



Universidad Empresarial Siglo 21

DAÑOS PUNITIVOS Y SU APLICABILIDAD

Nombre: Emilia Escudero Ayala

Numero de legajo: VABG3347

FECHA: 20 de Junio de 2018

Carrera: Abogacía

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

El presente trabajo está dirigido a indagar sobre la aplicabilidad de los daños punitivos en el derecho nacional a partir de la incorporación del artículo 52 bis de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Se realizara una descripción sobre la figura de daños punitivos y sus requisitos de procedencia, se tratara especialmente las pautas de valuación de los daños punitivos y las discusiones que se generan en torno a la determinación del daño moral y la correlación con otras indemnizaciones que correspondan. Se intentará explicar y vislumbrar la problemática y contradicciones que se presentan en el trabajo jurisdiccional a la hora de apreciar la magnitud del daño y el consecuente resarcimiento, reparación y sanción al agente dañador. Este trabajo apunta a investigar sobre la forma de determinación del monto indemnizatorio y que pautas se tienen en cuenta para su determinación. ¿Según la finalidad de los daños punitivos, se tiene en cuenta la magnitud del daño ocasionado, el sufrimiento de la víctima o bien se pretende castigar la conducta misma del ofensor sin importar la gravedad del daño causado? ¿Es posible que la indemnización por daños punitivos sea superior a la indemnización por daños y perjuicios?

Se intentará establecer a partir del análisis de distintas posturas doctrinarias y del estudio de fallos jurisprudenciales la efectiva aplicación de este instituto y su principal finalidad.

Palabras claves: derecho de daños, daños punitivos, responsabilidad civil, antijuridicidad, reparación, daño moral, indemnización, consumidor, usuario.

ABSTRACT

The present work is aimed at investigating the applicability of punitive damages in national law from the incorporation of article 52 bis of Law 24.240 of Consumer Protection.

A description will be made of the punitive damages figure and its requirements of origin, especially the punitive damages valuation guidelines and the discussions that are generated regarding the determination of the moral damage and the correlation with other

compensations that correspond. It will try to explain and to glimpse the problematic one and contradictions that appear in the jurisdictional work at the time of appreciating the magnitude of the damage and the consequent reparation, reparation and sanction to the damaging agent. This work aims to investigate on how to determine the indemnity amount and what guidelines are taken into account for its determination. According to the purpose of the punitive damages, is the magnitude of the damage caused the suffering of the victim taken into account or is it intended to punish the offender's own conduct regardless of the seriousness of the damage caused? Is it possible that the compensation for punitive damages is greater than the compensation for damages?

It will try to establish from the analysis of different doctrinal positions and the study of jurisprudential decisions the effective application of this institute and its main purpose.

Keywords: right of damages, punitive damages, civil liability, unlawfulness, reparation, moral damage, compensation, consumer, user.

Índice

1-Introducción

2-Capítulo I

2.1 Aspectos generales del derecho de daño.....	8
2.2 Generalidades y conceptos introductorios.....	8
2.3 Derecho de daño.....	9
2.4 Funciones del derecho de daño.....	10
Función preventiva.....	11
Función resarcitoria.....	12
Función punitiva.....	13
2.5 El derecho de daño en el Nuevo Código Civil y Comercial.....	14

3- Capítulo II

3.1 Daños punitivos, concepto y definición.....	17
3.2 Naturaleza y caracteres.....	19
3.3 Prueba del daño.....	22
3.4 La reparación.....	23
3.5 Evolución histórica.....	24
3.6 Los daños punitivos en el derecho argentino.....	27

4- Capítulo III

4.2 Los daños punitivos en la ley de Defensa del Consumidor.....	29
4.3 Legitimación.....	31
4.4 Presupuestos de procedencia.....	32
4.5 Determinación del monto.....	34
4.6 El problema de la cuantificación.....	36
4.6 Derecho comparado.....	38

5- Capítulo IV

5.1 Casos jurisprudenciales.....	42
5.2 Conclusión final.....	86
5.3 Bibliografía.....	88

1-INTRODUCCION

El derecho de daños ha ido creciendo a lo largo de los años convirtiéndose en una gran fuente de actuación profesional de abogados y magistrados. El constante crecimiento de la sociedad y la compleja estructura que presenta plantea cada vez más conflictos sociales y demanda reformas y agregados en los cuerpos normativos del derecho.

Los daños punitivos son una traducción de “*punitive damages*” del derecho extranjero que consisten en una multa civil, que se añade a las clásicas multas por daños (cuyo fin es la reparación del daño), aplicada en beneficio de la víctima, a los fines de castigar a los proveedores de bienes y servicios que incurran en inconductas, orientadas a cumplir un fin disuasor para el causante de daños. Este instituto se incorporó al derecho argentino con la reforma de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor a través del artículo 52 bis de dicho cuerpo, como la figura de daños punitivos.

El presente trabajo pretende hacer una descripción e indagar sobre la figura de daños punitivos y sus condiciones de aplicabilidad en el derecho Argentino a partir de la introducción del artículo 52 bis de la ley 24.240 de defensa del consumidor. Analizar conceptos aportados por la doctrina y por el Código Civil y comercial con el propósito de encontrar elementos esenciales sobre el tema y analizar dicho artículo, así como también relacionar jurisprudencia y comparar con el derecho extranjero. Pretende esencialmente explorar y explicar la difícil tarea que conlleva la valuación del daño y la determinación del monto indemnizatorio.

El desarrollo del TFG contiene cuatro capítulos fundamentales. El primero de ellos será meramente introductorio, se realizara una descripción general sobre el derecho de daños y sus funciones. En el segundo capítulo se analizara más profundamente la figura de daños punitivos, como así también su evolución histórica y su introducción en el derecho argentino. En el tercer capítulo se describe la figura de daños punitivos en la relación de consumo y su recepción en la ley de Defensa del Consumidor. Además se determina los sujetos legitimados para accionar como así también los supuestos de procedencia y las pautas que deben tenerse en cuenta para su determinación. Se intenta explicar las formas valuación de dicho instituto y se explica brevemente la recepción de los daños punitivos en

el derecho extranjero. En el cuarto capítulo se aborda unos de los fallos más renombrados y controvertidos en la jurisprudencia argentina, como ser el caso Machinandiarena y el caso Teijeiro. Se intenta hacer un resumen de estos resaltando los puntos más importantes.

Esta investigación apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales utilizando una estrategia cualitativa, la misma está dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento” de algún fenómeno o situación (Sampieri, 2006, pág. 26). Se intentará profundizar, describir y captar el sentido de la aplicación de los daños punitivos y la determinación del monto de los mismos.

2- CAPITULO I

SUMARIO: 2.1-Aspectos generales del Derecho de Daño. 2.2-el derecho de daños. 2.3-Funciones del derecho de daños. 3.4-el derecho de daño en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Introducción

El derecho de daño se lo puede caracterizar como aquellas multas civiles que se aplican para castigar graves inconductas reprochables que afectan los derechos o intereses de las personas y su patrimonio, como también los derechos de incidencia colectiva. Sus principales funciones son el resarcimiento, que intenta colocar a la víctima en el estado en el que se encontraba antes del evento dañoso y la preventiva que surge del principio general de no dañar.

En este primer capítulo se intentara dar un marco conceptual del derecho de daño como así también se tátara de explicar su función resarcitoria, preventiva y sancionatoria del derecho de daño, también se explicaran sobre los presupuestos de procedencia de la responsabilidad civil. Además se tratara el encuadre normativo del derecho de daño haciendo mención del tratamiento que recibe en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en la Ley de Defensa del Consumidor.

2.1-Aspectos generales del derecho de daño

En el Código Civil y Comercial de la Nación los define como daño resarcible en el art. 1737¹, estableciendo que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”

El significado de daño resarcible ha evolucionado en la doctrina para llegar a ser caracterizado como aquel que consiste en la lesión a un derecho o a un interés merecedor de protección conforme al ordenamiento jurídico, si no está justificado. Esta postura ya prevalecía en la doctrina con anterioridad a la sanción del nuevo Código.

¹ Art. 1737, Código Civil y Comercial de la Nación.

Como ya se explicaba en los fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, la responsabilidad civil está emplazada en un área móvil. En este sentido explica Nallar, que los viejos odres del Código Civil resultaron insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes. (Nallar, 2016, p. 1)

En Argentina como en el mundo, el concepto de responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización; hoy importa la injusticia del daño, antes que la injusticia de la conducta generadora, porque el derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor (Nallar, 2016)

Es así que, en la definición de daño resarcible, el derecho o el interés lesionado deben tener por objeto a la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

El nuevo código, en el Capítulo 1 del Título V del Libro III, se refiere a la responsabilidad civil y no al derecho de daños; en cuanto a esto, la doctrina enseña que, muchas veces se utiliza la denominación “derecho de daños” como sinónimo de “responsabilidad civil”, es decir refiriéndose a la obligación de reparar el perjuicio causado a otra persona violando el deber general de no dañar. En este sentido, se limitaría la idea de derecho de daños a la reparación del perjuicio

2.2-El Derecho de Daño.

El derecho de daño o daños punitivos son condenas pecuniarias extra compensatorias, con el objeto de sancionar al demandado y disuadir a este y tal vez a terceros, de incurrir en conductas similares en el futuro. (Martínez Alles, 2012)

Los Daños Punitivos fueron previstos por primera vez en el Proyecto de Código Civil de 1998, en su artículo 1587, bajo la denominación “multa civil”.² Pero anteriormente con la reforma del Código Civil de Vélez Sarsfield, llevada a cabo en el año 1968 mediante la ley 17.711 ya se había receptado la responsabilidad por el daño causado por el riesgo de la cosa en el art. 1113, párr. 2º, segunda parte; esto es la responsabilidad objetiva o sin culpa.

² Art. 1587, Proyecto de Código Civil, 2012 “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”.

En el año 2008, se incorporaron de *lege lata* a nuestro derecho positivo en la Ley de Defensa de Consumidor en el art. 52 bis³; y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 los incorporó bajo el nombre de “sanción pecuniaria disuasiva” en el artículo 1714 para castigar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva, artículo que fue eliminado en la redacción final del CCyC.⁴ No obstante lo cual los daños punitivos continúan regulados en la Ley de Defensa del Consumidor.

Los daños punitivos pueden definirse como aquella suma dineraria cuyo pago se impone judicialmente y a petición de parte al sindicado como responsable de haber causado daños a terceros o que amenaza causarlos. (Nallar, 2016)

La definición que ofrece el Código Civil y Comercial sobre el derecho de daño deja claro que la esfera de protección que el régimen de responsabilidad civil brinda a la víctima, no se limita a los derechos expresamente reconocidos por una norma primaria, sino que comprende cualquier interés de hecho no reprobado por el ordenamiento jurídico.

El Código Civil atribuye otro significado al daño como presupuesto de la responsabilidad civil. Se trata de algo más que la mera lesión a un interés que es presupuesto de un derecho; es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo hay una relación de causa a efecto; el daño resarcible es esto último. (Zabala de González, 2004)

2.3- Funciones del derecho de daño.

La doctrina distingue al menos tres funciones del derecho de daños: la prevención, la reparación y la punición. El Código Civil y Comercial hace una expresa inclusión normativa de las funciones del derecho de daños en su texto.

Es necesario mencionar que el anteproyecto- antecedente inmediato del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vigente- establecía las funciones del derecho de daños indicando que el sistema tiene tres claras funciones: la resarcitoria, la preventiva y la punitiva. En efecto, en sus fundamentos mencionaba que tanto en nuestro país como en el derecho comparado existen discusiones acerca de si la función preventiva y punitiva integra

³ Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor.

⁴ Art. 1714, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.

o no la noción de responsabilidad, y se afirmaba que es necesario que la ley resuelva la controversia. Por esta razón, quienes elaboraron el anteproyecto de Código Civil y Comercial señalaban que los daños punitivos se encuentran ya incorporados en el derecho argentino y resultan aplicables a una gran cantidad de supuestos de responsabilidad por daños en el ámbito de la relaciones de consumo. Por lo tanto, el anteproyecto del Código Civil y Comercial incluía una norma que establecía expresamente las tres funciones, una resarcitoria, una preventiva y otra punitiva. Esta última estaba en el anteproyecto titulada como “sanción pecuniaria disuasiva”.

En el proyecto elaborado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011 e integrada por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, se preveía la función tripartita: prevención, resarcimiento y punición (art. 1708), las que fueron mantenidas en el proyecto del Poder Ejecutivo. Sin embargo el Congreso de la Nación suprimió la función punitiva. En tal sentido el dictamen de la Comisión Bicameral del Congreso dice que “se elimina el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva del Proyecto (art. 1714) con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones”⁵

➤ La función preventiva del derecho de daños

La doctrina argentina ha puesto el énfasis en la función de prevención de la responsabilidad civil, por las ventajas de hallar soluciones jurídicas que logren evitar no solo la producción de ciertos daños cuyas consecuencias son irreversibles, sino también el agravamiento de los efectos de daños ya producidos. (Nallar, 2016)

Si bien es cierto que se puede reparar el daño en términos jurídicos, lo cierto es que en realidad ese bien, como la integridad física de la víctima por ejemplo, ha perecido y no hay verdadera posibilidad de recomposición, más que una reparación pecuniaria.

Es por esto que hay que tener en cuenta que si en este tipo de daños la prevención es esencial, más aun será en cuestiones como son los daños ambientales, dada su complejidad y la magnitud de afectados que pueden verse involucrados.

⁵ Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 2012, goo.gl/0F7wB2.

Diez-Picazo explica que:

Aunque existe la idea difusa, sin duda optimista, de que indemnizar un daño es hacerlo desaparecer del mundo, este pensamiento no pasa de ser una ilusión. Cuando se destruyen vidas humanas o bienes materiales, la indemnización no borra la destrucción. Como bienes jurídicos han desaparecido y no se crean en su lugar otros que los sustituyan. Por decirlo que un modo gráfico, en la contabilidad nacional si en ella estuvieran asentados, hay que darlos de baja. Decir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes. (Diez-Picazo, 1999)

El Código Civil y Comercial dedica cuatro artículos a la función preventiva del derecho de daños (arts. 1710, 1711, 1712 y 1713). Establece el deber general de prevenir el daño (art. 1710), regula la acción preventiva (art. 1711), la legitimación (art. 1712) y el alcance de la sentencia definitiva (art. 1713). Existen además otras normas de carácter constitucional en el derecho argentino que regulan las cuestiones tendientes a la prevención del daño, tales como el art. 43 de la Constitución Nacional, el 11, inc. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.

Más recientemente Zabala de González nos dice que:

El objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran. Por eso, señala la autora citada, la prevención resulta ser una función insoslayable de la responsabilidad por daños. Constituye una verdad de sentido común la idea de que es mejor prevenir que reparar, así no sea más barato en todos los casos, pues la reparación presupone un daño injusto, el cual no puede ser borrado, aunque se procure una excelente compensación a favor de la víctima. El sistema de responsabilidad por daños es un derecho de preservación y no únicamente de reparación. (Zabala de González, 2011)

➤ La función resarcitoria del derecho de daños

Es la función más importante del derecho de daños y sobre la cual se ha cimentado la idea de responsabilidad civil. La idea de resarcimiento viene ligada a la noción de

antijuridicidad, ya que para que el daño sea resarcido, el mismo debe ser consecuencia de una conducta antijurídica. Cuando se habla de resarcimiento se hace alusión a la forma de distribuir los daños en la sociedad y no a una sanción específicamente. La reparación del perjuicio tiene en miras a la víctima e intenta colocarla en el estado que se encontraba antes del hecho dañoso. En este sentido como señala Nallar “La función resarcitoria es, de esta manera, la función clásica de la responsabilidad civil; es la que delimita las principales características del instituto.” (Nallar, 2016) Como dice Stiglitz, es prevalente la finalidad reparatoria de la indemnización de daños y perjuicios. Opera como una técnica jurídica de vuelta al equilibrio, buscando enjuagar el detrimento soportado por el damnificado mediante un reintegro en especie o por equivalente pecuniario. El propósito consiste en restablecer la situación que aquel gozaba antes de la interferencia del hecho dañoso atribuido al deudor de la indemnización.

La función resarcitoria de la responsabilidad civil esta receptada en los artículos 1716 a 1736 del nuevo Código Civil y Comercial. El primero de ellos sienta el 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.”⁶ Finalmente, lo que se indemniza es un daño, el cual debe reunir determinados requisitos y características para ser un “daño resarcible”.

➤ La función punitiva del derecho de daños

Esta función podemos inferir que se dirige a lograr el pleno desmantelamiento de los efectos ilícitos. Por lo general sucede que el actuar del dañador como responsable es deliberado, malicioso, en grave desconocimiento de los intereses ajenos ya sean colectivos o individuales o importa un rédito económico que se mantiene aún luego de haber resarcido el daño. En estos casos es donde actúa la función punitiva, que puede implicar una pena civil de carácter pecuniario de tal magnitud que desmantele el efecto del ilícito y disuada un futuro comportamiento reprochable.

Esta faz punitiva de la responsabilidad civil ha comenzado a recibir la atención de nuestra doctrina solo en los últimos años, pues con anterioridad se pensaba únicamente en la reparación del daño y, más recientemente, en su prevención. Tal enfoque ha sido calificado

⁶ Art. 1716 Código Civil y Comercial de la Nación.

de “incompleto y perfectible” (Pizarro, 1993), señalándose al respecto que algunas cuestiones de naturaleza sancionatoria, orientadas al desmantelamiento de los efectos de determinado ilícito, también integran el derecho de daños. (Nallar, 2016)

La función punitiva o sancionatoria de la responsabilidad civil tiene sentido en aquellos casos en que aquel que actúa de manera antijurídica, sin que haga falta la intención de producir un daño a terceros, pero que actúa de manera desinteresada o indiferente hacia los intereses ajenos con la sola intención de obtener algún beneficio económico, aun después de abonar la correspondiente indemnización continua con su mismo accionar y no invierte lo necesario para evitar daños futuros.

Nallar (2016) explica que la función punitiva tiene relación directa con la función de prevención, pues la sanción impuesta al ofensor por la violación a los intereses y derechos ajenos, va más allá de los efectos sancionatorios, extiende sus consecuencias hacia la posible repetición de conductas similares.

2.4-El derecho de daños en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

El punto de partida de la cuestión relativa a la reparación del daño estuvo dado por los dos *leading cases* dictados por la CSJN en el año 1986, el caso “*Gunther*” y “*Santa Coloma*”. Estos precedentes marcaron el hito inicial para la constitucionalización del derecho a la reparación. Hasta ese entonces, la jurisprudencia reconocía el derecho de toda persona que había sufrido un daño a que sea resarcida según las disposiciones legales del Código Civil.

El Código derogado no contiene una definición de daño. En materia contractual alude a dicho concepto, denominando “daños e intereses” al valor de la pérdida que haya sufrido y la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación por la inejecución de esta a debido tiempo (art.519).

Por otro lado, en la órbita extracontractual, dispone que hay daño siempre que se cause a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, ya sea directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades, art. 1068. Esta norma se complementa con el art. 1069, el cual aclara

que el daño comprende no solo el perjuicio efectivamente causado, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito.

Hoy el daño queda legalmente definido por el Nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 1737 como “toda lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tiene por objeto a la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva”.

El Código Civil y Comercial de la Nación adopta una definición amplia de daño, incluye dentro de los daños resarcibles a aquellos intereses que no estando amparados expresamente o reconocidos por el derecho también reciben una tutela por este.(Stiglitz, 1997)

Una diferencia con el ordenamiento legal derogado y el nuevo Código Civil y Comercial, es que este menciona expresamente los derechos de incidencia colectiva, cuya lesión queda comprendida dentro del concepto de daño.

Conclusión parcial

Los temas expresados en este primer capítulo me permitieron comprender que si bien el derecho de daños no responde a un concepto demasiado moderno sino que por el contrario, es una figura que se viene gestando desde 1968 aproximadamente con la reforma de Código Civil de Vélez Sarsfield mediante la ley 17.711 pero con el paso del tiempo y una sociedad en constante crecimiento que supone una convivencia cada vez más compleja entre los seres humanos y los efectos de la globalización, han provocado que las consecuencias que derivan de la responsabilidad civil tomen otra dimensión.

Es así como en el año 2008 se incorpora la figura de daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor. Posteriormente en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se intenta introducir la figura de la “sanción pecuniaria disuasiva” a través del artículo 1714 el cual fue eliminado posteriormente.

Actualmente el Código Civil y Comercial de la Nación regula el derecho de daño en su art. 1737 brindando una amplia protección a la víctima, ya que comprende cualquier interés no reprobado por el ordenamiento jurídico.

Los daños punitivos tienen por objeto castigar o sancionar a aquel que actúa de manera desaprensiva o indiferente violando los derechos fundamentales de terceros, como la salud o la vida, pero por sobre todo a lo que apunta es a prevenir otras conductas similares por parte de este o de terceros, intenta dar una pena ejemplificadora que disuada hechos similares en el futuro. Es decir que si bien el primer efecto que sigue al ilícito en términos generales es el restablecimiento de la situación conforme a derecho como ser la indemnización de carácter puramente resarcitorio, pero que no satisface el sentimiento de justicia, es por ello que la responsabilidad civil que pesa sobre el demandado no solo debe ser pagada por aquel sino que además debe ser revisada por este y por la sociedad.

3-CAPITULO II

SUMARIO: 3.1-Daños punitivos: concepto y definición. 3.2-naturaleza y caracteres. 3.3-prueba del daño. 3.4-La reparación. 3.5-Evolucion histórica. 3.6-Los daños punitivos en el derecho argentino.

Introducción

En este segundo capítulo se encuentra expresado el concepto y definición de daños punitivos tomando como referentes a algunos de los estudiosos sobre el tema, como ser Pizarro. Se introduce la disposición del art. 52 bis de la Ley de defensa del consumidor. Se refiere también a los requisitos del daño para que este sea efectivamente resarcible, el daño debe ser reparado íntegramente y lo que intenta según su función es colocar a la víctima en el estado anterior en el que se encontraba al evento dañoso, para ello es necesario no solo que exista el daño, sino que además este daño debe cumplir con ciertos elementos determinantes. También se hace mención de como el derecho de daños fue evolucionando en el derecho argentino hasta llegar a la actualidad. Después de arduas discusiones entre los que estaban en contra de este instituto y de los que apoyaban la idea de innovar en este ámbito, finalmente el derecho de daño quedo plasmado en un artículo de nuestro Código Civil y Comercial, siendo menos de lo que se pretendía en el Proyecto de reforma del Código del 2012.

3.1-Daños punitivos.

Concepto y definición.

Pizarro enseña que los daños punitivos “son 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, p. 291)

Los magistrados aplican este tipo de sanción para que el demandado pague a la víctima cierta suma de dinero con el fin exclusivo de castigar graves inconductas del victimario y evitar que se repitan hechos semejantes en el futuro. Lo que se castiga precisamente son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no por el daño en sí. Esto es

porque más de las veces la indemnización del daño a la víctima no es suficiente para reparar el daño que el demandado ha generado a la sociedad.

La figura de daños punitivos es sin duda un hallazgo a una situación que se da muy a menudo como es la responsabilidad civil de aquellos que incumplen sus obligaciones contractuales en perjuicio de los consumidores con total indiferencia del daño realmente soportado por la víctima.

Mosset Iturraspe, explicó que una comprobación muy difundida y lamentable nos dice que cuando menores son las posibilidades económicas y los consumidores o usuarios están cautivos de los bienes que se producen en el mercado, crece el índice de abuso de proveedores sobre consumidores.

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). El precepto legal dispone:

“El 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”.

La función punitiva de los daños ha resultado contraria a nuestro derecho y a la visión general de la responsabilidad civil, la que se encuentra ligada a la costumbre romana de la reparación económica de los daños mediante un resarcimiento de los mismos, tendiente a volver las cosas a su estado anterior.

3.2-Naturaleza y caracteres

Nallar (2016) explica que “el fundamento de la reparación del daño subyace el fundamento genérico de todo el ordenamiento jurídico, que no es otro que la noción de justicia”.

Llambias explica que con la determinación de los daños y perjuicios se persigue la finalidad de colocar al acreedor en una situación patrimonial equivalente a la que tendría si la obligación se hubiera cumplido. De este modo, se trata de remediar la inejecución del deudor, para que la conducta indebida de este no se traduzca en desmedro de los bienes del acreedor.

No todo daño es resarcible, sino que para ser tal, el perjuicio que pretende ser indemnizado debe cumplir con ciertos requisitos.

Dichos requisitos del daño resarcible se encuentran enumerados en el art. 1739⁷ del Código Civil y Comercial de la Nación. La primera parte de esta norma se refiere a las condiciones que debe reunir el daño en general para ser indemnizable: “para la procedencia de indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente”. A su vez la última parte del artículo abarca el supuesto específico de la reparación de la pérdida de chance: “la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

Este artículo tiene como antecedente el art. 1601⁸ del Proyecto de Código Civil de 1998, referido al “daño reparable”, el cual comprende “el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro y cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable”

En cuanto a los requisitos del daño resarcible el art. 1739 no hace otra cosa que tomar lo que ya estaba establecido por la doctrina y jurisprudencia.

Daño cierto

⁷ Art. 1739 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁸ Art. 1601 Proyecto de Código Civil de 1998.

Para que sea resarcible, el daño debe ser cierto, esto es, debe existir, ser real y efectivo. Por ello, el daño eventual, que no existe sino que es meramente conjetural o hipotético, no es indemnizable justamente por carecer de dicho requisito de certeza de su posible ocurrencia. Es por esto que el daño incierto no resulta indemnizable, pues en este caso no se sabe si el perjuicio alguna vez va a existir.

No debe confundirse el concepto de daño cierto con el de daño actual:

En el primero lo certero es la existencia del daño, el cual puede ser presente o actual o futuro. En este último caso existe certidumbre de que la lesión va a ocurrir como producto del mismo hecho ilícito; se presenta como una prolongación necesaria de la situación perjudicial actual. Es por ello que el daño futuro también es un daño resarcible porque se trata de un perjuicio cierto, aunque sus consecuencias nocivas no se manifiesten de manera inmediata. (Nallar, 2016)

De esta manera queda establecido que tanto el daño actual como el futuro entran dentro de la categoría de daño cierto, diferenciándose el uno del otro en cuanto el daño actual o presente ya se ha manifestado al tiempo del reclamo, mientras que el daño futuro todavía no lo ha hecho, pero su acontecimiento es certero.

Personalidad del daño: daño directo o indirecto

El art. 1739 nos dice que el daño debe ser “directo o indirecto”. Pues bien, aquí se pueden diferenciar dos cuestiones: cuando se habla de daño directo hace referencia a aquel que recae sobre las cosas o los bienes que componen el patrimonio de la víctima, mientras que el daño indirecto es aquel que afecta el patrimonio a consecuencia de un daño que recae en la persona del damnificado, en sus derechos o en sus facultades. Ambos constituyen un daño cierto.

Por otro lado, el daño es directo cuando recae sobre la persona que reclama su reparación, es decir, sobre la víctima del hecho perjudicial; esta es la titular del interés afectado por ser el damnificado directo. Por el contrario, el daño indirecto no recae sobre la propia víctima, sino sobre una persona distinta de ella, por lo cual tiene derecho a reclamar su reparación en los casos previstos por la norma, toda vez que en consecuencia del daño

sufrido por el damnificado directo, el damnificado indirecto también sufre un perjuicio propio.

A esto se lo ha llamado “personalidad del daño” como requisito para que el daño resulte resarcible, por lo tanto el daño ha de ser personal o propio de quien pretende la indemnización, por lo que en principio nadie puede reclamar la reparación de un daño que ha sufrido otro. Como dice Llambias (2016), “se trata de una aplicación pura y simple del fundamental principio según el cual si no hay interés no hay acción”.

Daño actual o futuro

Nallar, (2016) explica:

Que el daño actual o presente es un perjuicio que ya se ha producido en el momento en que el juez fija su resarcimiento, mientras que el daño futuro todavía no aconteció en dicha oportunidad, pero su acaecimiento verosímilmente habrá de concretarse. Es decir, que el hecho de tratarse de un daño futuro no implica que sea un daño incierto; antes bien, es un daño cierto que aún no se ha producido. (Nallar, 2016)

Dicho en otros términos, la condición necesaria para que el daño sea resarcible consiste en la certeza de su producción, la cual puede ser actual o futura. Si no es ni una ni otra, el daño deja de ser resarcible por no tratarse de un daño cierto, por no existir. El daño actual y el daño futuro encuadran en la exigencia del daño cierto.

Daño subsistente

Finalmente, el daño debe subsistir al momento en que el juez fija su indemnización, pues si aquel fue reparado por el agente dañador, ya no procede dicha indemnización por parte de este. Es decir, que para reclamar la reparación de un daño, este no debe haber sido ya resarcido.

Al igual que en los supuestos anteriores de daño actual y daño futuro, se cree en este caso que el daño subsistente tampoco configura una figura autónoma del daño resarcible. Por lo tanto si el daño ya ha sido resarcido, deja de existir, por lo que deja de ser un daño cierto.

Stiglitz dice:

Que el hecho de que el daño, para ser resarcible, deba todavía existir al tiempo que el juzgador lo analiza, es obvio y no pasa de ser una pauta más del requisito de certeza, porque si lo que queremos decir es que todavía debe existir, lo que estamos reclamando es que exista, estamos pretendiendo certeza aunque lo llamemos subsistencia. (Stiglitz, 2016)

Es por esto que si el daño ha sido reparado, ha cesado en su existencia, no existe más, es un daño no cierto, por lo tanto es un daño inexistente y no resarcible.

Ahora bien, si el daño ha sido reparado por la propia víctima, la obligación del agente dañador de repararlo subsiste, aunque aquella se transforma en la obligación de reembolsar a la víctima. En este caso no implica dejar de lado el requisito de la certeza del daño; este sigue siendo cierto y consiste en la disminución en el patrimonio del damnificado a consecuencia de los gastos realizados para la reparación del daño.

Lo mismo sucede, cuando un tercero se hiciera cargo de la reparación, este se subrogará en los derechos de la víctima y podrá reclamarle al culpable el reembolso de lo gastado.

3.3-Prueba del daño

En materia de prueba del daño, es el mismo que rige en el ordenamiento procesal, es decir, que debe ser acreditado por quien invoca un daño. El ofendido que pretende la reparación de un daño debe demostrar su existencia, esto implica que debe demostrar el perjuicio sufrido y además que aquel perjuicio reúne los requisitos del daño resarcible.

El art. 1744⁹ del Código Civil y Comercial establece: “el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos” (art.1744). En este aspecto, lo que hace el Código es recoger los principios procesales aplicables a la prueba del CPCCN que en su art. 377¹⁰ impone la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer; cada una de las partes deberá

⁹ Art. 1744 Código Civil y Comercial.

¹⁰ Art. 377, CPCCN.

probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Además, el mencionado art. 1744 prevé dos excepciones al principio de la carga de la prueba a quien alega la existencia de un daño. Estas son:

Imputación o presunción de un daño por la ley

Esta excepción hace referencia a aquellos casos en los que la propia ley presume que existió determinado daño y la víctima se libara de la carga de acreditar la existencia del perjuicio. Un claro ejemplo de la presunción de daño lo da el art. 1745 del CCyC, el cual se ocupa del supuesto referido a la indemnización por fallecimiento del damnificado. La norma presume que existe daño dada la propia naturaleza del hecho, en los supuestos de gastos necesarios para la asistencia y posterior funeral de la víctima; alimentos del cónyuge, conviviente e hijos menores e incapaces, y pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos.

Otro ejemplo que podemos citar es el previsto en el art. 1746 del CCyC el cual se ocupa del contenido de la indemnización en el supuesto de incapacidad permanente.

Daño notorio

Nallar explica “la norma se refiere aquí al daño respecto del cual no es necesario despliegue probatorio alguno, ya que la existencia del perjuicio invocado deriva de los propios hechos del caso, esto es, *in re ipsa*”. (Nallar, 2016)

Un claro ejemplo es el del daño moral, como ser un accidente con graves secuelas incapacitantes o la muerte de un hijo, circunstancia de la cual hace derivar la existencia del daño y no hace falta acreditar dicha existencia.

3.4-La reparación

En la primera parte del art. 1740 del nuevo Código Civil y Comercial de la nación se dispone: “la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso...”. Esto quiere decir que se debe lograr una satisfacción en la mayor medida posible teniendo en cuenta aquellas situaciones de

daño como ser, la muerte de un ser querido que de ningún modo la indemnización dineraria podrá conformar al afectado.

La reparación en dinero o en especie

El artículo antes mencionado también dispone como regla genérica que el pago puede ser “en dinero o en especie” pudiendo la víctima “optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero”.

El nuevo Código Civil y Comercial al parecer coloca en un plano de igualdad a ambas modalidades de reparación del daño. Ahora bien, si leemos detenidamente la última parte del artículo se desprende que el pago en dinero es la regla, y el pago en especie es la excepción.

Explica Nallar:

El pago en dinero procede en dos supuestos: por un lado, como regla cuando la víctima no haga uso de la opción que le confiere la norma de optar por el reintegro específico; por el otro, cuando aún ejercida por el damnificado dicha facultad de opción, el reintegro específico fuere parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo. Por lo tanto, la reparación en especie se fijara solo cuando la víctima así lo prefiera y ello no sea imposible, oneroso o abusivo. (Nallar, 2016)

A su vez, Borda expresa, que no quedan dudas que la reparación en especie se presenta a primera vista como la más perfecta, la que restablece de una manera más completa y satisfactoria la situación anterior a la comisión del hecho ilícito. Sin embargo, considera que tratándose de daños patrimoniales, la reparación en dinero no solo resuelve el problema en forma bastante satisfactoria, sino que evita complicaciones que en el sistema de la reparación *in natura* son inevitables.

3.5-Evolucion Histórica

El código civil de Vélez Sarsfield, tomando como fuente el art. 1383 del código francés, fijaba la culpa como único fundamento para la responsabilidad civil- Art.1109¹¹-

¹¹ Art. 1109 Código Civil de Vélez Sarsfield.

reconociendo un factor de atribución meramente subjetivo. En este sentido, el citado autor agrega que “todo lo que viola el deber genérico de no dañar implícito en esta norma es culpable, comete un acto ilícito y debe responder por el daño que aquella hubiere sufrido”. No obstante de la mano de la complejidad de la vida en sociedad y el acelerado ritmo de la época moderna, se fueron dando situaciones que quedaban excluidas de este régimen, y junto con ello la existencia de víctimas sin resarcir.

Brodsky, J. M. señala que desde la aparición de la figura de Daños Punitivos en el plexo normativo nacional, y en particular en el marco del Derecho Privado, el daño punitivo ha suscitado las opiniones más discrepantes. Por un lado, se encuentran los juristas que lo rechazan de plano. Sostienen que la condena por daños punitivos representa un castigo de naturaleza penal, siendo una institución extraña a la responsabilidad civil –de corte netamente resarcitorio-. A su vez al tratarse de la imposición de una pena en el ámbito del Derecho Civil, no se observan las estrictas garantías que rigen en materia criminal a favor del imputado. Se sigue de ello la inconstitucionalidad del daño punitivo como multa civil.

En opuesta tesitura, otros doctrinarios entienden que –a pesar de su denominación- los daños punitivos no tienen como finalidad principal sancionar al infractor, sino prevenir conductas lesivas y dismantelar los efectos de los actos ilícitos. Por otra parte, la condena por un monto mayor al perjuicio sufrido por el damnificado no tiene por qué escapar a la esfera privada; por el contrario, el Derecho de Daños moderno no debe apuntar solamente a la reparación de las lesiones, sino también a su prevención. Y máxime cuando se trata de casos como en los que, como ocurre en el consumo, determinados hechos pueden afectar a la sociedad toda.

En el anteproyecto del Código Civil de 1998, reglaron la figura de daños punitivos en el artículo 1587, “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 en consideración a las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo, o pudo haber obtenido con su conducta...”

A partir de esto, se advierte que la norma no refiere a factor de atribución subjetivo, sino la de una conducta antisocial como del que actúa con grave indiferencia.

Por su parte, el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, incorporó la figura de “Daño Punitivo” con la denominación de “sanción pecuniaria disuasiva”, estableciendo que se trataba de una de las funciones del derecho de daño.

Así, el artículo 1714 que regulaba el tema disponía:

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. 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.

Sin embargo, pese a que la Comisión Redactora había regulado la figura bajo estudio e independencia de las valoraciones críticas de esta, el Poder Ejecutivo eliminó el artículo transcrito, y en consecuencia la figura del daño punitivo del Proyecto del Código, que posteriormente obtuvo media sanción en el Senado de la Nación, manteniendo la exclusión.

Actualmente la única regulación vigente del daño sigue siendo la del Artículo 52 bis de la Ley de Defensa de Consumidor.

El *alterum non laedere*:

La obligación de reparar el daño causado y de colocar a la víctima en el estado anterior de la violación del deber genérico de no dañar. Este principio se desprende de la primera parte del primer párrafo del art. 1109 del Código Civil de Vélez Sarsfield, el cual establece: “todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio”.

Por su parte el Proyecto de Código Civil de 1998 también contiene una norma que prevé la cláusula general del daño resarcible; el art. 1588 dispone que debe ser reparado el daño causado a un derecho o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado.

Es así, que el *alterum non laedere* constituye una obligación legal, cuya violación impone al infractor el deber de resarcir el daño causado. (Nallar, 2016)

Este principio general ha ido más allá de la simple reparación del daño, habiéndose extendido a la prevención del mismo. Es así que el principio del *alterum non laedere* es visto como una obligación legal tendiente a la prevención del daño, en el sentido de que no se limita solo a imponer la obligación de resarcir al culpable de causar un daño, sino que también abarca la situación de aquel que teme por un perjuicio futuro inminente y tiene el derecho a exigir que se tomen medidas para su prevención.

Calvo Costas (2005) señala que el *alterum non laedere* posee una gran importancia como directiva de prevención de daños, pues comprende no solo al daño ya causado, sino también a la amenaza de un daño injusto, y ello torna necesaria la inter-prevención de la justicia para actuar en forma previa a la producción del perjuicio.

Muy claras son las palabras de López Herrera cuando explica que el principio *alterum non laedere* lo que ordena primero es precisamente no dañar al otro, lo que puede perfectamente entenderse como actuar antes de que se dañe. El principio no está formulado como “siempre hay que indemnizar” o “procura indemnizar”, poniendo el énfasis en la compensación *ex post* en lugar de la prevención *ex ante*. El dicho popular “más vale prevenir que curar” tiene aquí plena aplicación.

3.6-Los daños punitivos en el derecho argentino

Actualmente los daños punitivos se encuentran previstos en la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 en el art. 52 bis. A su vez el Código Civil y Comercial también contempla el derecho de daños como la responsabilidad civil en el Capítulo I del título V del Libro III. El Libro III se refiere a los Derechos Personales. Su Título V regula otras fuentes de las obligaciones que no son los contratos. El Capítulo 1° del Título V regula, a través de 11 secciones, la responsabilidad civil.

Existen numerosas normas con plena aplicabilidad en materia de derecho de daños y no se encuentra limitado solo al C. C. y C. tales así como el estatuto consumeril, la Ley general de ambiente y normas de carácter Constitucional. (Art. 17, 41 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)

Los presupuestos de la responsabilidad civil que trata el Código Civil y Comercial siguen siendo los mismos que receptados en el Código de Vélez Sarsfield, a saber: el daño, la antijuridicidad, los factores de atribución y la relación de causalidad.

En el artículo 1716 se establece que la violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación dan lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones del Código. Aquí se refiere al daño como un presupuesto de la responsabilidad civil.

Además, en el artículo 1717 establece expresamente que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

Conclusión parcial:

El derecho de daño es una figura que se introduce en el derecho argentino después de un largo camino de discusiones controvertidas y antagónicas, finalmente viene para dar soluciones a diversas situaciones propias de la vida en sociedad y del acelerado crecimiento de la misma. En principio esta figura era solo reconocida por la jurisprudencia en sus distintos fallos y luego por la doctrina argentina. Es importante destacar que el derecho de daño está disperso en nuestro ordenamiento jurídico en diversas normas que se complementan entre ellas. Por un lado tenemos lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación con respecto a la responsabilidad civil, por otro lado también tenemos a los daños punitivos previstos por la Ley de Defensa del consumidor y fundamentalmente lo dispuesto por la Constitución Nacional en los artículos 17, 41 y el 75 inc. 22. El principio del *alterum non laedere* tiene fundamento constitucional y es de gran importancia ya que impone la obligación de prevenir el daño y no solo de repararlo una vez causado.

4- CAPITULO III

SUMARIO: 4.1- Los daños punitivos en la ley del consumidor. 4.2- Legitimación activa y pasiva 4.3- Presupuestos de procedencia. 4.4- Determinación del monto. 4.5- El problema de la cuantificación. 4.7- Derecho comparado.

Introducción

Los daños punitivos se introduce por primera vez en el artículo 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor en el año 2008 con la necesidad de brindarle al consumidor y usuario una protección más abarcativa en la relación de consumo, ya que venían sufriendo distintos tipos de abusos por parte de los proveedores de bienes o prestadores de servicios por motivos del plano de desigualdad en el que se encuentran con respecto a estos.

En este capítulo se hace una descripción sobre el daño en la relación de consumo, se intenta explicar la recepción de los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor, su legitimación activa y pasiva y los supuestos en los que proceden. También se describen las pautas que deben tenerse en cuenta para la determinación del monto de los mismos. Además se hace mención de la recepción de los daños punitivos en otros países y algunos de los fallos jurisprudenciales en los que tuvieron lugar.

4.1-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 su primera aparición en el ordenamiento jurídico argentino. En realidad, la figura legal viene a enmendar un vacío legal, que tiene como fin exigir al 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.”

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. 1587¹² del Proyecto de Código de 1998 que decía que la multa civil tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.

4.2-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.

¹² Art. 1587 del Proyecto de Código de 1998.

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.

4.3-Presupuestos de procedencia

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) La 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.

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 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 micro lesiones 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 monopólico, que a una

pequeña empresa del interior del país. Las situaciones monopólicas 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 maliciosa actitud del proveedor que a sabiendas de que su producto causará un daño grave 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).

4.4-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 y de donde se puede observar un vacío legal que trae problemas a la hora de la cuantificación del monto de los daños punitivos. El único límite que la ley ha puesto es el del valor de la infracción del art. 47, inc. b ¹³ que se fija en \$ 5.000.000.

Evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima a costa del responsable

En este sentido la víctima no debe recibir más que el resarcimiento de los daños efectivamente sufridos. Pues bien, la doctrina de los daños punitivos resulta absolutamente extraña a todo tipo de resarcimiento o indemnización que corresponda; y es aquí donde hay que prestar especial atención porque cuando se habla de daños punitivos se traslada el eje de del análisis al tipo de conducta que haya observado el agente dañador, independientemente del daño efectivamente causado, la sanción apunta hacia aquel. Está claro entonces, que la cuestión exige un enfoque distinto, desde la víctima hacia el victimario. Tanto en su función sancionatoria, que busca castigar al agente dañador, como en su función preventiva que intenta evitar la producción de futuros perjuicios y punitiva como su nombre lo indica para el desmantelamiento de los beneficios obtenidos a raíz de la comisión de ilícitos, que quita al transgresor los réditos de la violación de derechos ajenos, los daños reales padecidos por la víctima no entran en consideración.

¹³ Art. 47 inc. b, Ley 24.240.

En igual sentido, Padilla explica que "la causa es el daño de peligro inferido por una conducta repudiable y no el daño concreto experimentado y se resarce. El daño punitivo así presentado no se resarce, se penaliza". Y aclara que mandando a pagar más que el daño sufrido no se conculca el valor justicia, porque esta no es un valor individual que se satisface con resarcir pecuniariamente un menoscabo concreto sino que por el contrario, la justicia es un valor colectivo y la merecen también aquellos potenciales perjudicados en el sentido de prevención. Se intenta hacer desaparecer la potencialidad dañosa de la sociedad toda. Es por ello que se busca una proporcionalidad entre el potencial daño y la indemnización punitiva fijada por el juez conforme al carácter de pena que tiene el daño punitivo. (Padilla, 1996, p.179)

En esta línea de pensamiento, si el agente dañador analiza la situación y resulta que es más económico resarcir los daños ocasionados que prevenir los hechos dañosos y actúa en consecuencia, una vez provocado el daño, paga las indemnizaciones correspondientes y se ahorra la diferencia del costo que hubiera tenido la prevención. En este caso habría un enriquecimiento con causa ilícita a favor del responsable y en perjuicio y con total indiferencia de los intereses o derechos ajenos.

Con respecto a esta cuestión, cabe preguntar en qué medida el más amplio concepto de reparación integral resuelve la lesión al sentido de justicia vulnerado por el atropello del derecho. En tal sentido se entiende que la función resarcitoria de los daños punitivos consiste en compensar a la víctima por los daños sufridos a causa de una conducta ilícita por parte del responsable e intenta colocar al damnificado en el estado en que se encontraba antes del evento dañoso, lo cual sería prácticamente imposible. Lo que se intenta no es que la víctima llegue a una situación exactamente igual, sino lo más próxima posible. Nallar (2016) explica que "se trata de establecer la diferencia entre el daño real y el daño jurídico, siendo este último el que recibe la tutela del ordenamiento legal y que como tal debe ser reparado". Desde este punto de vista del daño como fenómeno físico, la reparación nunca puede ser integral, ya que resulta lógicamente imposible reparar la totalidad de los daños respecto de todo el universo de damnificados.

4.5-El problema de la cuantificación de los daños punitivos

Uno de los principales problemas de los daños punitivos, implica la traducción de la sanción a una expresión numérica. Se debe recordar que el daño entendido como el menoscabo que un sujeto experimenta sobre su persona o sus bienes debe no solo determinarse, estableciendo su existencia o entidad, sino también cuantificarse. Esto implica traducir en una suma de dinero el perjuicio que una persona sufrió por causa de la comisión de un acto ilícito. (De Cupis, 1975)

Los jueces son quienes deben realizar un análisis pormenorizado de los elementos reunidos en cada causa que llega a sus estrados, teniendo en cuenta el *quantum* resarcitorio reclamado en por el demandante, y efectuar una valoración, traducida en términos económicos de los daños padecidos por la víctima a causa de la conducta ilícita del responsable. Esta tarea es la más difícil que debe desempeñar el juez, ya que no solo debe fundamentar jurídicamente la responsabilidad del demandado y la razón de la procedencia de las categorías de daños indemnizables, sino que además debe juzgar en aquellas delicadas cuestiones en las que se ve dañado el espíritu de una persona, como ocurre con el daño moral, en que los parámetros a tener en cuenta son predominantemente subjetivos.

Esta cuestión está ligada a la problemática que trae el análisis de los distintos precedentes judiciales que se han dictado en casos que tienen cierta analogía pero cuyos montos indemnizatorios están lejos de ser uniformes. La eventual existencia de criterios jurisprudenciales caracterizados por el subjetivismo del juez constituye una circunstancia peligrosa que atenta contra la finalidad del instituto bajo análisis y convierte a toda la regulación legislativa en un montón de palabras en vano. Aunque, lamentablemente en nuestro derecho no resulta extraño los distintos criterios jurisprudenciales que salen de la discrecionalidad del juzgador para entrar en el campo de la arbitrariedad.

En este sentido que se viene analizando, la cuantificación de los daños punitivos no resulta una tarea tan sencilla como cuando se trata de valorar, por ejemplo, los daños materiales, y en su faceta punitiva o sancionatoria comparte alguno de los inconvenientes y dificultades que plantea la cuantificación del daño moral, toda vez que no existen parámetros estrictos para su determinación y queda librada al prudente arbitrio judicial.

B. Alsina explica:

Luego de la determinación de la existencia y entidad del daño, este deberá valuarse en términos de dinero para fijar la correspondiente indemnización. Si el daño es mensurable será relativamente fácil para el juez establecer por equivalencia su cuantía o valuación dineraria; cuando el daño no es mensurable por su propia índole, se debe recurrir a pautas relativas, según un criterio de razonabilidad que intente acercar la valuación equitativamente a la realidad del perjuicio. (Alsina, 1990)

Al tratarse de daño moral, explica Zabala de González, que al ser un perjuicio de índole tan personal, resulta prácticamente imposible arribar a un criterio que sienta pautas fijas para su determinación. (Zabala de González, 1999). Sabido es que el daño moral debe valuarse teniendo en cuenta las circunstancias comprobadas de la causa de cada caso en particular y de qué manera la víctima experimentó el daño de índole extrapatrimonial por causa del hecho lesivo; debe considerarse la situación particular y personal del damnificado.

A su vez, es consolidada la postura de la jurisprudencia al señalar que el monto indemnizatorio por daños materiales no tiene por qué guardar relación alguna con el daño moral. En esta línea de pensamiento, y teniendo en cuenta las funciones que cumple el instituto de daños punitivos, es difícil en algunos casos fijar pautas estrictamente objetivas para dar uniformidad a las cifras de condena, ya que los principales parámetros que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar el monto indemnizatorio son de naturaleza predominantemente subjetiva, como por ejemplo, la gravedad de la conducta del responsable.

Así bien, desde otro punto de vista, los daños punitivos en definitiva tienen un carácter sancionatorio y no meramente resarcitorio por lo cual existe una postura según la cual la reparación del daño moral debe efectuarse teniendo en cuenta no a la víctima del perjuicio, sino, al responsable de haberlo causado. Por otra parte, no debe olvidarse que aunque la decisión esté librada al prudente arbitrio judicial, la cuantificación de un determinado daño debe estar debidamente fundada, así lo tiene resuelto la CSJN.

De la experiencia ya vivida en otros países, en los cuales los daños punitivos surgieron con anterioridad a nuestro derecho, nos queda que de una u otra manera se requiere que los daños punitivos guarden algún tipo de relación proporcional con la indemnización compensatoria correspondiente. En este contexto, los parámetros a tener en cuenta a la hora de fijar los montos sancionatorios por parte de los jueces, desde los primeros casos llevados ante sus estrados, ayudara a que la cuantificación de los daños punitivos se apoye en una prudente fundamentación, mas allá de las cuestiones puramente subjetivas que si o si quedaran libradas al prudente arbitrio de los jueces y a las circunstancias de cada caso en particular.

4.6-Derecho comparado.

El *common law*

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).

El Dr. López Herrera (2011) ha recopilado los principales fallos que marcan la aplicación de daños punitivos en otros países:

Inglaterra.

“*Wilkes v. Wood*”

En Inglaterra, con el caso “*Wilkes v. Wood*”¹⁴¹⁵ 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.

“*Huckle v. Money*”

Relacionado con este caso puede citarse a *Huckle v. Money*¹⁶. 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.

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.

¹⁴

15 - 2 Wils KB 203, 95 Eng. Rep. 766 (1763).

16 - 2 Wils KB 205, 95 Eng. Rep. 768 (1763).

“Coryell v. Colbough”

El primer caso que citan los autores es —*Coryell v. Colbough*¹⁷, 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 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.

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, 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.

Conclusión parcial:

La figura de daños punitivos se introduce en nuestro ordenamiento por primera vez en el año 2008 mediante modificatoria a la Ley de Defensa del Consumidor. Su necesaria regulación viene a llenar un vacío legal que surgía de la desigualdad de derechos en la relación de consumo entre proveedores y consumidores generada por una constante en el incumplimiento de las obligaciones por parte de los proveedores de bienes o prestadores de

¹⁷ N.J. (*Coxe*) 77 1791. ¹³ —*Day v. Woodworth*, 54 US (13 How) 363, 371 (1851).

servicios que concluía con un consumidor lesionado en sus derechos o intereses. Son multas que aplican los jueces al responsable del hecho ilícito y a favor de la víctima que sufre el daño, esta multa procede independientemente de las indemnizaciones resarcitorias correspondientes, tiene en mira al agente dañador y no específicamente a la víctima del ilícito. En definitiva lo que se pretende con la imposición de multas por daños punitivos es disuadir futuros ilícitos a costas de los consumidores o usuarios. El fin primero no es resarcir a la víctima sino prevenir hechos similares en el futuro, es por eso que uno de los parámetros de cuantificación para la determinación del monto es “la gravedad de la conducta del dañador.”

En este capítulo ha quedado muy en claro uno de los tantos problemas que presenta la efectiva aplicación de la figura de daños punitivos a nuestro derecho. La complicada tarea de la cuantificación del daño y la consecuente determinación del monto indemnizatorio que les compete a los jueces variará según la subjetividad de cada uno de ellos ya que la norma peca por ser ambigua y es por ello que se encuentran casos jurisprudenciales similares cuyos montos indemnizatorios son muy disimiles.

CAPITULO IV

Introducción

Así como en la gran parte de los países de Europa y América Latina, la figura de los daños punitivos se encuentra firmemente arraigada en los países del *common law*, especialmente en Estados Unidos. Esta institución no fue reconocida por nuestra legislación positiva hasta el año 2008, a pesar de su anterior recepción en el Proyecto de Código Civil del año 1998 como multa civil.

Con anterioridad a la sanción de la ley 26.361, que introdujo la multa civil a la Ley de Defensa del Consumidor, la jurisprudencia de los tribunales argentinos resultaba uniforme en negar la procedencia dicho instituto, aun cuando los hechos del caso lo justifiquen. Sin embargo se puede observar que en algunas ocasiones los daños punitivos eran efectivamente reclamados por los demandantes y los tribunales fallaban sin aludir expresamente a la figura pero tenían en cuenta la conducta dañosa por parte del demandado para fijar el *quantum* de la indemnización en concepto de daño moral. Además es necesario agregar que en algunos precedentes se desestimó la procedencia de la figura de daños punitivos, argumentando que no estaban previstos en la legislación vigente, dejándose entrever que si hubiere previsión legal hubiese procedido perfectamente.

En este capítulo se hará una breve mención de algunos de los fallos relacionados 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.

Casos jurisprudenciales

El caso “Machinandiarena”: primera aplicación de los daños punitivos

Uno de los primeros fallos en donde se aplicó el instituto fue en la causa Machinandiarena¹⁸. El 27 de mayo de 2009, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata dictó sentencia en la causa “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/Telefónica de Argentina s/reclamo contra actos particulares” por la

¹⁸ Machinandiarena, Hernández Nicolás c. Telefónica Argentina, 27/05/2009 .

cual confirmo el pronunciamiento de la instancia anterior que había condenado a la empresa demandada al pago de \$30.000 en concepto de daño moral y \$30.000 por multa civil en virtud de lo recientemente normado en el art. 52 bis de la nueva Ley de Defensa del Consumidor, única disposición legislativa en el país que al momento de la sentencia recepciona expresamente dicho instituto.

En este caso, el actor, una persona discapacitada, había demandado a la empresa por no haber podido ingresar a uno de sus locales comerciales para formular un reclamo por no poseer aquel rampa para de acceso para sillas de ruedas, 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 y 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 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 tribunal valoró la gravedad del hecho y la reprochabilidad social de la conducta, persiguiendo un tratamiento digno para con todos los consumidores y/o usuarios.

El caso “Teijeiro”

El caso “Teijeiro, Luis Mariano c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.” se trata del caso más resonante dictado sobre el tema de daños punitivos debido a la cuantiosa suma establecida en la condena en razón de dicho concepto. El 23 de marzo de 2011 por el Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de 5º Nominación de Córdoba el tribunal mandaba a pagar la suma de 2 millones de pesos, por haber el actor encontrado en el interior de una botella de gaseosa un envoltorio de gel íntimo.

Dicho fallo fue de gran importancia desde dos aspectos: en primer lugar porque se trata de un caso en el que realmente deviene aplicable la multa civil y por otro lado por la detallada fundamentación expresada a la hora de decidir tanto la procedencia de los daños punitivos, como también el monto económico de la sanción.

En esta sentencia el tribunal efectuó una extensa reseña del concepto y finalidad de los daños punitivos, explicando que se trata de una pena que se aplica en razón de ciertos hechos ilícitos graves, y no de daños en sí mismos. Se impone la obligación de indemnizar en concepto de una sanción ante una conducta que produce un daño a otro violando el ordenamiento jurídico de manera deliberada, con el fin de obtener un rédito o ganancia personal, con grave indiferencia hacia los derechos de terceros. Agregó también, que dicho instituto cumple con una triple función: sancionar al responsable del daño, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa y prevenir hechos lesivos en el futuro. El magistrado también analizó el artículo 52 bis de la ley 24.240 y advirtió que el actor estaba legitimado, en cuanto consumidor para accionar, solicitando la imposición de la multa en contra de quien se presente como productor, elaborador y distribuidor del producto en el mercado.

En cuanto a los presupuestos de procedencia de los daños punitivos afirmó que el daño que pueda causarse a los consumidores ha sido el fundamento de la adopción, primero a nivel jurisprudencial y luego legislativo. Hizo mención de la culpa lucrativa, según la cual el fabricante, productor o proveedor del producto o servicio, a sabiendas de que su producto

podría dañar a alguien, lo lanza al mercado igualmente, convencido de que aun pagando las indemnizaciones por daños, tendrá una ganancia considerable, lo cual lo impulsa a continuar con su actividad, sin tomar recaudos para evitar causar dicho daño con total desprecio por los derechos ajenos.

En cuanto a la conducta que la ley describe como violatoria de obligaciones legales o contractuales, esta debe ser dolosa o realizada con culpa grave para que dé lugar a la procedencia de los daños punitivos, es decir, debe valorarse la conducta según la gravedad del hecho. En consecuencia, la demandada apeló la resolución, la que finalmente fue decidida, previa vista al ministerio público, por la Cámara Civil y Comercial de tercera nominación de la ciudad de Córdoba, el día 17/04/2012. Esta revocó la resolución de primera instancia y admitió parcialmente la demanda, condenando a la fábrica demandada a indemnizar al actor solo por daño material, rechazando el daño moral como así también la procedencia de daños punitivos, argumentando que para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor es necesario que concurra un reproche subjetivo de tal gravedad que torne necesario la aplicación de la figura de daños punitivos con el objetivo de disuadir al agente dañador a evitar ese tipo de conductas lesivas en el futuro.

"TEIJEIRO (O) TEIGEIRO LUIS MARIANO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA
QUILMES S.A.I.C.A. Y G – ABREVIADO –

OTROS – RECURSO DE CASACIÓN (EXPTE. 1639507/36 - T 14/12)"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

CÓRDOBA

SECRETARIA: Verónica Rapela

SENTENCIA NÚMERO: SESENTA Y TRES.-

En la ciudad de Córdoba, a los QUINCE días del mes de ABRIL de dos mil catorce, siendo las DOCE hs., se reúnen en audiencia pública, los Sres. Vocales de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia, Dres. Armando Segundo Andruet (h), Carlos Francisco García Allocco y Domingo Juan Sesin, bajo la presidencia del primero, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados: "TEIJEIRO (O) TEIGEIRO LUIS MARIANO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G – ABREVIADO – OTROS – RECURSO DE CASACIÓN (EXPTE. 1639507/36 - T 14/12)", procediendo en primer lugar a fijar las siguientes cuestiones a resolver:-----

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso de casación?-----

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde?-----

Conforme al sorteo que en este acto se realiza, los Sres. Vocales votan en el siguiente orden: Dres. Armando Segundo Andruet (h), Carlos Francisco García Allocco y Domingo Juan Sesin.-----

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR
ARMANDO SEGUNDO ANDRUET (h), DIJO:-----

I. El actor, Sr. Luis Mariano Teijeiro, mediante apoderados -Dres. Rodolfo M. González Zavala y Arturo J. Echenique (h)-, deduce recurso de casación en

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

autos: "TEIJEIRO (O) TEIGEIRO, LUIS MARIANO c/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G – ABREVIADO – OTROS - RECURSO DE APELACIÓN - RECURSO DE CASACIÓN" (Expte. 1639507/36 - "T" 14/12), en contra de la Sentencia número cuarenta y nueve de fecha 17 de abril de 2012, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de esta Ciudad, con fundamento en el inc. 1º del art. 383 del C.P.C.C.-----

Impreso trámite de ley, evacua el traslado de rigor la Dra. Mariana B. Miseta -en nombre y representación de la parte demandada Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G-, con el patrocinio letrado de los Dres. Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos (fs. 842/857), en tanto que a fs. 866 lo hace el Sr. Fiscal de Cámaras Contencioso-administrativa, Dr. Rodolfo A. Silvestro.---

Mediante Auto número trescientos veintinueve de fecha 14 de septiembre de 2012, la Cámara interviniente concede la impugnación extraordinaria articulada (fs. 868).-----

Radicadas las actuaciones en esta Sede, corrido traslado a la Fiscalía General, a fs. 876/888 lo evacua la Dra. María Marta Cáceres de Bollati (Dictamen "C" N° 144).-----

Dictado y firme el decreto de autos (fs. 889) queda el recurso en condiciones de ser resuelto.-----

II. Ahora bien, corresponde adentrarme al análisis del recurso extraordinario impetrado, para lo cual deviene impostergable memorar las críticas que informaron la casación.-----

Analizaré por separado cada uno de los agravios exhibidos, resolviendo en cada caso la procedencia o improcedencia de los mismos.-----

Por una cuestión de estricto corte metodológico, alteraré el orden en que las censuras han sido propuestas por la recurrente.-----

III. Arbitrariedad normativa al exigir requisitos que no figuran en la ley.-----

Bajo este título, el recurrente afirma que la Cámara a-quo incurre en arbitrariedad normativa, por cuanto revoca la condena de daño punitivo en base al supuesto incumplimiento de requisitos que no figuran en el art. 52 bis, Ln. 24.240, y que tampoco surgen de la doctrina y la jurisprudencia elaborada en torno a dicho precepto.-----

Señala que la sentencia en crisis supedita el daño punitivo a varios requisitos que deben estar presentes simultáneamente: a) debe tratarse de un ilícito lucrativo, b) debe probarse el origen de la falla, c) el defecto debe ser generalizado y reiterado, d) el defecto debe causar daño.-----

Destaca que ningún tribunal, al castigar a empresas en concepto de daño punitivo, ha requerido los cuatro extremos que pide la sentencia recurrida, como tampoco la doctrina requiere esas circunstancias.-----

Cita jurisprudencia y doctrina en apoyo de su pretensión impugnativa.-----

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

III.1. Ingresando al tratamiento de la causal de casación esgrimida, cabe señalar que la misma admite el cuestionamiento del fundamento normativo de un fallo, pero sólo cuando

el tribunal actuante haya incurrido en un ostensible apartamiento del derecho vigente, que se oponga a los cánones mínimos que la actividad jurisdiccional debe respetar.-----

Es obvio que de configurarse tal supuesto, se habrá privado al fallo de su premisa de derecho; o, lo que es lo mismo, de su fundamento legal. Esta es la razón que justifica el encuadramiento del vicio en la órbita del inc. 1º, art. 383, CPCC, en tanto el mencionado precepto contempla entre las causales casatorias, la falta de fundamentación legal.-----

Sin entrar en consideraciones que pretendan diseñar una teoría general de la interpretación judicial -lo cual obviamente excedería el marco de la función jurisdiccional que se ejerce en este acto-, considero pertinente afirmar que el reconocimiento de diversos medios hermenéuticos en el acto intelectual del juzgador, no constituye una problemática de gabinete, circunscripta al ámbito científico o filosófico, sino que en ocasiones, constituye el único medio idóneo para poder hallar la solución justa en cada caso particular.-----

La negación de esta realidad, implicaría desconocer las limitaciones propias del derecho escrito en su sentido literal, para hacer frente y abarcar la diversidad de conflictos que genera el dinamismo continuo de la convivencia social, en virtud de la naturaleza perfectible del hombre y del consecuente ritmo cada vez más raudo de los cambios sociales, políticos, económicos, científicos y tecnológicos.-----

La evolución de la ciencia jurídica fue demostrando que la concepción de un sistema jurídico rígido provoca una visión estática del derecho, ineficiente para resolver el problema de las limitaciones de la ley escrita, frente a la variada casuística que se presenta a juzgamiento; frustrando, en definitiva, el fin del sistema judicial.-----

De allí que para una correcta elaboración de la premisa mayor (premise de derecho), la doctrina y la jurisprudencia se hayan esmerado por desarrollar criterios de interpretación de

la ley, que coadyuven al hallazgo de la justicia del caso particular.-----

Tal actividad intelectual, no sólo se diferencia de las decisiones arbitrarias y discrecionales que se apartan en forma ostensible del derecho vigente, sino que hace a la potestad propia de la judicatura, en orden al cumplimiento de una correcta administración de justicia, que no se acote a la expresión literal de un precepto aislado.-----

Respecto a esta última conclusión, la propia Corte ha declarado irrevisables por la presente vía recursiva a los problemas de interpretación de la ley, señalando que: "No sustenta la apelación extraordinaria la supuesta arbitrariedad alegada con fundamento en la facultad interpretativa de los jueces aunque el recurrente estime que la ley es clara y precisa (238:158; 247:603;

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

250:244; 259:283; causa G-202 del 22.6.966 y otras). La cuestión del método de interpretación es problema de orden científico, que sólo en condiciones excepcionales puede dar lugar al recurso extraordinario (235:109); la interpretación, que es materia de derecho común, no constituye en principio cuestión federal ni es susceptible de determinación por la Corte" (238:158; 251:453; causa G- 202 del 22.6.966).-----

Finalmente, cabe recordar que cuando la hermenéutica legal desarrollada como sustento del decisorio se ubica dentro del marco de las opiniones que admite la normativa aplicable, el único medio impugnativo apto para hacer valer frente a esta Sede la tesis opuesta, requiere oponer a la doctrina sustentada por el a quo, la que resulta contradictoria en la

interpretación de la norma en cuestión (incs. 3° y 4°, art. 383).-----

No puede confundirse la función uniformadora del Tribunal Superior de Justicia, cuya télesis sólo tiende a garantizar un criterio uniforme en la aplicación del andamiaje normativo, con el control formal ejercible en esta Sede, instado en base a la descalificación de las resoluciones que pretendan sustentarse en el absurdo jurídico, mediante un notorio apartamiento del derecho vigente, que excede el marco de lo opinable.-----

III.2.- Especificado entonces el ámbito funcional de la presente causal casatoria, y su diferenciación con la facultad interpretativa de los jueces, corresponde determinar si el fallo en crisis ha incurrido o no, en el vicio formal que se le imputa.-----

III.3. A esos fines, preliminarmente compendiaré los argumentos medulares explicitados en el fallo en crisis.-----

La Cámara, en lo que aquí respecta, decidió acoger el recurso de apelación y dejar sin efecto la condena de pagar la multa civil del art. 52 bis, Ln. 24.240.---

En sustento de tal imperium, desarrolló los siguientes argumentos, a saber:

a) En primer lugar, destacó que al daño punitivo no le eran aplicables las reglas del resarcimiento del perjuicio derivado del incumplimiento. Ello así, desde que en este supuesto -multa civil- el juzgador debe analizar seriamente las constancias de la causa antes de condenar por daños punitivos, no bastando la mera constatación del incumplimiento contractual (vide fs. 813 vta./814).-----

Precisó 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" (sic., fs. 814; el destacado me pertenece);-----

b) Enfatizó que si bien conocía la existencia de doctrina que defiende la tesis según la cual bastaba -para la aplicación del instituto analizado- la responsabilidad objetiva del art. 40, L.D.C., reconociendo que la norma del art.

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

52 bis únicamente menciona como presupuesto de procedencia de la multa civil el incumplimiento por el proveedor, de sus obligaciones legales o contractuales, también era cierto que la aplicación de esta multa no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, como facultad del juez, que “podrá” aplicarla a pedido de parte (vide fs. 814/814 vta.).-----

En tal sentido, refirió que la redacción de la norma dejaba mucho que desear por su amplitud e imprecisión, no obstante lo cual entendiera claro que el legislador ha dejado librado totalmente al arbitrio judicial la apreciación en cada caso concreto de la procedencia o improcedencia de la sanción pecuniaria. Destacó que 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 (vide fs. 814 vta.).-----

Citando jurisprudencia anglosajona y local, puso de resalto que para aplicar la multa en cuestión es preciso que el proveedor evidencie un menosprecio grave hacia los derechos individuales y de incidencia colectiva, una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia por parte del profesional;-----

c) Expresó, además, que lo más importante y dirimente era que la multa civil “...tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio [...] 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 [...] sea que se trate de 'penas' penales, administrativas o civiles" (sic., 815 vta.);-----

d) En función de esas razones, entendió que para la procedencia de los llamados daños punitivos, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; y 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 (vide fs. 815 vta./816);-----

e) Luego de fijar estas pautas teóricas, destacó que en el sublite, el solo hecho objetivo y comprobado de que la botella de Pepsi que adquiriera el actor tuviese un vicio que la hacía impropia para su destino y que la demandada no hubiera acreditado culpa ajena como eximente de su responsabilidad, no configuraban suficientes motivos para que se tornara aplicable la multa civil peticionada.-----

Al respecto precisó que la empresa demandada había demostrado que en el

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

proceso de producción y embotellamiento de la bebida gaseosa en cuestión, adoptaba las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad del producto que se requieren

conforme los parámetros internacionales (vide fs. 816).-----

Luego señaló que el sistema de gestión de calidad, por avanzado y completo que sea, no es infalible, considerando que en el caso de marras no se configuraba lo que la doctrina denomina daño lucrativo, entendiendo por tal aquel que se produce por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia (vide fs. 816/816 vta.).-----

En relación a la falta de cuidado en la elaboración del mentado alimento, destacó que no surgía de la prueba ni había sido invocado por la parte actora, qué medida de precaución o control concreta podía adoptarse para optimizar el resultado (fs. 816);-----

f) Explicitó, asimismo, que se trataba de un caso aislado, desde que de la prueba surgía que no era un defecto generalizado, ni reiterado en algún número significativo de casos, circunstancia esta que conducía a descartar otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, cual es la finalidad de tutelar preventivamente el interés social (vide fs. 816 vta.);-----

g) Por último, destacó que no existía ningún elemento de juicio que permitiera concluir que el defecto que contiene la botella tenga una real y efectiva potencialidad dañosa para la salud (vide fs. 816vta./817).-----

III.4. Verificados los criterios del fallo en crisis que el impugnante considera ostensiblemente contrarios al derecho aplicable, corresponde determinar si ellos merecen la descalificación formulada, o si, por el contrario, acceden a la órbita de las potestades que asisten al judicante en trance de interpretar la ley.-----

Con tal propósito, no puede escapar a la inteligencia del control casatorio la singular naturaleza del instituto bajo análisis, en tanto el mismo constituye una figura novedosa en el derecho de daños argentino.-----

Esta circunstancia ha dado lugar a diversas y reñidas interpretaciones en el desarrollo de las pautas monitoras que reglan su aplicación.-----

Es más, tales divergencias doctrinarias y jurisprudenciales, no sólo que se han puesto de manifiesto en términos genéricos y abstractos con relación al instituto en cuestión -daños punitivos- sino de manera aún más específica con relación al concreto caso sometido a juzgamiento, dado que la tendencia que presidiera la sentencia bajo recurso también ha despertado opiniones encontradas (comulgando con la decisión de la Cámara: JUNYENT BAS, Francisco – GARZINO, María Constanza, “En torno al debate sobre el factor de atribución del daño punitivo en la LDC. Un caso emblemático de doctrina judicial: la causa Teijeiro”, El Dial.com DC1913, año 2012; LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Daños punitivos, desenfoques y enriquecimiento sin causa (Comentario a un buen fallo

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

12

cordobés)”, El Dial.com DC189E, año 2012; PERRIAUX, Enrique J., “El daño punitivo puesto a prueba”, LL 2012-D, 207, LLC 2012 (agosto), 703; en contra de lo decidido por el A-quo: NALLAR, Florencia, “Procedencia y cuantificación de los daños punitivos”, LL 2012-C, 432; CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Daños punitivos sí, daños punitivos no...”, LL 2012-C, 63; IRIGOYEN TESTA, Matías, “Necesidad de daños punitivos ante la culpa grave (o dolo) de una embotelladora”, LLC 2012 (agosto), 703).-----

Lo mismo ha sucedido con relación a la interpretación que cabe acordar a la norma contenida en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, cuyo recto sentido ha suscitado divergencias doctrinarias.-----

Haciendo un esfuerzo de sistematización, bien puede afirmarse que existen -aunque con diferentes matices- dos criterios hermenéuticos antagónicos, a saber:-----

a) Uno minoritario que podemos denominar “amplio”, sólo exige cualquier incumplimiento por parte del proveedor para mandarlo a pagar daños punitivos, postura que coincide con una interpretación estrictamente literal de la norma contenida en el art. 52 bis, L.D.C. (LOVECE, Graciela I., “Los daños punitivos en el derecho del consumidor”, LL 08/07/2010; PÉREZ BUSTAMANTE, L., “La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, en Vázquez Ferreira, Roberto A. -Dir-, Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, LL Supl. Especial, Buenos Aires, 2008, p. 120).-----

b) Otro, opuesto al anterior, que cuenta con el aval de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, critica la redacción del art. 52 bis, LDC, y postula recurrir a la prudencia de nuestros magistrados para suplir y corregir las serias omisiones y defectos que el artículo en cuestión presenta. Esta doctrina sostiene que no basta con el mero incumplimiento de las obligaciones (legales o contractuales) a cargo del proveedor, sino que hace falta algo más: el elemento subjetivo que consistiría en un menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva y que se traduce en dolo o culpa grave (LORENZETTI, Ricardo A., “Consumidores”, edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563 y ss; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, pág. 376 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361”, LL 26/11/2009, 1; COSSARI, Maximiliano N. G., “Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino”, LL 2010-F, 1111; MOISÁ, Benjamín, “Los llamados daños punitivos en la reforma a la ley 24.240”, en R. C. y S., 2008, p. 271; NAVAS, Sebastián, ¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?, LL 2012-F, 80; SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., “Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-D, 1113. Coincidentemente con este criterio se han expedido los autores citados ut supra que han estimado correcta la decisión de la Cámara A-quo en el caso que nos toca decidir y la Comisión Interdisciplinaria de

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

14

las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil).-----

III.5. Como hemos visto, el recurrente afirma que la sentencia en crisis incurre en arbitrariedad normativa pues ha inventado una serie de requisitos para la procedencia del daño punitivo que no surgen de la ley ni han sido propuestos por doctrina alguna.-----

No le asiste razón.-----

Sucede que, diversamente a lo sostenido por el recurrente en su ensayo casatorio, la Cámara no ha cometido un grosero error de derecho al interpretar el art. 52 bis, LDC. Tampoco ha requerido -como conditio sine qua non- la concurrencia simultánea de los requisitos que denuncia el casacionista.-----

Sino, más bien, puede afirmarse que el temperamento de lo decidido se enrola en una postura restrictiva a los fines de analizar la procedencia de la multa civil requerida en demanda.-----

Como surge del extracto efectuado ut supra, la Alzada, siguiendo la doctrina mayoritaria, precisó que no bastaba el mero incumplimiento legal o convencional para la condena de daños punitivos. Y enrolado en ese temperamento fue que precisó que para la procedencia de los llamados daños punitivos es necesario la concurrencia de dos requisitos: a) una conducta deliberada del proveedor, culpa grave o dolo; b) 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.-----

En función de ello, seguidamente pasó a analizar si había existido -o no-en el caso de marras una conducta reprochable, a cuyo fin advirtió que la empresa demandada había demostrado que en el proceso de producción y embotellamiento de la bebida gaseosa en cuestión (Pepsi) adoptaba las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad del producto que se requieren conforme a parámetros internacionales.-----

Como se advierte, haciendo mérito de la prueba rendida, el Tribunal de Grado llegó a la conclusión de que la demandada cumplía con todas las reglas de control de calidad impuestas por las normas legales en la materia.-----

Y en la convicción de que la empresa había sido diligente en la implementación de un sistema de control de calidad, descartó que, en el sublite, se verificara el factor de atribución calificado (dolo o culpa grave) impuesto como requisito para la procedencia de la reclamación de daño punitivo.-----

En relación a ello, la Cámara enfatizó que la presencia de un cuerpo extraño en la botella ponía en evidencia que el sistema de gestión de calidad, por avanzado y completo que sea, no es infalible.-----

Continuó diciendo que si apareció un objeto extraño en el interior de la botella cerrada, era porque alguna falla había ocurrido, pero que había quedado demostrado que la empresa no había omitido deliberadamente ciertos cuidados o precauciones exigibles para abaratar costos e incrementar la ganancia, lo que aventaba la posibilidad de que estemos frente a lo que se denomina daño

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

lucrativo. Agregó que no surgía del informe pericial, ni de ningún otro elemento de prueba, qué medida de control concreta se había omitido para optimizar el resultado.-----

III.6. Como puede apreciarse con meridiana claridad, la Cámara, luego de sentar la premisa según la cual no basta el mero incumplimiento para que proceda la aplicación del art. 52 bis, LDC, sino que se requiere un factor de atribución subjetivo calificado (dolo o culpa grave), determinó que en el concreto caso de marras, la empresa proveedora había acreditado que su accionar no había estado teñido de negligencia grosera, ni de malicia; antes al contrario, según el temperamento de lo decidido había acreditado un control de calidad exhaustivo.--

El hecho de que el Mérito haya hecho alusión a lo que la doctrina denomina “daño lucrativo” en modo alguno erige a este concepto como requisito del daño punitivo, esto es, que deba estar presente en todos los casos, sino -siempre siguiendo la inteligencia de lo decidido- ha sido una herramienta útil para determinar si la conducta desplegada por la accionada tendía deliberadamente a omitir ciertos cuidados o precauciones exigibles, lo que ha quedado descartado según el temperamento de la decisión.-----

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que incluso doctrina calificada tiene dicho que la cuantía del beneficio obtenido queda atrapada dentro de las “...demás circunstancias” que el art. 52 bis, LDC, prevé literalmente como pauta para la graduación de la pena y que la doctrina interpreta que también debe ser

tomada para evaluar previamente su procedencia (Cfr.: LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, ob. cit., pág. 378/381).-----

III.7. Justo es reconocer que seguidamente la Cámara A-quo puso de relieve que se trataría de un caso aislado, agregando que no existe ningún elemento de juicio que permita concluir que el defecto que contiene la botella tenga una real y efectiva potencialidad dañosa para la salud.-----

Empero, surge evidente del contexto del discurso sentencial que tales expresiones no han constituido el holding de lo decidido, toda vez que, habiéndose detectado la ausencia de una conducta gravosa por parte de la empresa demandada, en la inteligencia allí propiciada, la

suerte adversa de la pretensión punitiva se encontraba sellada.-----

Sin perjuicio de ello, a mayor abundamiento, cabe precisar que las particularidades ponderadas por el órgano de Alzada, tales que la falla no fuese generalizada y careciera de potencialidad para provocar daño en la salud de la población, han sido incluidas por un sector de la doctrina especializada, como presupuestos subsumibles en la norma del art. 52 bis, LDC, cuando expresa "...demás circunstancias" (LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los Daños Punitivos", ob. cit. Pág. 378/381, puntos 4.2.1, 4.2.5, 4.2.6).-----

III.8. Por lo demás, resulta inexacto afirmar que, en el temperamento de lo decidido, la procedencia de la multa civil se halle condicionada a que el interesado pruebe el origen de la falla. De los argumentos explicitados por el A-

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

18

quo no surge tal requisito. Lo que la Alzada ha expresado al respecto es que, a más de haberse acreditado que la empresa cumple fielmente con los mecanismos de control de higiene y calidad exigidos conforme a parámetros internacionales, no se ha podido determinar qué medida de precaución o de control adicional habría faltado observar o - eventualmente- podido añadirse para mejorar la calidad del proceso u optimizar la custodia de las botellas. Como se ve, son cuestiones distintas: la Cámara no ha requerido la prueba del origen de la falla sino que ha puesto de resalto que no se advierte qué medida de control habría sido omitida por la empresa para poder imputarle una conducta negligente.-----

III.9. Como ha quedado demostrado, el Tribunal de Grado no ha cometido un grosero error de derecho, ni mucho menos ha inventado requisitos para la procedencia de los daños punitivos.-----

Por el contrario, haciéndose eco de la doctrina mayoritaria, ha propugnado una interpretación sistemática de la norma contenida en el art. 52 bis, LDC, requiriendo en su mérito un plus para la procedencia de la multa civil, cual es una conducta deliberada que denote negligencia grave o dolo.-----

Así las cosas, independientemente de que el criterio al que adscribiera el Tribunal a-quo sea o no compartido, lo verdaderamente dirimente en orden a signar el fracaso del remedio impugnativo extraordinario es que, a despecho de lo pretendido por su promotor, la sentencia en crisis no exhibe el déficit de motivación que se le imputa.-----

En efecto, no puede atribuirse falta de fundamentación legal al fallo, pues esa forma de interpretar el texto legal, lejos de configurar un ostensible apartamiento del derecho aplicable, en realidad tan sólo traduce el pleno ejercicio por parte del Judicante, de su función de intérprete de la norma aplicable al caso, sin que la mera disconformidad del justiciable habilite, por manera alguna, a predicar la arbitrariedad de su decisión, menos aún, teniendo en cuenta que las reglas de derecho plasmadas a partir de la finalidad con que ha sido creada la norma, han sido elaboradas por parte de la doctrina y la jurisprudencia que informan sobre la materia, tal como lo destaque ut supra.-----

En definitiva, el pretendido apartamiento arbitrario del derecho vigente que se denuncia por el impugnante, en rigor no es tal; diluyéndose la queja en una mera discrepancia con la interpretación que el órgano jurisdiccional de Alzada ha asumido respecto de las normas sustanciales aplicadas, materia que -como ya se ha explicitado- no resulta revisable por la hipótesis del inc. 1º del art. 383, CPCC, que se limita al control de la forma de la providencia judicial, y no se extiende a su mérito.-----

IV. Inobservancia de un precepto legal sobre carga de la prueba.-----

Bajo este título, denuncia que la sentencia ha cometido el error de imponer al consumidor el onus probandi, ignorando que el art. 53, Ln. 24.240 dispone precisamente la solución inversa.-----

Sostiene que si para el caso a resolver sí existía una norma procesal sobre

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

La carga de la prueba, el Mérito debió acatarla, so riesgo de incurrir en el yerro formal denunciado (inobservancia de la norma procesal).-----

En tal sentido, afirma que la Cámara ha soslayado el precepto legal en cuestión, al exigir que el actor-consumidor acredite: a) cuál fue concretamente la falla interna que permitió que la botella saliera de la fábrica con un sobre abierto de gel íntimo en su interior, b) que se trató de un daño lucrativo, c) que la falla es generalizada, y d) que el defecto era peligroso para la salud.-----

Cita doctrina en apoyo de su embate.-----

Impetra que el error in procedendo cometido por la Alzada resulta trascendente, toda vez que si se hubiera aplicado el art. 53, ib., otro habría sido el resultado.-----

IV.1. Cabe precisar en primer lugar que el supuesto vicio que el recurrente apunta carece de virtualidad para incidir en la definición del litigio, en atención al razonamiento del Tribunal A-quo, quien en el meollo del asunto entendió que se encontraba debidamente probado que no se reunían los requisitos indispensables para la procedencia de la reclamación de daños punitivos. Me explico.-----

IV.2.- Ya he relacionado que el rechazo de la pretensión punitiva fincó, precisamente, en la convicción del órgano de Alzada, acerca de que -en el caso de marras- la parte demandada había probado acabadamente que cumplía correctamente con todas las reglas de control de calidad impuestas por las normas legales que rigen en la materia, contando además con todas las certificaciones de aprobación del sistema de gestión de calidad. A ello el Mérito agregó que de la prueba rendida no surgía -es más, ni siquiera había sido invocado por la parte actora- qué medida de precaución o control concreta habría sido omitida.-----

Tal fue, como ya lo he expuesto, el holding de lo decidido.-----

Asimismo, el A-quo expresó que de la prueba rendida podía concluirse que se trataba de un caso aislado, circunstancia esta que conducía a descartar que concurra otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, tal la finalidad de tutelar preventivamente el interés social.-----

IV.3. Como vemos, la arenga impugnativa parte de un error de interpretación del resolutorio en crisis.-----

Es que, contrariamente a lo sostenido por el quejoso, el Tribunal de Grado estimó que sí había prueba suficiente para descartar la existencia de los presupuestos fácticos del reclamo de multa civil.-----

Así, entendió que se había probado en marras que la empresa proveedora había efectuado los controles de calidad requeridos por la normativa vigente, como así también que no había desplegado una conducta tendiente a abaratar costos o incrementar la ganancia como así también que se trataba de un caso aislado.-----

IV.4. Por tanto, en este fragmento del decisorio la Alzada -siempre

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar. Siguiendo la inteligencia de lo decidido- no se vio en el trance de aplicar la teoría de la carga de la prueba, y por tanto, no podemos afirmar que haya inaplicado una norma contenida en el estatuto del consumidor (art. 53) cuyos designios -por cierto- cobran vigencia en caso de ausencia de prueba.-----

IV.5. Es verdad que el Mérito, al finalizar su discurso, aceptó que no se había aportado ninguna prueba tendiente a demostrar que la botella tuviera una real y efectiva potencialidad dañosa para la salud.-----

Empero -como ha quedado demostrado a lo largo de la presente exposición- tal apreciación no se erige en argumento estructural del fallo, desde que el rechazo de la pretensión punitiva se asentó, esencialmente, en la convicción de que la prueba colectada en la causa excluía que se hubiese verificado en el caso una conducta calificable como negligencia grave o maliciosa.-----

En función de ello, el embate dirigido a anular -por inobservancia de la regla contenida en el art. 53, LDC -este fragmento del decisorio, resulta intrascendente, desde que, de todas formas, la resolución puesta en jaque mantendría vigencia sobre el otro pilar fundamental que no ha sido cuestionado idóneamente y mantiene, por ende, incólume su aptitud motivacional para validar el desenlace arribado.-----

IV.6. Por lo demás, y en relación al agravio que denuncia inobservancia de las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 53, ib., requiriendo al actor la prueba del origen de la falla, caben aquí las mismas precisiones efectuadas ut supra en relación a esta cuestión al resolverse la falta de fundamentación legal por haber la Cámara inventado un requisito para la procedencia del daño punitivo (vide punto III.8).-----

Por todo lo expuesto, esta censura debe ser desestimada.-----

V. Ahora bien, a esta altura del análisis y concientes de que la normativa sustancial atinente al caso admite diversas fórmulas interpretativas que difieren en punto a los presupuestos fácticos que condicionan la procedencia del reclamo en concepto de “daño punitivo”, corresponde ahora asumir en forma prioritaria el examen de los reproches casatorios

dirigidos a acusar vicios en el razonamiento a través del cual el Mérito descartara la configuración de esos extremos en la presente causa. Y ello es así, por cuanto la eventual irregularidad formal de esas declaraciones vendría a afectar por sí sola la validez de lo decidido, con absoluta abstracción del acierto o desacierto que cupiere predicar del criterio jurídico fijado por la Cámara como premisa normativa de su silogismo lógico-prudencial.

VI. No se valoraron las confesiones judiciales de la empresa.-----

Bajo este título, el recurrente afirma que la sentencia es nula por cuanto ha infringido el art. 236, CPCC.-----

Al respecto expresa que la Cámara no ha tenido en cuenta que CMQ reconoció que la falla que motivó este caso era previsible y que, conforme sus estadísticas, se va a repetir, pues no cabe descartar descuidos o sabotajes.-----

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

Dice que la parte demandada ha admitido: a) que un operario puede incurrir en un descuido; b) que también es posible que un operario cometa algún sabotaje interno; c) que todo esto representa un riesgo previsible e inevitable; y d) que se trata de una situación medible con estadísticas.-----

Manifiesta que pese a haber insistido en estas cuestiones, la Cámara omitió valorar esta prueba, no haciéndose cargo de los argumentos defensivos que su parte expusiera en grado de apelación.-----

Destaca que el yerro resulta dirimente, por cuanto las expresiones vertidas por la parte demandada ponen al descubierto un reproche subjetivo de gravedad.-

En función de ello, asegura que la Cámara no pudo basarse en la pericia como supuesta prueba de que no hay nada para reprochar a CMQ.-----

Dice que además de neutralizar lo dictaminado por el perito, las confesiones también despojaban de eficacia convictiva a los testimonios rendidos en la causa. Ello toda vez que una confesión vale más que cualquier otra prueba.-

Enfatiza que la Cámara pasó por alto que el riesgo de que una botella salga al mercado con un sobre de gel íntimo dejará de ser “estadísticamente inevitable” si la empresa mejora sus protocolos internos.-----

Precisa, además, que el decisorio en crisis tampoco valoró las confesiones transcritas, las cuales -alega- evidenciaran además que la firma demandada no muestra arrepentimiento.---

Al respecto expresa que los argumentos de la multinacional denotan una postura desafiante, soberbia, insensible, menospreciadora, demostrando la clásica situación subjetiva que amerita aplicar daños punitivos: abuso de posición dominante e indiferencia por los derechos de los consumidores.-----

Refiere que en sus agravios la empresa llegó al extremo de afirmar que la multa impuesta en primera instancia cumpliría una función disuasoria inexistente.-----

Afirma, asimismo, que la Cámara también omitió considerar que las confesiones evidenciaban una conducta reticente por parte de la empresa, por cuanto reconoció poseer datos estadísticos pero no los suministró, revelando su intención de ocultar su información interna.-----

La crítica debe ser desestimada. Doy razones.-----

VI.1. En miras a justificar el aserto, se impone señalar que, contrariamente al sentir del recurrente, las manifestaciones efectuadas por CMQ en ocasión de expresar agravios (fs. 717/717 vta.) no autorizan a trasuntar una postrera confesión, en los términos del art. 236, CPCC.-----

Nótese que en ocasión de expresar agravios, primeramente la demandada sostuvo: “Reiteramos nuevamente los términos del primer agravio por su conexidad con el presente y que no se ha probado un extremo determinante y conducente para la formulación de

cualquier planteo serio sobre el tema, cual es la existencia de una botella cerrada, inalterada, no manipulada, conteniendo un producto extraño en su interior. Que sin perjuicio de ello, aún

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

Para el hipotético e improbable supuesto de que V.E. no receptare dicho agravio y tuviese por configurado el extremo fáctico ponderado por la Sra. Juez A-quo, la aplicación de daños punitivos dispuesta en la sentencia deviene arbitraria, al igual que la cuantificación de su monto allí efectuada, lo cual es motivo de agravio concreto, en cuanto lesiona gravemente los derechos de propiedad, defensa y el debido proceso que consagra la Constitución Nacional” (sic. fs. 713/714).-----

No se nos escapa que renglones más abajo, enfatizó: “Tomemos hipotéticamente por un momento, solo por un momento, que los hechos hubiesen sido tal cual los tiene por acreditados la juez (lo cual, por cierto no es así): supongamos que en verdad la botella estuviese cerrada, inalterada y con el producto extraño en su interior. ¿Justificaría ello la procedencia de daños punitivos al productor en el caso que nos ocupa” (sic., fs. 716 vta.). Para luego contestarse: “También aquí la respuesta es no, porque en el mejor de los casos se trataría de una falla de producto y no de diseño o de información. Una falla individual (como la propia sentencia lo reconoce), aislada, estadísticamente previsible e inevitable, aún en los procesos de producción seriada de bienes de mayor tecnología y seguridad, que engloba en su seno, inclusive, hipótesis del descuido de algún operario cuando ello sea posible o peor aún, el sabotaje industrial [...] La situación es radicalmente distinta tratándose de daños punitivos. Los mismo no pueden, en principio, ser aplicados en casos de defectos de fabricación, que como se ha dicho, afectan a una unidad aislada dentro de

una producción seriada por lo demás adecuada y regular y que se presentan como un riesgo estadísticamente previsible en bajo grado, pero existente, e inevitable –ya que el riesgo cero no existe en ningún orden de la vida, tampoco en la producción más perfecta que pueda concebirse de bienes y servicios” (sic., fs. 717 vta.).-----

Pero no es menos cierto que la lectura de los pasajes extractados deja en incontrastable evidencia que las manifestaciones en cuestión sólo fueron expuestas en un plano racional meramente especulativo, conjeturando -sólo por vía de hipótesis- acerca de la alternativa (inicialmente negada por la demandada) de que el cuerpo extraño exhibido en el interior del envase hubiese ingresado al mismo en curso de los procesos de limpieza, llenado o cierre de la misma en la planta embotelladora.-----

Descartado entonces que aquellas expresiones importaran, en la inteligencia sistemática del escrito de expresión de agravios, reconocimiento explícito de hechos controvertidos en la causa, menos aún que los mismos admitan ser calificados como “confesión”, con el sentido y alcance pretendidos por el casacionista, el reproche dirigido a acusar su falta de valoración deviene despojado de toda aptitud para resentir la validez de lo resuelto, correspondiendo por ello rechazar el recurso en este segmento.-----

Por lo demás, en relación a la supuesta confesión de que la falla era

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

previsible estadísticamente, cabe precisar que -en sentido diverso al propugnado por el interesado- la Cámara si hizo mención a ello, destacando que la existencia del objeto extraño en la botella era una falla que demostraba que, pese a los controles y precauciones que se puedan tomar, el sistema no resulta infalible.-----

El hecho de haber merituado dicha circunstancia desde una perspectiva diversa a la pretendida por el recurrente no puede erigirse como motivo de casación, desde que tales aspectos remiten al mérito de la causa, cuestión esta ajena al control formal que este Alto Cuerpo debe practicar, por lo menos bajo el título “violación de las formas”.-----

Todo lo expuesto determina el fracaso de este segmento impugnativo.-----

VII. Omisión de valorar prueba dirimente. El déficit de la pericia técnica.-----

Asegura que el fallo también es nulo porque ha omitido considerar un extremo de hecho que resultaba central para el silogismo elaborado por la Cámara.-----

Aduce que el decisorio en crisis ha valorado genéricamente la pericia y los testimonios, sin considerar el grave déficit que su parte había resaltado en relación a dicha pericia, el cual repercutía hacia los testimonios.-----

Destaca que, al contestar los agravios, denunció que la pericia practicada sobre la fábrica no resultaba convictiva, por cuanto había sido practicada varios meses después de que el consumidor entablara la demanda.-----

Asimismo, enfatiza que tampoco se ha tenido en cuenta el argumento sostenido ante la Cámara, cual es que la pericia no señala qué sucede después de que la gaseosa es envasada.-----

En conclusión, sostiene que la sentencia viola el art. 327, CPCC, e incurre en falta de fundamentación, agregando que su parte tiene derecho a que se dicte una sentencia en la cual se analice el aspecto fáctico dirimente, esencial y decisivo, relativo a que la pericia y los testimonios no refieren qué sucede con las botellas luego de que son tapadas y antes de ser lanzadas al mercado.-----

VII.1. Como se ve, la arena impugnativa se dirige a cuestionar dos aspectos, a saber: a) en primer lugar, denuncia que la Cámara ha omitido analizar el argumento expuesto al contestar agravios en el sentido que la pericia practicada sobre la fábrica no resultaba

convictiva por cuanto había sido realizada varios meses después de que el consumidor había entablado la demanda, y b) en segundo lugar, se queja por falta de fundamentación al haberse omitido el análisis de un aspecto fáctico y decisivo cual es que ni la pericia ni los testimonios refieren qué sucede entre el lapso de tiempo en que los envases son rellenos y tapados hasta su localización en el mercado.-----

VII.2. En relación a lo primero, es preciso destacar que el Tribunal de Mérito no tiene la obligación de contestar a todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes en apoyo de sus respectivas posturas, sino solamente los que fueren dirimientes para la solución del litigio.-----

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

En efecto, este Alto Cuerpo tiene dicho que la actividad por la cual el Tribunal de Alzada elabora su temperamento no requiere del tratamiento pormenorizado de todas las defensas y alegaciones desarrolladas por las partes, ni la ponderación de todas las pruebas que se hayan acercado a la causa, salvo -por cierto- que se haya soslayado un argumento trascendental de la estrategia -sea postulativa o defensiva- adoptada por los litigantes.-----

Esta cualidad no se aprecia satisfecha en el caso, puesto que la lectura integral del resolutorio bajo anatema sugiere inequívoco que, pese no contener mención explícita a la observación que a juicio de la actora relativizaría la entidad convictiva de lo dictaminado por el perito (esto es, el lapso transcurrido entre el hecho que motiva la causa y la realización de las tareas periciales) y siempre -claro está- en el marco del razonamiento que preside el resolutorio, aquel argumento carecería de aptitud intrínseca para revertir per se la suerte del reclamo por daño punitivo.-----

Ello así, en tanto el debido cumplimiento de las normas de calidad impuestas para la industria alimenticia a la data en que fuera elaborado el producto en cuestión, no fue establecida por el Tribunal de Alzada en base a esa prueba (la pericial), sino -diversamente- por remisión a los certificados de aprobación del sistema de gestión de calidad que lucen agregados a fs. 320/322, de los que surge que la aprobación original data del 19 de junio de 1998 (certificado de fs. 320), que hubieron dos evaluaciones posteriores en enero del 2004 efectuadas por Lloyd's Register Quality Assurance Limited, cuya vigencia se extiende hasta el 28 de diciembre de 2009 (certificado de fs. 321) y 28 de diciembre de 2012 (certificado de fs. 322).-----

En ese entendimiento, el ápice alertado por la actora (esto es, la distancia temporal entre la fecha del hecho que el actor alega lesivo y la de realización del dictamen técnico) se presenta francamente irrelevante, puesto que, en la óptica del órgano colegiado, la ejecución -por parte de la empresa demandada- de los controles y medidas de seguridad pertinentes a la fecha en que la gaseosa fuera elaborada y embotellada, restaba suficientemente acreditada en exclusivo mérito a otras constancias probatorias, sin que fuese menester su correlación con ninguna otra prueba adicional.-----

En tales condiciones, no cabe más que proveer al rechazo de este capítulo impugnativo, lo que así propongo decidir.-----

VII.3. No merece mejor suerte la diatriba que pregona la insuficiencia de la pericia, por no referir qué sucede con las botellas a partir de la colocación del cierre inviolable y hasta su distribución al mercado.-----

La viabilidad del planteo pierde toda consistencia, a poco que se asuma que la actual inquietud del actor sobre el punto no guarda adecuación ni pertinencia con los términos en que quedara trabada la litis ni, en especial, con los hechos que él mismo alegara legitimantes de su pretensión al formalizar su demanda, oportunidad en la que abonara con vehemencia la tesis de que la falla

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

Se habría producido en alguna de las fases propias e inherentes al proceso de industrialización del producto, tales la de lavado de envases retornables, embotellamiento de la gaseosa y colocación de la tapa. Tan es así, que subestimando la relevancia de que el envoltorio de gel íntimo hubiese accedido a la botella antes o después de que el envase fuera llenado con la gaseosa, aseveró: “El nudo es que ese elemento estaba cuando la botella fue tapada en las instalaciones de CERVECERÍA QUILMES...” (sic., fs. 2).-----

Menor relevancia aún ostenta el embate de que se trata, en el marco del temperamento que inspira la resolución en crisis, en tanto el Tribunal de Grado, en la explícita convicción de que “...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” (fs. 812), rechazó de plano la alternativa -sugerida por la demandada- de que el “cuerpo extraño” hallado en el interior del envase de gaseosa hubiese podido ser introducido por terceros con posterioridad a la culminación del proceso de embotellamiento.-----

En tales condiciones, no se atisba qué interés práctico podría llegar a revestir en la causa dilucidar las vicisitudes que haya experimentado la botella con posterioridad a la colocación de la tapa, motivo por el cual se impone desestimar la crítica sub-examen, lo que así propongo decidir.-----

VIII. Omisión de analizar los cambios empresariales que la condena había comenzado a generar.-----

El recurrente afirma que la sentencia ha transgredido el art. 332, inc. 1º, CPCC, puesto que ha omitido referirse a un hecho sobreviviente expresado al contestar agravios que encuadraba en dicho precepto.-----

Refiere puntualmente a la noticia publicada en el diario “Comercio y Justicia” en la edición del 11 de octubre de 2011, donde -según su opinión- se puede constatar que la sentencia dictada en primera instancia había funcionado como un beneficioso llamado de atención al sector empresario cordobés. Señala que la noticia destaca que casos como el presente son los que empujan a las empresas a redoblar esfuerzos en materia de calidad en los procesos de producción.-----

Destaca que la noticia constituía un hecho notorio sobreveniente, que la Cámara debió ponderar, por expreso mandato legal (art. 332 inc. 1º, CPCC).-----

Insiste en que la Cámara no dedicó ni un renglón a esta información que reputa esencial, por lo que además de conculcar la directriz formal antes mencionada, ha violado el principio de razón suficiente.-----

La crítica resulta francamente inaudible.-----

VIII.1. Ello así desde que, tal como se profundizara más arriba, el Tribunal de Alzada no tiene la obligación de contestar todos y cada uno de los argumentos defensivos invocados por los sujetos procesales en apoyo de sus respectivas pretensiones, sino sólo los que revistan trascendencia para la recta

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar. Composición del litigio.-----

Me remito, en honor a la concisión, a lo ya expresado supra.-----

En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que el sentido de la solución asignada al caso reposa sobre las conclusiones a que el Mérito arribara en punto a la ausencia de los presupuestos fácticos para la aplicación del art. 52 bis, LDC, el interesado no logra convencer sobre la trascendencia que eventualmente tendría la nota del periódico antes referenciada (arg. art. 385, CPCC). La simple disquisición acerca de que los daños

punitivos sirven como poderosa herramienta para que las empresas acusen el golpe y cambien sus conductas, mejorando su comportamiento, como así también que las sentencias ejemplificadoras cumplen una evidente y beneficiosa función preventiva (vide fs. 828, punto 7), no alcanza para poner de resalto la trascendencia de las alegaciones ensayadas al respecto en grado de apelación.-----

VIII.2. Y por cierto que tampoco se logra vislumbrar qué entidad convictiva postula el recurrente atribuir a la eventual consideración del artículo periodístico que su parte se limitara a evocar al evacuar traslado de la apelación (fs. 757/757 vta.), expresando: “...si se consulta la edición del 11.10.11 del diario Comercio y Justicia, se puede constatar que la sentencia dictada en este proceso ha funcionado como un beneficioso llamado de atención al sector empresario cordobés. Se trata de una noticia titulada: ‘EN LA BÚSQUEDA DE PROCESOS CON CERO DEFECTO’, que da cuenta de un curso de capacitación (...) destinado a personal jerárquico y a auditores de calidad”.-----

Los propios términos que informa el párrafo transcrito dan acabada cuenta de su absoluta inocuidad para incidir sobre la tendencia del desenlace a asignar al caso, pues a más de que, en rigor, el interesado ni siquiera intentó hacer valer como “hecho nuevo” el texto de la publicación (cuya consulta -por cierto- dejó librada a la voluntaria disposición del Tribunal), lo real y concreto es que el argumento en cuestión, reducido a vaticinar que la revocación de la condena habría de implicar un retroceso en “el incipiente cambio de mentalidad empresarial que refleja la noticia reseñada”(ib.) en perjuicio de la salud pública, huérfano de toda apoyatura fáctica y/o jurídica que lo avale, no trasciende el plano de la pura declamación retórica y se presenta, por ende, más efectista que efectivo.-----

Amén de ello, no debe perderse de vista que los comentarios elogiosos que la inicial sentencia estimatoria del reclamo por ‘daño punitivo’ -luego revocada en grado de apelación- haya podido merecer, sea que provengan de medios periodísticos o -incluso- de la doctrina jurídica especializada, son tan libres como ajenos al proceso judicial sometido a decisión de los Tribunales, quienes -por explícito mandato legal- están llamados a ejercer su ministerio con independencia de criterio, conforme a derecho y con arreglo a las

constancias que ilustra la causa.-----

En definitiva, no advirtiéndose que las repercusiones que -según la actora-

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

36

habría tenido el fallo de primera instancia, hubiesen podido ostentar injerencia alguna sobre las cuestiones elevadas a decisión de la Cámara en grado de apelación, la crítica casatoria se revela formalmente improcedente y debe, por ello, ser desestimada, lo que así propicio resolver.-----

IX. Omisión de juzgar un ingrediente fáctico del daño moral.-----

Bajo este acápite, el recurrente expresa que el fallo cuestionado omitió juzgar un hecho diferente, paralelo y trascendente, que su parte invocó y en base al cual delineó también el daño moral invocado.-----

Refiere puntualmente a que se demandó daño moral por la confianza lesionada, cuestión esta que -alega- ha sido soslayada por la Cámara A-quo.-----

Destaca que la Alzada no analizó la lesión a la confianza que fuera invocada como otro ingrediente o aspecto del daño moral.-----

Impetra que en la sociedad actual la confianza, la tranquilidad, la seguridad, son verdaderos bienes jurídicos, protegidos cada vez con mayor intensidad especialmente cuando el sujeto es un consumidor.-----

En función de ello, manifiesta que la Cámara debió haber abordado la vinculación no patrimonial de los consumidores con la gaseosa Pepsi.-----

En definitiva, sostiene que la pretensión de daño moral se basó en dos proyecciones fácticas diferentes y que el Mérito sólo juzgó una.-----

IX.1. Corresponde, pues, ingresar al análisis de la censura que enrostra violación al principio de razón suficiente, por haberse omitido el tratamiento de un argumento dirimente esgrimido por su parte ante la Alzada.-----

Sin perjuicio de ello, adelanto criterio en sentido coincidente al propugnado por el quejoso, toda vez que de la lectura de la resolución impugnada surge que la misma no otorga debida respuesta a una cuestión propuesta por la parte actora en su libelo introductorio de la demanda y reiterada en grado de apelación al contestar los agravios de la contraria, déficit motivacional este que ha privado al casacionista del conocimiento de las razones que enervaron su pretensión en este aspecto.-----

Nótese que esta cuestión fue expresa y concretamente puntualizada por la actora, tanto al formalizar su reclamo resarcitorio en concepto de daño moral, cuanto al contestar ante la Alzada los agravios expresados por la empresa demandada.-----

En efecto, la consulta de dichas piezas procesales pone en incontrastable evidencia que el daño moral fue descrito por el reclamante en una doble proyección:-----

a) una, vinculada a “...la desagradable sorpresa de encontrar un objeto de semejantes características dentro de una botella que contenía líquido destinado a ser ingerido” y al “asco y la repugnancia que habría experimentado en tal situación” (sic. fs. 2 vta.); y-----

b) la otra, consistente en haber “...visto lesionada la confianza en una reconocidísima marca, la segunda en el mercado de gaseosas cola (como todo el

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

38

mundo sabe, después de la Coca Cola, la Pepsi es la gaseosa cola más comprada por los consumidores). Si bien se trata de un daño moral de escasa entidad, igualmente debe ser indemnizado por el responsable (así lo manda el principio de reparación integral)” (sic. 2 vta.).-----

A su turno, la sentenciante de primera instancia estimó importante destacar que “...la envergadura y prestigio de la empresa demandada, provoca en el consumidor una expectativa y confianza en que el fabricante del producto le va a entregar la mercadería correcta conforme a la finalidad perseguida, confianza ésta que sin duda se ha visto burlada con el hecho descripto” (sic. fs. 577/578 vta.).-----

Por último, en ocasión de contestar los agravios de apelación ante la Alzada, la actora aseveró que la empresa demandada intenta ignorar los efectos del marketing que ella misma ha generado para que la gente asocie diversos aspectos espirituales, vivenciales o anímicos, al consumo de la gaseosa Pepsi, enfatizando en esa inteligencia, que la confianza del consumidor en un producto de primera marca configuraba un interés que el derecho debía proteger.-----

En tal sentido, destacó que la confianza, tranquilidad, la seguridad, son verdaderos valores o intereses legítimos que el derecho contemporáneo tutela cada vez con mayor intensidad, agregando que la naturaleza de estos intereses (no patrimonial, al menos desde la óptica del consumidor), determinaría que la lesión a la confianza que el actor tenía en la marca Pepsi (y por la cual -dice- la empresa habría recibido muchas ganancias; vide fs. 742) deba ser calificada y resarcida como “daño moral”.-----

Con posterioridad a ello, refirió que el daño moral era comprensivo de toda modificación disvaliosa que pueda sufrir una persona, en cualquiera de las múltiples facetas “intangibles” de su decurso vital, que no se agotaba en el simple dolor, sino que iba mucho más allá, abarcando toda proyección en la subjetividad que pueda reputarse como perjudicial o negativa (vide fs. 742/742 vta.).-----

IX.2. Tales puntos no han merecido, por parte del Tribunal de Mérito, consideración o tratamiento alguno, violentándose de este modo la exigencia constitucional de fundar lógica y legalmente todo pronunciamiento judicial.-----

En efecto, la Cámara dio motivos suficientes de lo decidido en relación a la concreta situación vivida en ocasión de descubrir que la gaseosa adquirida no se encontraba en condiciones para ser ingerida. Es decir, el A-quo brindó acabadas razones para justificar que la repugnancia no generó un daño moral resarcible.-----

Sin embargo, la lectura de la fundamentación sentencial desarrollada, evidencia que la misma ha dejado huérfano de toda respuesta jurisdiccional al otro aspecto de la reclamación de daño moral consistente en la lesión a la confianza del consumidor generada por la propia empresa demandada.-----

IX.3. Sólo resta destacar que los planteos centrales del apelante, cuyo

Casación Formal (inc. 1°, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

tratamiento ha sido omitido por el Mérito, eran dirimientes para la solución de la causa desde que, apelándose al método de inclusión mental hipotético, se advierte que la consideración del argumento marginado del razonamiento podría -eventualmente- provocar una radical mutación de la solución asignada con su prescindencia.-----

En otras palabras, de entender el Tribunal de juicio que la confianza era un valor resarcible en concepto de daño moral, la pretensión intentada a ese título podría -en esa medida- haber prosperado.-----

IX.4. La omisión de pronunciarse o expedirse respecto de uno de los argumentos defensivos esgrimidos por el hoy recurrente, constituye un claro “error in cogitando” por violación al principio de razón suficiente.-----

El principio de razón suficiente, desde su misma conformación lógica en rigor lo que dice es que todo juicio, para ser realmente verdadero, ha menester necesariamente de una razón suficiente; así en la magnífica conceptualización de A. Pfänder (Lógica; Bs. As., Espasa Calpe, 1945, pág. 263 y ss) y que rápidamente es enunciado como: “nada hay sin una razón suficiente”.-----

Conviene señalar en lo que aquí corresponde, que en el orden del razonamiento judicial, cuando se ha utilizado el nombrado principio en realidad a lo que se está apuntando, es a señalar que cierto tipo de pronunciamientos, por caso los que conforman el genérico grupo de las “resoluciones judiciales”, deben contener las “razones” que sean capaces de abonar lo enunciado en el mismo juicio forense que en ellas se sostengan.-----

Dicha razón será suficiente, cuando basta por sí sola para servir de apoyo completo a lo enunciado en el juicio, por consiguiente, no hace falta nada más para que el juicio sea plenamente justificado (Romero, F.; Pucciarelli, E., Lógica, Bs. As., Espasa Calpe, 1945, pág. 34). En puridad hay que señalar, que el principio de razón suficiente no es la verdad del juicio sino precisamente su fundamento; como que la verdad o la ontologicidad del mismo por una parte y la justificación de ello por otro; sólo son equivalentes en su validez, mas no son la misma cuestión. El principio de razón suficiente tiene como sentido propio declarar de un modo general qué es lo que necesita un juicio para que su pretensión de verdad no sea una pretensión vacía, sino completa.-----

Mas la búsqueda por lo ontológico de la pretensión, es una indagación de otra especie y que en ciertas ocasiones ha sido considerada como “principio ontológico de razón suficiente”, y dicha distinción es la que permite explicar sin más, que si el juicio carece de razón

suficiente, en rigor lo que ocurre es que la pretensión que en el mismo se sostiene no se justifica, pero ello no obsta a su misma existencia (Pfänder, A.; ob. cit., pág. 269 y ss.).-----

En el caso de marras, no se ha meritado un argumento dirimente introducido oportunamente por el recurrente (ni se han expresado las razones que justifiquen su exclusión) lo que prueba la falta de completitud del razonamiento revisado.-----

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

Asimismo tal insuficiencia en la fundamentación ha privado al impugnante del conocimiento de las razones jurídicas que eventualmente enervarían su pretensión no dándose respuesta concreta a los agravios por él planteados y violándose el precepto constitucional contenido en el art. 155 de la Constitución provincial y su correlato en la ley formal (art. 326 CPCC), lo que justifica, en este segmento, el acogimiento de la casación intentada.-----

X. En función de lo expresado en los acápites que anteceden , propongo hacer lugar parcialmente al recurso de casación impetrado, anulando en forma parcial el decisorio cuestionado, sólo en cuanto rechaza la pretensión de daño moral impetrada por la parte actora, con basamento en la pérdida de confianza a la marca, y disponer el reenvío de la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial que sigue en Nominación a la de origen, a fin de que se expida sobre este aspecto de la reclamación de daño moral que fuera privado de tratamiento.-----

-

XI. El acogimiento parcial de la impugnación articulada, impone también dejar sin efecto la imposición de costas dispuesta por la Alzada (arg. art. 76, in fine, CPCC) y las regulaciones

practicadas en su mérito, dado el carácter accesorios que dichos capítulos invisten.-----

Así voto.-----

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR CARLOS FRANCISCO GARCÍA ALLOCCO, DIJO:-----

Adhiero a los fundamentos brindados por el Señor Vocal Armando Segundo Andruet (h). Por ello, compartiéndolos, voto en igual sentido a la primera cuestión planteada.-----

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR DOMINGO JUAN SESIN, DIJO:-----

Comparto los fundamentos expuestos por el Señor Vocal del primer voto.-

Así voto.-----

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR ARMANDO SEGUNDO ANDRUET (h), DIJO.-----

A mérito de la respuesta dada al primer interrogante, propongo:-----

I) Acoger parcialmente el recurso de casación interpuesto por el motivo del inc. 1º del art. 383, CPCC, y, por consiguiente, anular parcialmente la sentencia número cuarenta y nueve de fecha 17 de abril de 2012, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de esta ciudad, sólo en cuanto rechaza el reclamo resarcitorio formalizado en la demanda en concepto de daño moral derivado de la pérdida de confianza a la marca.-----

II) Tocante el régimen causídico aplicable al caso, el éxito parcial obtenido en esta Sede, como así también la especial consideración de las circunstancias que particularizan el caso, instruyen como solución justa que las costas devengadas en la presente instancia extraordinaria sean soportadas por el orden causado.-----

Casación Formal (inc. 1º, art. 383, CPCC). Arbitrariedad normativa. No procede. Omisión de valorar prueba confesional. No

procede. Omisión de valorar prueba dirimente. Deficiente pericia técnica. No procede. Omisión de analizar un argumento dirimente.

Procede. Costas por su orden, atento la complejidad de la causa. Razones plausibles para litigar.

Sin desconocer que el recurso de casación fue deducido al amparo de la causal formal -inc. 1º del art. 383, C.P.C.- (lo cual obstaría, en principio, ponderar el grado de dificultad que haya podido alcanzar la composición del conflicto de fondo en las instancias ordinarias del proceso), lo real y concreto es que, en autos, muchas de las críticas que lo informaran (en especial, las dirigidas a acusar arbitrariedad normativa, por supuesto apartamiento de las prescripciones contenidas en los arts. 52 bis y 53, L.D.C.) reconocían como presupuesto de procedencia la hermenéutica que su promotor auspiciara de las normas legales en juego, tornando casi imperceptible la distinción entre vicio in iudicando e in procedendo.-----

Siendo ello así, no pueden dejar de ponderarse en el trance la inocultable complejidad de la materia objeto del proceso (daño punitivo), la divergencia de criterios que divide a la doctrina especializada en torno a la recta interpretación atribuible a las normas legales en juego -en especial, las vinculadas al Estatuto del Consumidor-, y la relativa escasez de precedentes que la jurisprudencia local informa en relación al tópico, circunstancias estas que, en su conjunto, pudieron razonablemente crear en ambas partes la legítima convicción de hallarse asistidos por razones plausibles para litigar (arg. art. 132 y 130 in fine, C.P.C.).-

III) Disponer el reenvío de la causa a la Cámara que sigue en Nominación a la de origen, a fin de que se pronuncie sobre los aspectos litigiosos devenidos irresolutos, conforme lo determinado en los puntos X y XI de la presente resolución.-----

IV) No regular honorarios en esta oportunidad (arg. art. 26, ley 9459, a contrario sensu).----

Así voto.-----

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR CARLOS FRANCISCO GARCÍA ALLOCCO, DIJO:-----

Adhiero a la solución a que arriba el Señor Vocal del primer voto.-----

Así voto.-----

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR DOMINGO JUAN SESIN, DIJO:-----

Coincido con la respuesta proporcionada por el Sr. Vocal Dr. Armando Segundo Andruet (h), ya que el mismo expresa la solución correcta a la presente cuestión.-----

Por ello, voto en idéntico sentido.-----

Por el resultado de los votos emitidos, previo acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Comercial, -----

RESUELVE: -----

I. Acoger parcialmente el recurso de casación interpuesto por el motivo del inc. 1° del art. 383 del C.P.C.C-. y, en su mérito, anular en forma parcial la Sentencia número Cuarenta y nueve de fecha 17 de abril de 2012, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de esta ciudad.-----

II. Imponer las costas en esta sede extraordinaria por el orden causado.----

III. Reenviar la causa a la Cámara que sigue en Nominación a la de origen, a fin de que se pronuncie sobre los aspectos litigiosos devenidos irresolutos, conforme lo determinado en los puntos X y XI de la presente resolución.-----

IV. No regular honorarios en esta oportunidad.-----

Protocolícese e incorpórese copia.-----

Armando Segundo Andruet (h)

Presidente de la Sala Civil y Comercial T.S.J.

Dr. Carlos Francisco García Allocco Dr. Domingo Juan Sesin

Vocal del Tribunal Superior de Justicia Vocal del Tribunal Superior de Justicia

CONCLUSION PARCIAL

Para cerrar este capítulo podemos concluir diciendo que si bien el art. 52 bis de la LDC hace referencia a la violación por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, la jurisprudencia y también la doctrina han aportado otros elementos que también deben ser tenidos en cuenta para definir su procedencia. Se debe tener en consideración también la conducta del demandado y el riesgo que dicho comportamiento trae como consecuencia de aquella a los terceros para poder aplicar eventualmente la figura de daños punitivos. Existen hechos o conductas por parte de los proveedores que por ser habituales provocan lo que se conocen como microdaños, que al ser de incidencia colectiva, constituyen conductas antisociales que dan cuenta de una manifiesta indiferencia hacia los intereses ajenos y las cuales deben ser sancionadas para frenarlas de alguna manera. Los proveedores con motivo de comercializar sus productos o servicios causan en el consumidor pequeños daños, casi imperceptibles con proyección social que para los ojos de algunos jueces y visto desde un caso particular dicho perjuicio no configuraría en la figura de daños punitivos, sin saber, tal vez, de muchos otros similares que no fueron denunciados por las víctimas, y de esta manera las empresas se enriquecen a costas del consumidor o usuario.

CONCLUSION FINAL

En este trabajo final de graduación en el cual he abordado el tema del derecho de daño o daños punitivos, se han tratado diversos temas en relación a la materia que me permitieron comprender la importancia que significa esta figura para el derecho argentino y la sociedad toda.

Durante el desarrollo del mismo 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 gestando desde hace un tiempo 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.

La mayoría de la doctrina se ha pronunciado a favor de su introducción considerando que los daños punitivos resultan un instrumento útil para la disuasión de ciertas conductas graves e intolerables por la sociedad y en general se reconoce la necesidad de completar las funciones de la responsabilidad civil a través de un régimen sancionatorio que recepte los aspectos preventivos y punibles de las conductas antisociales.

Luego de haber leído y analizado el problema de la cuantificación de los daños punitivos y de haber explorado en distintas doctrinas y jurisprudencia extranjera, considero que a pesar de que la decisión quede librada al prudente arbitrio de los jueces, estos no se eximen del deber de fundar el pronunciamiento. Las indemnizaciones por daños punitivos desde mi humilde punto de vista deben graduarse según la gravedad de la falta cometida por el demandado, su situación económica, su conducta posterior, los beneficios por aquel obtenidos como consecuencia del ilícito, los daños sufridos por la víctima. Sin embargo se debe tener en cuenta que los jueces gozan de independencia e imparcialidad, es por ello que las decisiones podrán tener cierta homogeneidad unas con otras pero siempre dependerán de la subjetividad de cada juez.

El problema de la cuantificación de los daños punitivos también podría resolverse calculando objetivamente el costo de prevención que hubiere gastado el agente dañador que debió razonablemente adoptar para evitar la producción del daño. Esto es así ya que puede ocurrir que para el demandado es menos costoso pagar la indemnización que adoptar las medidas de prevención correspondientes. La aplicación de esta forma para calcular los daños punitivos tiende a reafirmar el fin primero de dicho instituto que es precisamente disuadir su futura concurrencia. Es por ello que la indemnización por daños punitivos debe ser de una importante envergadura para cumplir con el fin de prevención.

BIBLIOGRAFIA

Legislación:

a) Nacional:

- Art. 52 bis, Ley 24.240 de Defensa del consumidor.
- Art. 14 Código Civil y Comercial de la Nación.
- Art. 1744 Código Civil y Comercial.
- Art. 1737, Código Civil y Comercial de la Nación.
- Art. 1739 Código Civil y Comercial de la Nación.
- Art. 1716, Código Civil y Comercial de la Nación.
- Art. 1717, código Civil y Comercial de la Nación.
- Art. 17 de la Constitución Nacional.
- Art. 19 de la Constitución Nacional.
- Art. 42 de la Constitución Nacional

- Art. 1109 Código Civil de Vélez Sarsfield
- Art. 377, CPCCN.

- Art. 1587, Proyecto de Código Civil y Comercial 1998.
- Art. 1601 del Proyecto de Código Civil de 1998.
- Art. 1714, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.
- Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 2012, goo.gl/0F7wB2.
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Tercero, Título V, Capítulo I, punto 10.

b) Internacional:

- 1383 del código francés

Doctrina:

1. LIBROS:

- Aguirre Astigueta, Sebastián, (2010) *Mora y daño punitivo*, LL NOA.
- Bustamante Alsina, Jorge, (1990), *Equitativa valuación del daño no mensurable*, LL, citado por Nallar F. en *Daños punitivos*, (2016).
- Brodsky, J. M. *daño punitivo, prevención y justicia en el derecho de los consumidores*.
- Calvo Costas, C. A., *Daño resarcible*, (2005). Hammurabi, Bs. As., citado por Nallar F., (2016) en *El daño resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.
- Conte ,Grand, (2003) citado por Lorenzetti y Schotz.
- De Cupis, *El daño*, (1975), citado por Nallar F., (2016) en *Daños Punitivos*.
- Larenz, *Derecho de Obligaciones*, cit., citado por Nallar F., (2016) en *El daño resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.
- Llambias, J. J. (1978) *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, t. I*, Perrot, Bs. As., citado por Nallar F., (2016) en *El Daño resarcible en el nuevo código civil y comercial de Nación, Bs. As., Cathedra Jurídica*.
- Llambias, *Tratado de derecho civil. Obligaciones, t. I*, cit., Citado por Nallar F., (2016) en *El daño resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.
- López Herrera, *Teoría general de la responsabilidad civil*.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, (2009). *Consumidores*, Segunda edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- Nallar. F., (2016). *El daño resarcible en el nuevo código civil y Comercial de la Nación*, Ciudad Autónoma de Bs. As.: Cathedra Jurídica.
- Nallar F. (2016) *Daños punitivos*, ciudad autónoma de Bs. As.
- Padilla, R. (1996) *Responsabilidad civil por mora*, citado por Nallar F. (2016) *Daños Punitivos*, Bs. As.
- Rusconi, (2009).
- Sampieri, (2006).

- Stiglitz, *El daño resarcible: aspectos generales*, cit., citado por Nallar F., (2016) en *El daño resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.
- Stiglitz, G.A., (1987), *Daños y perjuicios*, Ediciones La Rocca, Bs. As., citado por Nallar F. (2016) en *El daño resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.
- Zavala de González, M., *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Bs. As., Hammurabi, 2004.
- Zavala de Gonzalez, M.(1999). *Resarcimiento de daños*, Bs. As., citado por Nallar, F. (2016) en *Daños punitivos*.

2. REVISTAS:

- Martínez Alles, M. G.(2012).*Para qué sirven los daños punitivos, Modelos de sanción privada, Sanción social y Disuasión óptima*, en Revista de Responsabilidad civil y seguros, año XIV, n° 5, mayo de 2012, Bs. As., La Ley.

Jurisprudencia:

Nacional:

- Fallos, 329:2316, citados por Nallar, F., 2016 en “El daño resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”.
- MACHINANDIARENA, HERNANDEZ NICOLAS C/ TELEFONICA ARGENTINA, 27/05/2009.
- TSJ de Córdoba, "TEIJEIRO (O) TEIGEIRO LUIS MARIANO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G – ABREVIADO – OTROS – RECURSO DE CASACIÓN (EXPTE. 1639507/36 - T 14/12)", Sentencia N° 63, de fecha 15/4/2014.

Internacional:

- 2 Wils KB 203, 95 Eng. Rep. 766 (1763).
- 2 Wils KB 205, 95 Eng. Rep. 768 (1763).
- N.J. (Coxe) 77 1791. ¹³ —Day v. Woodworthll, 54 US (13 How) 363, 371 (1851).

