



NEUQUEN, 9 de Mayo del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**HEINRIKSEN CARLOS A C/ GALENO ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ACCION CIVIL**" (JNQLA5 EXP 508767/2016) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La Sra. Jueza hace lugar a la demanda en forma parcial.

No acuerda la reparación integral y desestima la pretensión del daño punitivo.

Este último aspecto es el aquí apelado, conforme los términos de la expresión de agravios que da cuenta la presentación de hojas 257/264.

La actora critica dos aspectos centrales: por una parte, que la magistrada haya considerado que el régimen de defensa del consumidor no es aplicable en las relaciones regidas por la ley 24.557.

Por la otra, que considere que no se encuentran dados los recaudos para la aplicación de la multa prevista en el artículo 52 bis de la ley 24.240.

Sustanciados los agravios, no son contestados.

2. Así planteada la cuestión, entiendo que el recurso no puede prosperar.

En efecto, el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, según modificación introducida por la ley 26.361, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del daño punitivo. Expresamente contempla que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el



consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicarle 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.

Es que aquí, la cuestión se aleja del ámbito reparatorio, para centrarse, fundamentalmente, en la función preventiva de la responsabilidad civil (o, como prefieren otros señalar, del derecho de daños). Por ello, la ausencia de condena de un rubro reparatorio, no obsta a la aplicación del daño punitivo.

Así, "...el denominado daño punitivo es una pena privada que consiste en una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos que tiene por finalidad castigar una grave inconducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro" (cfr. Barreiro, Rafael F. "La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo". El daño punitivo, Publicado en: RCCyC 2016 (junio), 185 RCyS 2016-XI, 199).

Como lo he señalado, la magistrada desestima la reparación integral y centra su condena en el reparación sistémica de la ley 24557, lo que podría originar dudas acerca de la procedencia de la aplicación del estatuto del consumidor.

Pero, aun cuando se superara esta controversia, lo cierto es que no advierto reunidos los recaudos para la aplicación de los daños punitivos.

3. Es que, tal como lo hemos indicado en otras oportunidades, para que proceda el daño punitivo es necesario que exista un factor de atribución calificado.



Así, Pizarro habla de "graves inconductas"; Kemelmajer de Carlucci, de "un hecho particularmente grave y reprobable"; en la causa "Durán" se aludió a un grave reproche sobre la conducta del deudor, siendo necesario un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar, por ejemplo, si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros. En suma, se trata de un serio reproche subjetivo al autor, ya sea a título de dolo o de culpa grave.

Es así que señalaba en la causa "Suhs":

"No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. Creemos que la amplitud dada por el legislador a los -por así llamarlos- requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. En el derecho norteamericano se ha aludido a una conducta caracterizada por la "malicia", entendida ésta como una actuación dolosa. También así se la caracterizaba cuando el demandado actuaba de una manera despreciable con indiferencia voluntaria y consciente de los derechos y seguridad de los demás (Civ. Code, par 3294 subd. -c-). No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que, además, consideramos que es necesaria una particular subjetividad. En este punto coincidimos con Alejandro Andrada en que la institución de las "penas privadas" propende al establecimiento de un derecho más igualitario y más justo. En ese marco no parece respetar elementales exigencias de justicia, la circunstancia de tratar igualitariamente a aquel que ha causado un daño por una mera negligencia o imprudencia, que a aquel que comete graves



transgresiones, de manera consciente y aún, en ocasiones, obteniendo pingües ganancias con su reprochable accionar.

En síntesis, aún para sus defensores como Pizarro y el citado autor, debe receptarse el daño punitivo "cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro", en este criterio decididamente nos enrolamos y brevitatis causae "..resulta contrario a la esencia del daño punitivo, y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos hace falta algo más. Un elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos" -López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino, Art.52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA, 2008-II, 1201..." (cfr. Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, "De La Cruz, Mariano Ramón c. Renault Argentina S.A. y otra" 04/06/2010 publicado en: LLLitoral 2010 (diciembre), 1264 Cita online: AR/JUR/53471/2010).

Es que si esta "multa civil", aplicada en beneficio de la víctima, tiene como fin principal el de sancionar a los proveedores de bienes y servicios, que incurran en grave inconducta, supone la existencia de circunstancias excepcionales..."

Y agregaba:

Por ello es que tanto la doctrina como la legislación comparada, establecen como criterios para su procedencia: a) el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado; b) la razonabilidad de la relación entre el importe de los daños punitivos y los daños compensatorios; c) el alcance de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas comparables (cfr. Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo,



"Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, 2004, T. I, pág. 560).

Desde esta perspectiva, la aplicación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor debe ser de carácter excepcional y, por lo tanto, más allá de la obvia exigencia de que medie el "incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor", se requiere algo más, lo que tiene que ver con la necesidad de que exista un grave reproche sobre la conducta del deudor, aún cuando la norma no lo mencione (cfr. Rua, María Isabel, "El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales", JA - 2011-IV, fascículo n° 6, pág. 11/12).

De ello se sigue que su procedencia no puede ser determinada mecánicamente: ante el incumplimiento, la sanción; sino que requiere de un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros o un abuso de posición dominante, o un lucro indebido.

De otro modo, incluyendo la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, siempre correríamos el riesgo de propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil" (cfr. "SUHS JAVIER ALEJANDRO CONTRA ARMORIQUE MOTORS S.A. S/ SUMARISIMO ART. 321", EXP N° 402344/9).

4. Traídos estos conceptos al caso analizado, la sanción no es procedente.

Conforme llega firme a esta instancia y por lo tanto, no es pasible de revisión en esta Alzada, la enfermedad padecida -según el relato actoral- tuvo génesis en el ambiente laboral, producto del mobbing derivado de la postergación en los ascensos y exoneración dispuesta.

Sin embargo, no advierto que la conducta llevada a cabo, consistente en desconocer el carácter profesional de la



afección, revista la gravedad ni la intencionalidad que, conforme lo explicara en los párrafos precedentes, requiere el daño punitivo.

La alegada omisión en los controles, tampoco se presenta con nítida relación de causalidad, máxime cuando se podrá advertir, las conductas reprochadas a la empleadora tienen que ver con el especial régimen de ascensos y promociones en el escalafón policial y su régimen disciplinario, aspectos en los que no podría tener control o injerencia directa la aseguradora.

Los daños por los que aquí se condenan, según arriba firme a esta instancia, debo insistir, no son producto del riesgo o características propias de las tareas, sino de una situación irregular, dada por el mobbing alegado como causante de las dolencias.

Y, en este punto, la comunicación efectuada con fecha 23/06/2016, en el que se hace alusión "a enfermedades mentales contraídas en mi lugar de trabajo como consecuencias de los factores de riesgo a los que me encontraba expuesto", presenta una ambigüedad tal (que no es superada en la comunicación de fecha 9 de agosto), que impide sostener que haya mediado una conducta de desaprensión ante el requirente o una omisión de manera consciente, siendo insuficiente la invocación de que no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales.

En mérito a estas consideraciones, entiendo que el recurso no puede prosperar, debiendo soportar la parte las costas originadas por su intervención ante esta Alzada. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Adhiero al voto que antecede en tanto no se reúnen los presupuestos del art. 51 bis de la LDC para su aplicación (cfr. autos "SANCHEZ MARIANO DIEGO ARMANDO C/MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", EXP N° 420125/2010).



Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 257/264vta. y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 243/251 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 17 Ley 921) y regular los honorarios de la letrada interviniente en la Alzada en el 25% de la suma que le corresponda por su labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA