

(Tomo 205:477/492)

\_\_\_\_\_ Salta, 16 de mayo de 2016.  
\_\_\_\_\_ Y VISTOS: Estos autos caratulados "**FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MACARENA ELIZABETH; BLANCO, JOEL IVÁN Y SU HIJO MENOR BLANCO, THIAGO VS. SWISS MEDICAL S.A. - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD**" (Expte. N° CJS 37.748/15), y \_\_\_\_\_

**CONSIDERANDO:**

\_\_\_\_\_ Los Dres. **Susana Graciela Kauffman, Guillermo Alberto Posadas, Ernesto R. Samsón, Guillermo Alberto Catalano y Abel Cornejo**, dijeron:

\_\_\_\_\_ 1º) Que a fs. 333/336 vta. la parte actora interpone recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de fs. 326/331 de la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, que confirmó el rechazo de la acción deducida.

\_\_\_\_\_ Según los impugnantes el fallo de la alzada vulnera los derechos y garantías constitucionales de defensa en juicio, a un debido proceso, de propiedad y de protección al consumidor, y resulta arbitrario por cuanto no constituye una derivación razonada del derecho vigente y se aparta de las circunstancias comprobadas en la causa.

\_\_\_\_\_ Señalan que su pretensión consiste en la adecuada aplicación del daño punitivo en los términos del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. Indican que la sentencia impugnada centra su análisis exclusiva y erróneamente en cuanto a si se probaron o reclamaron otros daños y perjuicios, sin tener en cuenta los graves incumplimientos de la demandada y su responsabilidad. Exponen que la Cámara pretendió legislar al imponer requisitos no exigidos por la ley en desmedro del consumidor.

\_\_\_\_\_ Sostienen que el tribunal confirmó la sentencia de primera instancia con argumentos que desnaturalizan la ley que nació para defensa del consumidor al sostener que no existe acción autónoma para reclamar daños punitivos en tanto el art. 52 bis de la Ley 24240 no exige para la procedencia de la multa civil que deba alegarse ni demostrarse la existencia del daño sufrido ni su relación de causalidad, sino que el requisito legal es que se configure una conducta grave, lo que en el caso se verifica con las pruebas aportadas y que no fueron atendidas por la Cámara.

\_\_\_\_\_ Expresan que la finalidad de los daños punitivos no es mantener la indemnidad de la víctima ni restablecer las cosas al estado anterior sino que tienden a prevenir y desalentar la reiteración de conductas dañosas similares. Aducen que el "a quo" ha omitido, sin razón, considerar los graves incumplimientos del proveedor, los riesgos creados y demás parámetros de punición establecidos por los arts. 47 y 48 de la LDC. Indican que la conducta de la accionada ha sido abusiva y resulta pasible de sanción, y que allí radica la gravedad del hecho que prevé la norma. Manifiestan que en el fallo atacado se ha omitido aplicar el principio rector de las relaciones de consumo como es el de "in dubio pro consumidor", y con ello se ha desnaturalizado la figura del caso.

\_\_\_\_\_ Aducen que se encuentra acreditado en el expediente el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de la demandada y que la gravedad del hecho se verifica en la afectación de los derechos a la salud y a la vida, el interés superior del menor y el derecho a la información al no cumplir con la obligación de prestar adecuadamente los servicios de cobertura, dispo-

niendo la rescisión unilateral del contrato de consumo con base en presupuestos falsos y abusivos.

Concedido el recurso por el tribunal "a quo" a fs. 338/339, a 352/356 vta. dictamina la Sra. Asesora General de Incapaces; a fs. 359/363 vta. y 366/371 se agregan los memoriales formulados por las partes, y a fs. 376/377 vta. presenta su dictamen la Sra. Fiscal ante la Corte N° 2, encontrándose ahora los autos en estado de resolver.

2°) Que como tal, la doctrina de la arbitrariedad es el medio para resguardar las garantías de la defensa en juicio y a un debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (esta Corte, Tomo 59:527; 61:743; 70:987; 71:1; 77:619; 87:769; 96:521).

En consonancia con ello, corresponde determinar si lo decidido importa un tratamiento inadecuado y dogmático del planteamiento propuesto, es decir, si adolece de defectos que lo invalidan como acto jurisdiccional (cfr. CSJN, Fallos, 301:1002; 310:1638).

3°) Que en el caso, el tribunal "a quo" confirmó la improcedencia de la acción deducida con fundamento en que no existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. En ese contexto sostuvo que la actora no acreditó, ni siquiera alegó, que haya sufrido daño alguno derivado del argumentado incumplimiento, el que no puede presumirse, y que ello configura uno de los requisitos esenciales para la procedencia del reclamo por daño punitivo.

4°) Que el art. 52 bis de la LDC, en lo que aquí interesa, establece que 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.

De la lectura de la norma citada no se observa que el legislador haya establecido para la procedencia de la acción la existencia de un daño o que el reclamo por daños punitivos deba deducirse en el contexto de una demanda por daños y perjuicios.

En efecto, más allá de las consideraciones que se hayan expuesto en torno a la figura y la postura particular asumida al respecto, la doctrina ha señalado que los daños punitivos permiten una reparación cuya causa remite, en última instancia, a sancionar el incumplimiento "per se", y cuya justificación coadyuva a la prevención. Puede decirse, entonces, que la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación (cfr. Farina, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", Ed. Astrea, 4ª edición actualizada y ampliada, Bs. As., 2011, pág. 567).

Por su parte Miguel A. Piedecasas sostiene, al destacar algunos de los aspectos más importante de esta regulación, que el daño punitivo tiene el carácter de una multa civil, o sea que se independiza del daño efectivamente sufrido, por lo menos en principio y en referencia a su procedencia (cfr. "La Ley 26321. Reseña General", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario" - 2009-1 "Consumidores", Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 124).

\_\_\_\_\_ A su vez Guillermo Pedro Tinti y Horacio Roitman, al analizar las exigencias de los daños punitivos en la Ley 24240, sostienen que la Ley 26361 incorporó esta figura, situándola en el marco de la regulación sobre acciones judiciales. De acuerdo al texto de la norma, la única exigencia para que los daños punitivos resulten aplicables sería "que el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor". Esto sólo, de acuerdo al texto de la ley, resultaría suficiente, sin requerirse -al parecer- nada más para que la pena pueda ser impuesta (cfr. "Daño Punitivo" en "Revista de Derecho Privado y Comunitario" 2012-1, "Eficacia de los derechos de los consumidores", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, pág. 215).

\_\_\_\_\_ Asimismo se sostuvo, aun señalando que el presupuesto de hecho que determina su aplicación es de una extrema laxitud, que la ley dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir otro requisito (cfr. Pizarro, Ramón D.; Stiglitz, Rubén S., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", La Ley Online: AR/DOC/ 1219/2009).

\_\_\_\_\_ A igual conclusión arriba Sebastián Picasso, quien no obstante considerar inconveniente su admisión en nuestra legislación, al examinar el art. 52 bis de la LDC expresa que la primera constatación que surge del análisis de la norma es que las condiciones de procedencia de los "daños punitivos" quedan reducidas en ella al hecho de que el proveedor incumpla sus obligaciones para con el consumidor. De acuerdo al texto sancionado, bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no culpa del proveedor, haya o no un daño realmente causado al consumidor (cfr. "Nuevas Categorías de Daños en la Ley de Defensa del Consumidor", en "Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor", Suplemento especial de La Ley, Abril 2008, Bs. As., pág. 133).

\_\_\_\_\_ 5°) Que de las consideraciones expuestas precedentemente surge que la LDC no niega la posibilidad de iniciar una demanda autónoma por daño punitivo ni exige que para incoarla se invoque la existencia de un daño, en contraposición a lo que sostiene la Cámara. Por ello no resulta procedente imponer requisitos donde no han sido previstos por el legislador que obsten al justiciable el reclamo de los derechos que entiende que le corresponden.

\_\_\_\_\_ 6°) Que a mérito de lo expresado cabe concluir que lo decidido por el "a quo" contraviene lo dispuesto por la Constitución Nacional al haber incurrido en una vulneración del debido proceso, circunstancia que conduce a considerarlo como un acto jurisdiccional inválido y torna procedente su descalificación, sin que ello implique pronunciamiento alguno sobre la procedencia o no del daño punitivo reclamado.

\_\_\_\_\_ En razón de lo expuesto, y por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad, corresponde admitir el planteo de inconstitucionalidad y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 326/331 y ordenar que bajen los autos a la Sala de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial que corresponda, para el dictado de un nuevo pronunciamiento, con arreglo al presente. Con costas.

\_\_\_\_\_ El Dr. **Guillermo Félix Díaz**, dijo:

\_\_\_\_\_ 1°) Que adhiero a la relación de causa efectuada en el primer considerando del voto que antecede, mas no comparto la solución jurídica que se propone.

\_\_\_\_\_ 2°) Que en forma liminar, es menester precisar, tal como lo ha señalado reiteradamente esta Corte, que el recurso de inconsti-

tucionalidad es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva, en tanto su eventual admisión se circunscribe a los supuestos en que una cuestión constitucional oportunamente introducida, deviene esencial para la resolución de la causa.

Es así que el remedio extraordinario, lejos de constituir la apertura de una tercera instancia, sirve para el cumplimiento del estricto control de constitucionalidad, y por ello no puede importar en modo alguno la habilitación de una etapa revisora de sentencias pronunciadas por los respectivos tribunales de apelación, en tanto en ellas no se evidencien vicios de entidad grave como para producir una lesión a un principio constitucional, o su descalificación como actos jurisdiccionales válidos en el ámbito preciso de la doctrina de la arbitrariedad (esta Corte, Tomo 64:855; 72:581; 100:139).

Es por ello que, con la llamada doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar las garantías de la defensa en juicio y a un debido proceso, al exigirse que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (cfr. esta Corte, Tomo 54:995; 59:527; 61:53; 93:255; 112:315; 130:1083).

En consonancia con lo señalado, corresponde determinar si lo decidido importa un tratamiento inadecuado y dogmático del planteamiento propuesto, es decir, si adolece de defectos que lo invalidan como acto jurisdiccional.

3°) Que por su parte, los recurrentes cimientan la arbitrariedad en la circunstancia de que el tribunal "a quo" efectuó aditamentos sobre la procedencia del daño punitivo (art. 52 de la Ley de 24240 y sus modif. -en adelante LDC-) que soslayan -según argumentan- los términos de la ley y las pruebas rendidas en autos, cercenando sus derechos de propiedad, a un debido proceso, de defensa en juicio y de protección al consumidor (arts. 42 y 31 de la C.N.).

Para resolver del modo en que lo hizo el tribunal "a quo" consideró, en forma oficiosa, que la acción no había sido articulada como una demanda de daños y perjuicios sino como un reclamo autónomo de daño punitivo e indicó que al no haberse invocado un daño como consecuencia del incumplimiento, como así tampoco una relación de causalidad entre uno y otro extremo, los agravios no poseían virtualidad para modificar la decisión del magistrado de la primera instancia, desestimatoria del planteo efectuado por los actores.

4°) Que por de pronto, cabe adelantar que no se configura en el "sub examine" el alegado supuesto de arbitrariedad que afecte el pronunciamiento recurrido, conclusión a que se arriba a partir de los agravios esgrimidos desde un doble orden de razones procesales y sustanciales.

En tal sentido y desde el primer aspecto, se impone destacar que la cuestión relativa a la viabilidad de la acción -introducida en forma oficiosa por la alzada-, se enmarca dentro de las facultades propias que le competen en ejercicio de sus poderes como tribunal de apelación, en tanto remiten a cuestiones que atañen a la procedencia de la acción.

En efecto, se ha sostenido que "en el análisis que debe hacer el juzgador, aun sin petición de parte sobre si están cumplidos o no los presupuestos que hagan viable la reclamación del actor, puede interpretar tanto los hechos como las pruebas y debe también aplicar el derecho que corresponda al caso, para lo cual,

por el 'principio iura novit curia' no está vinculado al derecho alegado por las partes. Y sobre estas cuestiones se puede pronunciar el juez de primera instancia aun cuando no haya existido planteo de la parte demandada, de igual manera lo puede hacer el tribunal de alzada que, en lo que ha sido objeto de apelación, asume la plenitud de la jurisdicción: por tal circunstancia entonces, tales cuestiones pueden ser consideradas por el tribunal de apelación, aun cuando no hayan sido planteadas por la demandada en la instancia de grado porque no se trataría de capítulos no propuestos que estuviera ella obligada a proponer en los términos del art. 277 del Cod. Procesal" (cfr. Loutayf Ranea, Roberto, "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Astrea, Buenos Aires, 2009, Tomo I, pág. 189).

Lo hasta acá dicho descarta, en consecuencia, la alegada arbitrariedad sobre este punto.

5°) Que sentado lo anterior tampoco resulta descalificable en los términos planteados por los impugnantes lo decidido por el tribunal "a quo" sobre la procedencia del reclamo de daño punitivo, ponderado en virtud del ejercicio legítimo de aquellas facultades.

Es que si bien de la lectura del artículo 52 de la mentada normativa se extrae que el mero incumplimiento del proveedor torna operativo el instituto allí regulado, lo cierto es que el análisis de procedencia requiere la concurrencia de conductas que lo exorbitan y de la adecuada prudencia judicial.

Así, esta Corte ha dicho que "si bien dicha norma [art. 52 de la LCD] sólo sujeta la procedencia de esta sanción [daño punitivo] a la existencia de incumplimiento de cualquier obligación contractual o legal, cabe reparar que otorga plena discrecionalidad al juez, quien al momento de decidir su imposición debe tener en consideración las características y fines del instituto y, en este orden, si se presentan en el supuesto del que se trate, hechos graves o circunstancias que ameriten recurrir a ella. De tal manera, debe ser la prudente apreciación judicial la que defina en cada caso los parámetros objetivos a tener en cuenta al aplicar la figura bajo análisis". Además, "teniendo en consideración sus fines, sus antecedentes en el derecho comparado, así como la doctrina jurídica nacional previa y posterior a la sanción de la Ley 26361, se considera que el juez debe ser especialmente prudente al momento de decidir su imposición, aplicando el instituto en supuestos excepcionales en los cuales quien daña lo hace con el propósito de obtener un rédito o beneficio, o al menos, con un grave menosprecio para los derechos de terceros" (Tomo 183:191).

6°) Que con ese marco, se desprende que el núcleo de la controversia consiste en dilucidar si es viable un reclamo autónomo por daño punitivo. A tal fin, es preciso recordar que el cimero Tribunal federal ha sostenido reiteradamente que la primera pauta de interpretación de la ley "es dar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya primera fuente es la letra de la ley; en esta tarea no pueden descartarse los antecedentes parlamentarios que resultan útiles para conocer su sentido y alcance" (Fallos, 313:1149; 321:2594, entre otros).

Pues bien, de la exposición de motivos de los redactores del proyecto ante el pleno de la Cámara de Diputados, surge que la finalidad perseguida con los daños punitivos fue prever un instituto que permitiera disuadir al dañador y que se adicionara a las indemnizaciones que pudieran corresponder, dado que "el artículo

propuesto incorpora al estatuto del consumidor la figura del daño punitivo del derecho anglosajón, consistente en una sanción de multa a favor de aquél cuando ha sido víctima de una conducta disvaliosa del proveedor. Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad" (cfr. Diario de Sesiones de Cámara de Diputados de la Nación, 25ª Reunión - 18ª Sesión Ordinaria - agosto 9 de 2006 - Período 124º, pág. 99).

Idéntico espíritu se mantuvo al modificar el proyecto inicial en el seno de la Cámara de Senadores al poner de manifiesto que "el daño punitivo, es una multa civil que tiene su antecedente en el derecho anglosajón. En los Estados Unidos y en España fue un remedio eficaz para precaver los propios daños" (discurso del senador Petcoff Naidenoff del Diario de Sesiones de Cámara de Senadores de la Nación, 21ª Reunión - 17ª Sesión Ordinaria - 19 de diciembre de 2007 - Período 125º, pág. 49). La senadora Negre de Alonso apuntó que en el derecho anglosajón se la denomina sanción ejemplificadora, y frente al hecho, se la aplica además de la indemnización del daño directo y de los daños y perjuicios (op. cit., pág. 56).

De lo precedentemente expuesto se sigue que el legislador consideró que la inclusión de esta figura tuvo por fin generar mecanismos disuasorios del daño mediante la imposición de multas civiles.

7º) Que tal hermenéutica fue desarrollada por la doctrina al indicar que "el objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran. Por eso, la prevención constituye función insoslayable de la responsabilidad por daños. En esta inteligencia, el principio de reparación plena o integral no cubre todos los daños y todas las consecuencias, y de allí, que la exigencia ética y jurídica de 'no dañar' requiere ante todo impedir daños injustos, al margen de reparar los causados, de manera tal que las infracciones serias de prevención son pasibles de sanciones privadas contra el dañador que deberían satisfacer una función disuasoria. En esta línea se articula el artículo 52 bis de la LDC, asumiendo que el derecho de daños debe satisfacer no sólo intereses privados de las víctimas, sino también aplicar sanciones económicas disuasorias de actividades injustamente perjudiciales, preservando un derecho genérico a no ser víctima" (Zavala de González, Matilde, "Función preventiva de daños", La Ley, 03/10/2011, 1, pág. 1).

En sentido concordante se ha señalado que "el instituto en cuestión parte, en efecto, de la premisa de que la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, en particular cuando quien daña a otro infringiendo el ordenamiento jurídico lo hace deliberadamente, o, al menos, con grave menosprecio para los derechos de terceros, con una negligencia o descuido craso" (cfr. Trigo Represas, Félix A., "La prevención y el daño punitivo", Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008-2).

Ilustran asimismo esta inteligencia, expresiones tales como que "Los daños punitivos son siempre accesorios a una situación gravemente dañosa que no puede ser presumida, sino que debe ser demostrada. El abogado que pretenda demandar daños punitivos debe estar consciente de que son un 'plus', un agregado a la condena de carácter excepcional y no rutinario. Por eso lo que debe demostrar

es que su cliente realmente fue perjudicado en grado sumo por el proveedor a quien se debe disuadir de incurrir en su conducta" (cfr. López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA 2008-II, págs. 1208/1209); que "frente a cierta clase de daños, se dice, no basta con indemnizar a la víctima; hay que generar mecanismos que importen para el responsable una erogación sustancialmente superior a la necesaria para reparar el perjuicio, de modo que no se obtenga ganancia alguna del ilícito cometido" (cfr. Picasso, Sebastián, "Sobre los denominados 'Daños Punitivos'", LL 2007-F, pág. 1157), y que "la pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados" (cfr. Stiglitz, Rubén S., Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", La Ley, 2009-B, pág. 956).

Sobre tales bases, cabe afirmar que el reclamo de daños punitivos no puede intentarse, como lo pretenden los recurrentes, en forma autónoma toda vez que el instituto, por su propia naturaleza, tiene vocación para cumplir una función disuasoria que supone la reprobación de conductas dañosas con miras a desalentar el acaecimiento de idénticas o semejantes en el futuro.

La alegada autonomía se refiere a aquella de carácter sustancial, pues nada impide que pueda intentarse su reclamo por vía de una acción distinta a la de daños y perjuicios -en la medida en que no se encuentre prescripto-, siempre que la conducta haya sido previamente juzgada como ilícita.

Es que si bien los parámetros para determinar la procedencia del daño punitivo son diversos al tratamiento que debe propiciarse en torno a la existencia del daño, ello no empece a que su examen deba enmarcarse o ser enmarcado en una acción donde se efectúe un reproche de conducta hacia el dañador, para advertir en abstracto, junto a los demás requisitos de procedencia, en qué medida la función reparadora resulta en el caso insuficiente. Tal el temperamento que sostuve como "obiter" en el precedente registrado en esta Corte, Tomo 165:977, considerando 6° "in fine" de mi voto.

8°) Que en mérito de lo expuesto, corresponde el rechazo del recurso de inconstitucionalidad bajo análisis, con costas (arts. 67 y 68 del C.P.C.C.).

El Dr. **Sergio Fabián Vittar**, dijo:

Que me adhiero al voto del señor Juez de Corte Dr. Guillermo Félix Díaz.

Por lo que resulta de la votación que antecede,

**LA CORTE DE JUSTICIA,**

**RESUELVE:**

I. **HACER LUGAR** al recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 333/336 vta. y, en consecuencia, **dejar sin efecto** la sentencia de fs. 326/331. Con costas.

II. **ORDENAR** que bajen los autos a la Sala de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial que corresponda, a los fines del dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

III. **DISPONER** que se remita testimonio de esta sentencia a la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial.

IV. **MANDAR** que se registre y notifique.

(Fdo.: Dres. Susana Graciela Kauffman, Guillermo Alberto Posadas, Ernesto R. Samsón, Guillermo Alberto Catalano -Presidente-, Abel Cornejo, Guillermo Félix Díaz y Sergio Fabián Vittar -Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso -Secretaria de Corte de Actuación-).