Declarar abstractos los recursos de apelación por honorarios y contra el decreto de fecha 10 de mayo de 2011 (fs. 612).-

3) Imponer las costas del juicio por el orden causado en ambas instancias.-

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA BEATRIZ MANSILLA DE MOSQUERA DIJO:

Adhiero al voto del Sr. Vocal preopinante.-

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR JORGE E. ARRAMBIDE DIJO:

Adhiero a la decisión que propone el Dr. Guillermo E. Barrera Buteler en su voto.

Por el resultado de los votos que anteceden el Tribunal:

RESUELVE:-

1) Hacer lugar parcialmente a la apelación dejando sin efecto las condenas a indemnizar el daño moral y a pagar la multa civil del artr. 52 bis L.D.C.-

2) Declarar abstractos los recursos de apelación por honorarios y contra el decreto de fecha 10 de mayo de 2011 (fs. 612).-

3) Imponer las costas del juicio por el orden causado en ambas instancias.-

Protocolícese y bajen.-

Guillermo E. Barrera Buteler

Vocal

Beatriz Mansilla de Mosquera

Presidente

Jorge E. Arrambide

Vocal

--	--	--	--	--

## Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

### Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	<b>ESTEFANIA JANET VARGAS</b>
E-mail:	<a href="mailto:estefa_15@hotmail.com">estefa_15@hotmail.com</a>
Título de grado que obtiene:	<b>Abogacia</b>

### Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	APLICABILIDAD DE LOS DAÑOS PUNITIVOS
Título del TFG en inglés	APPLICABILITY OF PUNITIVE DAMAGES
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	
Integrantes de la CAE	Prof Federico Echavarría y Prof Leonardo Marcelino
Fecha de último coloquio con la CAE	20/julio/2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	

### Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

#### Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de ..... mes(es)**
- No autorizo**

---

Firma del alumno