

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 24366/10-STJ-

SENTENCIA N° 98

//MA, 28 de setiembre de 2010.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Víctor H. Soderó Nievas, Alberto I. Balladini y Luis Lutz, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Alvarez, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: “CHODIMAN AVIAN, Roberto y Otros c/Y.P.F. S.A. s/ ORDINARIO s/CASACION” (Expte. N° 24366/10-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVa. Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en la ciudad de Cipolletti, para resolver los recursos de casación deducidos a fs. 1543/1562 y vta. y a fs. 1564/1588 y vta., deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:----- C U E

S T I O N E S -----

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?- -----

-----2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?- ----- V O T A

C I O N ----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Soderó

Nievas dijo:-----

-----Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia en virtud de los recursos de casación deducidos, por la parte actora a fs. 1543/1562 y vta., y por la demandada a fs. 1564/1588 y vta., contra la Sentencia N° 34 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVa. Circunscripción Judicial, obrante a fs.///.- ///.-1488/1539, que modificó parcialmente el decisorio de Primera Instancia, ratificó la existencia de conducta discriminatoria de la demandada, hizo lugar parcialmente a la apelación de la actora, extendiendo el daño moral a todos los accionantes, y receptó –también parcialmente- la apelación de la demandada, disminuyendo el daño moral en la parte “sancionatoria”.-----

-----Recurso de los Actores: Sostienen que la sentencia de Cámara efectúa una errónea interpretación y aplicación del derecho en lo que respecta a los alcances del daño moral, en la procedencia de la sanción punitiva y en la procedencia del daño al proyecto vida; y que ello viola su derecho de propiedad.- - -

-----Seguidamente, manifiestan que se debió hacer lugar a la sanción punitiva, en función de los nuevos paradigmas de la CSJN., ya que el presente es un caso sin precedentes, debiendo aplicarse una visión creativa del derecho. Asimismo, afirman que se han acreditado los extremos necesarios para la procedencia de la sanción punitiva, tales como: 1)La gravedad de la falta, ya que la actitud asumida por la demandada debe ser considerada como discriminatoria y atentatoria contra la pauta de igualdad de la Const. Nacional; 2)La situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; 3)Los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito, que consisten en el ahorro de YPF S.A., en los pagos de juicios por importantes sumas de potenciales reclamantes, en función de su política de persecución y amedrentamiento masivo; 4)La posición de mercado o de mayor poder del punido, ya que la accionada ostenta el monopolio de la actividad petrolera en la ciudad///.- ///2.-de Catriel; 5)El carácter antisocial de la conducta (contraria al art. 1 de la Ley 23.592, el Convenio 111 de la OIT y el art. 16 C.N.); 6)La finalidad disuasiva futura perseguida, por medio del listado de exclusión; 7)La actitud ulterior del demandado, que una vez descubierta su falta, y mediando una resolución judicial –en el amparo de “ANZORENA”- para que se abstenga de difundir las listas, persistió en su conducta; 8)El número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado; 9)Los sentimientos heridos de la víctima.- - - - -

-----También argumentan que se han violado los nuevos paradigmas de la CSJN. dispuestos en autos: “Aquino” y “Vizotti”. Así entienden que el Máximo Tribunal Nacional en el primero de los precedentes ha marcado los siguientes postulados: a)Las leyes del mercado no pueden estar por sobre los derechos humanos; b)Vigencia del Principio Protectorio: “El sujeto preferente de tutela es el trabajador”; c)Los derechos laborales, y en particular el derecho a la protección contra el despido arbitrario son derechos fundamentales. Por su parte señalan que en “AQUINO” el mencionado Tribunal ha adherido a los siguientes principios: a)Respeto incondicional por el Principio de Reparación Integral; b)El valor de la vida Humana y las manifestaciones del espíritu; c)El compromiso de aplicación del Principio de Progresividad; d)El respeto

irrestringido por la Justicia Social; e) La revalorización de la dignidad humana; e) La amplitud del principio “alterum non laedere”. Que tal criterio sumado a la consideración de la jurisprudencia y doctrina internacional y la adhesión de los tratados internacionales, permiten la aceptación de la sanción punitiva. - - - - - ///.- ///.- Continúan discrepando con la sentencia, en tanto consideran que doctrina y jurisprudencia, han receptado el instituto, y señalan antecedentes de su legitimidad en institutos del derecho civil; y que en el presente no resulta de aplicación el fallo “Santa Coloma” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto se trata de diversas circunstancias fácticas; que en ese caso no se encontraban presentes los extremos necesarios para su procedencia, que si se encuentran presentes en el caso de autos. También disiente con la Cámara en cuanto al destino de la sanción, ya que a su criterio nada impide, que una pena civil pueda ser destinada a la víctima y adicionarse a la indemnización de daños y perjuicios. - - - - -

-----Por otra parte, afirma que la sentencia resulta arbitraria al limitar la indemnización por daño moral otorgada en Primera Instancia a lo solicitado en la demanda respecto a los actores; y que no es cierto que su parte no incluyera en la demanda la petición abierta en cuanto a la indemnización por daño moral, que la procedencia de una suma superior a la estimada en la demanda ha quedado demostrada y así fue solicitado oportunamente. Subsidiariamente, para el caso que se rechace la procedencia de la sanción punitiva, solicita se eleve la suma otorgada en concepto de daño moral. También señala que la sentencia resulta arbitraria al rechazar la procedencia del daño al proyecto de vida, que ello se contradice con los tratados internacionales y de jerarquía constitucional. Por último sostiene que la sentencia resulta arbitraria al consagrar una situación injusta e inequitativa. - - - - -

-----Recurso de la Demandada: funda el mismo en la///.- ///3.-inexistencia de conducta discriminatoria o ilícito resarcible por su parte; y en la arbitraria interpretación de las pruebas producidas y el derecho aplicable. Además en este punto se agravia de: 1)la interpretación otorgada a la nota del testigo Lamboglia, de los expedientes “Martínez” y “Sambueza”; 2)de las declaraciones testimoniales, por considerarlos imparciales, especialmente la del testigo Guillermo Pereyra –Secretario General del Sindicato de Petroleros Privados de Río Negro y Neuquén-, al que considera parte interesada en la presente causa; 3)del acta de audiencia celebradas en la Inspectoría de Trabajo de Catriel, donde la firma CONINSA S.A. –a través de su representante- manifiesta que nunca tuvo la lista que en ese acto se le exhibía, ni tenía conocimiento de la misma;

4)de que los indicios no tienen la suficiente eficacia probatoria; 5)de que no se ha tenido en cuenta –a los efectos de la demostración de la inexistencia de conducta discriminatoria- que 12 de los 15 accionantes han estado trabajando para empresas contratistas de Y.P.F. S.A. o se han dedicado a la actividad privada o independiente.- -

-----Por otra parte sostiene la inexistencia de conducta discriminatoria arbitraria y contraria al interés público, argumentando la errónea aplicación de la Ley 23.592, en tanto considera que en la misma se encuentran detalladas las categorías incluidas en la misma, aplicándose en el caso de los trabajadores la ley específica de Contrato de Trabajo; y que cualquier norma anti-discriminación debe ser interpretada de modo restrictivo y únicamente respecto de las categorías expresamente incluidas en las leyes, por lo que en materia///.- ///.-laboral, no puede considerarse discriminatoria la conducta del empleador, que brinda un trato desigual, aunque no fundado en las causales específicamente determinadas normativamente.- -

-----Asimismo, considera que no es posible aplicar a este caso la Ley 23.592 porque no se dan las circunstancias para que ello ocurra, ya que el listado que se califica como lista de exclusión no puede ser considerado como origen de actos arbitrarios o ilegítimos porque ha quedado demostrado, que es parte de la documentación de la empresa; y que tampoco ha acreditado en autos la supuesta actitud arbitraria y contraria al interés público que se le endilga a YPF S.A..- - - - -

-----Además, afirma que la facultad de elegir sus empleados por parte de la contratista es de carácter discrecional; y que no resultaría discriminatorio el no tomar trabajadores que han iniciado juicios contra su parte, por considerarlos como personal conflictivo. Así entiende que en el caso de autos, las empresas contratistas de YPF podían considerar a quienes iniciaron juicios contra otros empleadores como personal conflictivo y, por esa razón, no considerar conveniente incluirlos en su plantel; y que el rechazo de las solicitudes de empleo de los actores en caso de haberse producido, fue un acto legítimo tomado por las contratistas de Y.P.F. y perfectamente encuadrado en las facultades que la ley reconoce al empleador y, también en forma legítima, este pudo, haber solicitado a cualquier tercero las informaciones que considerara prudentes respecto a los postulantes, entre ellas, sin duda alguna, la existencia de juicios promovidos por los mismos. Afirma su postura en los fallos “Montoya, Napoleón G. c/Marifran///.- ///4.-S.A.” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, del 20/2/97), y en “Ravina, Arturo Octavio c/Organización Veraz S.A.” (Cámara Nacional

en lo Civil).- - - - -

-----También, entre los agravios desplegados el recurrente realiza una cronología de la nota, listado y concurso de precios, y afirma que no puede sostenerse que el motivo de la remisión del listado fuera evitar que los actores pudieran ser incorporados a las empresas subcontratistas de YPF, puesto que las mismas no habían resultado ganadoras de los concursos de precios. Además, alega que las cuestiones ventiladas en el amparo de los autos: “ANZORENA”, resultan ajenas a las cuestiones ventiladas en la presente causa, ya que ambas causas no poseen los mismos accionantes.- - - - -

-----En otro orden, y en lo que respecta a los daños reclamados y otorgados por las sentencias precedentes, reafirma la improcedencia del daño moral, en tanto considera que el mismo no ha sido acreditado, ni que el perjuicio alegado sea cierto; también advierte que no corresponde invertir la carga probatoria, ya que cada trabajador debería haber demostrado el trato configurativo de discriminación y la prueba de los daños que dicho trato le causó en cada caso, ya que la prueba del perjuicio corresponde al perjudicado. A su vez, se agravia sobre la improcedencia del daño y la inexistencia de pérdida de chance, debido a que no se ha acreditado la certeza del mismo; y que en el caso de marras nadie puede aseverar que los actores hubieran podido ser empleados de su parte o de alguna de sus contratistas y mucho menos, por cuanto tiempo podrían haber sido empleados (días, meses etc.).- - - - -

---/.- ---/.- Finalmente, en lo que hace al recurso de la parte demandada, la misma se agravia de que la sentencia atacada resulta arbitraria porque desconoce la vigencia de normas dictadas por el Congreso de la Nación, afecta garantías constitucionales, incurre en contradicciones, errores de interpretación y apreciación, y absoluto desconocimiento de las normas vigentes y aplicables al tema en cuestión. Concluye planteando gravedad institucional y reserva del caso federal.- -

-----Concluido este resumen de los agravios expresados en cada uno de los recursos es dable aclarar que a los efectos de un examen ordenado de los mismos, corresponde en primer lugar considerar los agravios expuestos por la parte demandada, que se refieren a la procedencia de la cuestión de fondo –esto es si está bien acogida (o no) la demanda por conducta discriminatoria-, para luego tratar en forma conjunta los agravios de ambas partes que se refieren a la determinación de los daños y sanciones reclamados.- -

- - - - -

-----De tal modo, la cuestión central de autos y que se pone en controversia en los presentes, es la de establecer si la lista que la demandada produjo y a través de una serie

de actos impuso determinados condicionamientos a las subcontratistas; constituyó o no, una concreta discriminación que afectó a los actores, ya sea en el plano moral, en el patrimonial o en ambos. Ahora bien, ante todo hay que aclarar, que muchas de las cuestiones que llevan a dilucidar la misma son materia ajena a este remedio extraordinario, ya que constituyen cuestiones de hecho y prueba que evidencian una discrepancia con la labor de selección y valoración del material probatorio; y aunque nos hallamos///.- ///5.-en la etapa de análisis de fondo de la cuestión, no obsta ello a la posibilidad de revisar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, en razón del carácter meramente formal del examen preliminar. El cual, deja supeditado a que si se aprecia a posteriori que no se satisfacen algunas de las condiciones de admisibilidad del recurso intentado, éste pueda ser rechazado (conf. STJRN., Se. N° 15/99, “ZULUAGUA”; Se. N° 27/00, “BANCO RIO NEGRO S. A. c/S., J. C.”).- - - - -

-----Con lo cual, en esta primera aproximación en el análisis del recurso de casación de la parte demandada, se puede advertir que los agravios referidos a la interpretación de las pruebas producidas, la validez asignada a los indicios, la valoración otorgada a la nota del testigo Lamboglia, de los expedientes “Martínez” y “Sambueza”, la imparcialidad o no de las declaraciones testimoniales –especialmente del testigo Guillermo Pereyra-, así como el acta de audiencia celebrada en la Inspectoría de Catriel, y de la causa “Anzorena”; son todas cuestiones cuya valoración es privativa de los tribunales de mérito, y ajenas a esta instancia extraordinaria. Además, no hay que perder de vista, que las dos instancias precedentes, si bien discrepan en cuanto a los daños que deben reconocerse y a cuales actores corresponden, cierto es que respecto a este tópico, coinciden plenamente en todos los cuestionamientos que efectúa el recurrente.- - - - -

-----No obstante ello, también se advierte que la arbitrariedad alegada por la parte demandada, a través de la cual pretende demostrar la discriminación que le achacan las instancias///.- ///.-anteriores, se funda en la crítica parcializada de la totalidad del plexo probatorio tenido en cuenta para arribar a la solución que se le ha dado a la presente controversia. En efecto, la recurrente centra sus críticas –primordialmente- en la validez asignada a las declaraciones testimoniales en los presentes autos; pero omite efectuar un reproche respecto a otros argumentos, tan valederos como los primeros, en cuanto tratan de demostrar la cuestión esencial de autos, cual es que la conducta de la demandada ha sido discriminatoria, arbitraria y contraria al interés público. En tal sentido en la

sentencia sub examine se ha expresado: “...Es que ha quedado probado que la lista trascendió el ámbito interno de la empresa; claro testimonio de ello es la repercusión pública que halló tal accionar, que provocó solicitudes de la Legislatura Municipal de Catriel, que fue recogida por los periódicos locales y que llevó a Diputados de la Nación a presentar un Proyecto de Resolución dirigido al Poder Ejecutivo Nacional para que arbitrara medios en forma urgente para solucionar la situación de discriminación generada con aquellos trabajadores que mantenían aquél juicio contra YPF S.A. y COBRACO (ver fs. 26/30 expediente Anzorena, ídem en los dos restantes) y el hecho objetivo del que resultaba que ninguno de los 53 trabajadores que laboraban en COBRACO, que luego lo hicieran en Mecanosur y Petro Cat, fueran contratados por CONINSA” (sic. fs. 1497 vta.); también sostuvo la Cámara que: “...en el caso de autos se incluyó a los actores en una lista de exclusión que abiertamente los discrimina por el sólo hecho de ejercer su derecho de defensa en juicio, con independencia aún de que se hayan causado daños patrimoniales/// ///6.-en relación a los ingresos que se hubieran podido procurar, entendiendo que ello resulta denigrante para su vida de relación, su oficio y/o profesión, máxime considerando que la situación trascendió ampliamente el ámbito interno de la empresa, llegando a ser considerada aún por la Legislatura Local y el propio Congreso de la Nación” (sic. fs. 1497). Y ello es corroborado por el proyecto de resolución de los Legisladores de Catriel, que en su art. 2 precisamente se repudia todo intento y/o acción de violación de los Derechos Humanos, como lo es la clara discriminación al derecho de trabajar (fs. 23/24); y el proyecto de resolución de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, donde en el art. 3, también se repudia todo intento y/o acción de violación de los Derechos Humanos, como lo es la clara discriminación al derecho de trabajar (fs. 25/26).- - - - -

-----Es evidente, que más allá de las discrepancias efectuadas por el recurrente sobre los distintos testimonios tenidos en cuenta por los sentenciantes de grado, crítica esta que no supera una mera discrepancia subjetiva, cierto es que la cuestión de la discriminación aludida fue tan notoria que llevó –como sostiene la Cámara- a que sea considerada no sólo por la Legislatura Local, sino además por el propio Congreso de la Nación; y ello no fue refutado en ninguna instancia por el recurrente, lo cual demuestra que el mismo omitió rebatir pormenorizadamente el razonamiento probatorio de la sentencia desfavorable.- - - - -

-----Asimismo, con respecto al agravio de que las cuestiones ventiladas en el amparo de los autos: “ANZORENA”, resultan ajenas a las cuestiones ventiladas en la presente

causa, ya///.- ///.-que ambas no poseen los mismos accionantes; el recurrente no parece advertir que lo que se ha tenido en cuenta de dicha causa tal como lo señala el Juez de Primera Instancia remitiendo al precedente “Sambueza”, es que: “...se encuentra probado que YPF S.A. ha realizado una práctica discriminatoria fundada en un hecho que atenta contra la buena fe y la moral: ha presionado a sus contratistas para que no empleen a los operarios que de un modo u otro mantuvieron situaciones litigiosas con la misma. Es groseramente antiético valerse de la libertad de contratación para hacer renunciar derechos a quienes con ella o sus contratistas quieren laborar; ofende el más elemental sentido de buena fe y constituye por vía del abuso del derecho de libre contratación una violación al derecho constitucional de trabajar de los actores... . La lista de exclusión denunciada como ‘lista negra’ atenta contra una garantía básica y fundamental del derecho argentino y sus fundamentos morales: el de la defensa judicial de los derechos” (fs. 1704 de los autos: “Sambueza”). Es decir, que independientemente de que los aquí accionantes estén o no en la causa “ANZORENA”, cierto es que en esta última se reconoce la existencia de una lista “negra” discriminatoria, que tenía como finalidad que los trabajadores que figuraban en la misma –y los aquí accionantes la integraban- no pudieran laborar para la demandada o en empresas subcontratistas de ella; que es justamente lo que se trata de probar en la presente causa.-----

-----En suma, todas las cuestiones detalladas, indican que el recurrente no logra demostrar la arbitrariedad alegada, y en consecuencia el tilde de arbitrariedad de la sentencia de///.- ///7.-grado no excede el plano de la simple e indemostrada enunciación, careciendo el recurso de fundamentos dirigidos a sostener la excepcional anomalía que invoca, ya que no demuestra la carencia lógica del fallo atacado. Al respecto este Cuerpo ha dicho que: “La tacha de arbitrariedad no constituye una herramienta para propiciar la sustitución de criterios que en uso de facultades privativas han fijado los Tribunales de grado con respecto a las circunstancias de hecho de la causa, y que el recurrente estima equivocados. Máxime cuando no se demuestre desvío lógico alguno, ni que lo decidido carezca de razonabilidad y apoyo suficiente” (conf. STJRN. Se. N° 210/92, in re: “NELLI”; Se. N° 67/00, in re: “LOWEY”; Se. N° 24/08, in re: “P., R. A. c/ P., N. G. y Otro”); “La tacha de arbitrariedad de una sentencia no procede por meras discrepancias acerca de la apreciación de la prueba producida o de la inteligencia atribuida a preceptos de derecho común, así se estimen esas discrepancias legítimas y fundadas. Esta tacha no tiene por objeto la corrección, en tercera instancia de sentencias

equivocadas y que se estimen tales, sino que atiende sólo a los supuestos de omisiones de gravedad extrema en que, a causa de ellas, las sentencias quedan descalificadas como actos judiciales” (STJRN. Se. Nº 57/02 in re: “NAVARRETE”; Se. Nº 103/07, in re: “R., D. B., M., M. E. y R., A. P.”).- - - - -

-----Por otra parte, respecto al planteo sobre la errónea aplicación de la Ley 23.592, en tanto considera que en la misma se encuentran detalladas las categorías incluidas, aplicándose en el caso de los trabajadores la ley específica de Contrato de Trabajo; si bien se trata de un planteo de derecho, que///.- ///.-hace al remedio en examen, el mismo no fue introducido en la oportunidad procesal oportuna –expresión de agravios-, lo cual –a priori- impediría su tratamiento. Sin embargo, más allá de dicho impedimento, entrando al análisis de fondo de ese planteo se puede observar que el mismo tampoco puede prosperar. Ello así ya que, el análisis sobre la conducta discriminatoria achacada en autos a la demandada, no se puede circunscribir ni legal ni taxativamente como pretende el recurrente. En efecto, debe interpretarse conforme la vieja directiva sentada por la CSJN., la que dispone que “es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezca con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (Fallos 310:937); o la que establece que sus preceptos legales deben ser interpretados analizando todo su contexto legal, su espíritu, y en especial con relación a las demás normas, de igual y superior jerarquía que sobre la materia contenga un ordenamiento jurídico, debiendo estarse preferentemente por su validez, y sólo como última alternativa por su inconstitucionalidad (Fallos 312:296); y por último, que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho, y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma (Fallos 313:1293).- - -

-----Entonces delimitado el contexto de análisis de esta materia, se debe partir de un concepto amplio de igualdad, y en ello tenemos que la Constitución de 1853 estableció en su///.- ///8.- artículo 16 que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza, y todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Esta norma constitucional tuvo la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que la ley debe ser igual para todos en igualdad de circunstancias. Del mismo modo el Preámbulo de la Constitución de la Provincia de Río

Negro garantiza el ejercicio universal de los Derechos Humanos sin discriminaciones, en un marco de ética solidaria.-----

-----Además hay que recordar que, tal como lo señala la doctrina social de la Iglesia, son criterios de suma importancia y orientadores de la acción moral, la justicia y el bien común. Es el bien de ese “todos nosotros” formado por individuos, familias y grupos intermedios que se unen en comunidad social; no es un bien que se busca por sí mismo, sino para las personas que forman parte de la comunidad social, y que sólo en ella pueden conseguir su bien realmente y de modo más eficaz. Desear el bien común y esforzarse por él es exigencia de justicia y caridad; con lo que trabajar por el bien común es cuidar, por un lado, y utilizar, por otro, ese conjunto de instituciones que estructuran jurídica, civil, política y culturalmente la vida social, que se configura así como pólis, como ciudad. En este contexto, la movilidad laboral, asociada a la desregulación generalizada, ha sido un fenómeno importante, no exento de aspectos positivos porque estimula la producción de nueva riqueza y el intercambio entre culturas diferentes. Sin///.- ///.-embargo, cuando la incertidumbre sobre las condiciones de trabajo a causa de la movilidad y la desregulación se hace endémica, surgen formas de inestabilidad psicológica, de dificultad para crear caminos propios coherentes en la vida. Como consecuencia, se producen situaciones de deterioro humano y de desperdicio social. El estar sin trabajo durante mucho tiempo, o la dependencia prolongada de la asistencia pública o privada, mina la libertad y la creatividad de la persona y sus relaciones familiares y sociales, con graves daños en el plano psicológico y espiritual. Quisiera recordar a todos, en especial a los gobernantes que se ocupan en dar un aspecto renovado al orden económico y social del mundo, que el primer capital que se ha de salvaguardar y valorar es el hombre, la persona en su integridad: “Pues el hombre es el autor, el centro y el fin de toda vida económica-Social” (Conc. Ecum. Vat. II, Const. Past. Gaudium et spes, sobre la iglesia en el mundo actual, 63). Además la divinidad de la persona y las exigencias de la justicia requieren, sobre todo hoy, que las opciones económicas no hagan aumentar de manera excesiva y moralmente inaceptable las desigualdades y que se siga buscando como prioridad el objetivo del acceso al trabajo por parte de todos, o lo mantengan. El aumento sistémico de las desigualdades entre grupos sociales dentro de un mismo país y entre las poblaciones de los diferentes países, es decir, el aumento masivo de la pobreza relativa, no sólo tiende a erosionar la cohesión social y de este modo poner en peligro la democracia sino que también es un impacto negativo en el plano económico por el progresivo desgaste del capital social, es

decir, del conjunto de las///.- ///9.-relaciones de confianza, fiabilidad y respeto de las normas, que son indispensables en toda convivencia civil. Y de este modo, aunque no todos los planteamientos éticos que guían hoy el debate sobre la responsabilidad social de la empresa son aceptables según la perspectiva de la doctrina social de la iglesia, es cierto que se va difundiendo cada vez más la convicción según la cual la gestión de la empresa no puede tener en cuenta únicamente el interés de sus propietarios, sino también el de todos los otros sujetos que contribuyen a la vida de la empresa: trabajadores, clientes, proveedores de los diversos elementos de producción, la comunidad de referencia. A este respecto, es útil observar que la iniciativa empresarial tiene, y debe asumir cada vez más, un significado polivalente. El predominio persistente del binomio mercado-Estado nos ha acostumbrado a pensar exclusivamente en el empresario privado tipo capitalista por un lado y en el directivo estatal por otro. En realidad la iniciativa empresarial se ha de entender de modo articulado. Así lo revelan diversas motivaciones metaeconómicas. El ser empresario, antes de tener un significado profesional, tiene un significado humano. Es propio de todo trabajo visto como “actus personae” y por eso es bueno que todo trabajador tenga la posibilidad de dar la propia aportación a su labor, de modo que él mismo sea consciente de que está trabajando en algo propio. Por eso Pablo VI enseñaba que todo trabajador es un creador; precisamente para responder a las exigencias y a la dignidad de quien trabaja (ver Caritas In Veritate –La caridad en la verdad- Carta Encíclica Sumo Pontífice Benedicto XVI, puntos 6, 7, 25, 32, 35, 36, 37, 39, 40 y 41).- - - - -///.- ///.-Por su parte la Ley de Contrato de Trabajo, en su artículo 17, prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, religiosos, políticos, gremiales o de edad; y el art. 81, del mismo cuerpo normativo, establece el principio de igualdad de trato, disponiendo que el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Por su parte la Ley N° 23.592 opera como garantía del pleno ejercicio de derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional según el texto expreso del art. 1* de la misma ley; y la protección anti discriminatoria, que contempla la norma en cuestión, es conforme a la tradición legislativa ya contemplada originariamente en los arts. 17, 81 y 172 de la Ley de Contrato de Trabajo que establecen en forma genérica la prohibición de discriminar por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religión, política, actividad gremial y edad, y además impone el deber de igualdad de trato en identidad de situaciones. Pero no debemos olvidar que la Ley 23.592, es anterior a la reforma constitucional de 1994, y

que a partir de dicha reforma, por la normativa contemplada en los incisos 22* y 24* del art. 75 se desprende que todos los tratados y concordatos prevalecen sobre las leyes. Es decir, como excepción los tratados y declaraciones sobre derechos que enumera el inciso 22* tienen un régimen especial, una de cuyas características fundamentales es la de gozar de jerarquía constitucional; y dentro de esta excepción queda habilitada la posibilidad de que otros tratados sobre derechos humanos no comprendidos en la enumeración alcancen también aquella misma jerarquía. Esta norma es de trascendencia///.- ///10.-importancia, ya que al atribuir a las declaraciones y a los tratados que cita el mismo nivel de la Constitución, les hace compartir la supremacía de aquella.- - - - -

-----En este orden, conviene recordar (como ya lo manifestara en el precedente “P., M.M., s/AMPARO (Se. N° 52/05-STJRN.), que la República Argentina ha ratificado el Convenio N° 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, norma que como vimos tiene jerarquía superior a las leyes. Y en lo que al presente caso interesa, no se puede llegar a considerar el tema específico de la discriminación laboral sin tener presente el Convenio N° 111 de la OIT; ya que el objeto de este instrumento es proteger a todas las personas de las discriminaciones en materia de empleo y ocupación que se basen en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, admitiendo la posibilidad de ampliar su protección a discriminaciones basadas en otros criterios (conf. Jorge Mosset Iturraspe, “Derecho a la No Discriminación. Daño por Discriminación”, en Revista de Derecho Laboral –Discriminación y Violencia Laboral II, Directores Ackerman-Rubio, pág. 85 y ss.).- - - - -

-----Al respecto se ha sostenido que, dentro de la normativa internacional aprobada y ratificada por el país relativa al derecho del trabajo, pueden mencionarse numerosos convenios de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, los que poseen condición jerárquica supralegal (art. 75, inc. 22*, C.N.), los tratados internacionales de derechos humanos, que poseen prioridad constitucional e integran el bloque de constitucionalidad federal en cuyo mérito determinadas///.- ///.-materias del derecho del trabajo quedan elevadas a dicha jerarquía (Ej.: libertad sindical y protección del derecho a la sindicación. Convenios OIT 87, 98, 154. PIDESyC, PIDCyP), la Carta socio-laboral del MERCOSUR, que también posee rango supralegal, el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR, Ley 25.655, ratificado y depositado, cuya prioridad es análoga, entre otros instrumentos. Existe un compromiso fundado en la conveniencia

de seguir los criterios y recomendaciones de los organismos internacionales pertenecientes a la OIT, considerándose que se incurre en violación de los convenios de la OIT, cuando se sancionan normas internas en contradicción o se omiten de establecer disposiciones que hagan posible el cumplimiento. Su desconocimiento o inobservancia hace pasible al Estado de responsabilidad internacional e interna del Estado. La Declaración de la OIT adoptada en la 86 Reunión Conferencia Internacional del Trabajo (1998), según se dijo, estableció derechos y principios fundamentales del trabajo. Ellos son: libertad de asociación y libertad sindical, reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, abolición del trabajo infantil, eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. En cuanto al control de convencionalidad de los Convenios de la OIT, se puede establecer que es un proceso tendiente a desentrañar y fijar el sentido, espíritu y contenido de lo pactado en ámbitos de la organización. Ese control de convencionalidad, reclama atender a los antecedentes y elementos tenidos en cuenta al momento de la aprobación del convenio en la OIT, la aplicación de otros convenios internacionales///.- ///11.-concordantes, en especial, de derechos humanos, la interpretación y recomendaciones de los organismos internacionales específicamente competentes (CEACR, Comité de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Comité de Aplicación de Normas de la OIT, Comité de Libertad Sindical, etc.), la aplicación de conclusiones de la Conferencia Internacional del Trabajo, seguimiento de declaraciones de la OMS del Trabajo, la aplicación de sentencias de tribunales internacionales (Corte IDH), interpretación y recomendaciones de organismos internacionales de consulta (Convención IDH), etc.. Este procedimiento, es el que ha utilizado la CSJN en variados pronunciamientos donde valoró la relevancia y operatividad de los convenios de la OIT, como puede observarse en los fundamentos que nutren los fallos de “Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo de la Nación” (C.S., 11-11-08, Fallos: 331:2499.), “Milone c. ASOCIART” (C.S., 2004, Fallos: 327:4607), “Aquino c. Cargo S.I.S.A.” (C.S., 21/9/04, Fallos 327:3753), “Outon” (C.S., 29/3/67, Fallos: 267: 215.), entre otros. No obstante que tanto la CSJN. como algunos tribunales inferiores aluden al control de convencionalidad en relación con la aplicación de los tratados de derechos humanos vigentes (59), esa noción resulta extensible a la comprensión e intelección de todos los tratados internacionales respecto a los cuales el país se halla obligado. En su mérito, se considera al control de convencionalidad, como un parámetro interpretativo idóneo para la

hermenéutica internacionalista, que busca establecer el sentido y alcance de todos los pactos, tratados y convenios internacionales que obligan al Estado. Constituye///.- ///.- además, un paso coadyuvante y complementario del control judicial de constitucionalidad de la norma doméstica en su proyección internacionalista, que asegura la supremacía constitucional, en los términos del art. 75, incs. 22* y 24* de la Constitución Nacional (conf. Palacio de Caeiro, Silvia B., “El control de Convencionalidad y los Convenios de la OIT”, LA LEY 16/07/2009, 1).- - - - -

-----Entonces es en este punto donde se produce el quiebre de lo sostenido por el recurrente, ya que es evidente que el convenio 111 de la OIT, al no imponer de modo taxativo las causales, amplía el espectro de aplicación que contemplaba la Ley 23.592; y dado que lo normado por ese convenio, se incorpora con jerarquía superior a las leyes, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 y a la Ley 23.592, ello determina, por sí mismo, que en autos se efectúe una aplicación armonizada de esta última norma, con los principios contenidos en el mencionado Convenio.- - - - -

-----Concluida esta primera parte del examen del recurso de la demandada, donde se trataron los agravios que se refieren a la procedencia de la cuestión de fondo –esto es si está bien acogida (o no) la demanda por conducta discriminatoria-; se analizarán seguidamente, en forma conjunta, los agravios de ambos recursos, que se refieren a la determinación de los daños y sanciones reclamados. Ante todo, es dable advertir que de conformidad a lo expuesto precedentemente, el análisis subsiguiente se efectuará teniendo en cuenta la condición de la existencia de una conducta discriminatoria por parte de la demandada, por la utilización de listas “negras” o de///.- ///12.-exclusión laboral; tal como se ha resuelto en las dos instancias precedentes.- - - - -

-----Dicho ello, y ya en análisis sobre los daños reconocidos en autos, corresponde examinar los agravios sobre el daño moral. Así, la demandada reafirma la improcedencia del daño moral, en tanto considera que el mismo no ha sido acreditado, ni que el perjuicio alegado sea cierto y que no corresponde invertir la carga probatoria. Ahora bien, con respecto a dicho cuestionamiento, hay que advertir que el mismo no resulta procedente ya que la Cámara bien ha señalado que el mismo se tiene por acreditado por la sola comisión del acto antijurídico, tratándose de una prueba que surge inmediatamente de los hechos mismos; y en autos, como ya se expresara al comienzo

del presente examen ha quedado precisamente establecido y confirmado que se incluyó a los actores en una lista de exclusión que abiertamente los discriminaba por el solo hecho de ejercer su derecho de defensa en juicio, lo cual resultaba denigrante para su vida de relación y su oficio y/o profesión, teniendo los jueces amplio arbitrio para su determinación, tomando en cuenta los padecimientos sufridos y las condiciones particulares de la víctima. Con lo cual, comprobada esa acción antijurídica, pesa sobre los responsables de la misma la prueba en contrario, por lo que no es cierto que en autos se haya invertido la carga de la prueba. Además, “El monto fijado en concepto de indemnización pecuniaria por daño moral, no resulta materia susceptible de análisis por este Superior Tribunal de casación. Ello, en razón de que determinar los perjuicios que lo hacen procedente, la índole y pertinencia así como el quantum aplicado, son///.- ///.- todas cuestiones de hecho, propias del tribunal de juicio e irrevisables, por vía del recurso de casación” (STJRN. in re: “ALFONSO” Se. Penal N° 58/90 del 07.05.90; STJRN. in re: “LEUQUI DE MORALES” Se. Laboral N° 207/90 del 26.12.90; Se. N° 33/06, in re: “B., M. N.”).- - - - -

-----A su vez, respecto al agravio sobre la improcedencia del daño material, alegado por la demandada, el mismo tampoco puede prosperar ya que dicha parte sostiene que en el caso de marras nadie puede aseverar que los actores hubieran podido ser empleados de su parte o de alguna de sus contratistas y mucho menos, por cuanto tiempo podrían haber sido empleados (días, meses etc.); pero más allá de ello cierto es que, “El daño para ser indemnizable, han dicho muchas veces nuestros tribunales, debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético. (...) No debe tampoco equipararse el requisito: que aparezca suficientemente cierto, con la certeza del ocurrir o fatalidad; el daño probable, que verosímilmente ocurrirá, también debe indemnizarse” (conf. Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por Daños”, T* I, pág. 258) (STJRN., Se. N° 16/02, in re: “D. F., L. A.”). En definitiva, las críticas del recurrente en este punto se resumen a tratar de demostrar la falta de discriminación y que los actores (en su mayoría) continuaron laborando; y ello remite a cuestiones de prueba ajenas a esta instancia extraordinaria. Además el sentenciante de grado, ha efectuado sobre este punto una detallada y precisa valoración de cada una de las actividades ejercidas por los actores, lo cual desecha cualquier planteo de falta de valoración de la prueba.- - - - - ///.-

///13.-Seguidamente, como última y trascendental cuestión a tratar en el presente examen, corresponde abocarse al planteo efectuado por la actora con respecto a la procedencia del daño punitivo. Ante todo, es preciso recordar que tanto el Juez de

Primera Instancia como la Cámara, si bien comparten su inclusión en carácter de sanción ejemplarizadora -como de lege ferenda-; desestiman los mismos, e inclusive no consideran apropiado que se incluyan “solapadamente” en el daño moral, con dos argumentos básicos: a) que el daño punitivo no se encuentra receptado en nuestra legislación; b) la punición –aún cuando de naturaleza civil- debe apoyarse en la sanción de una ley previa, recogiendo el principio liminar del estado de derecho: nulla poena sine previa lege penale, debe prevenir el principio non bis in idem y debe establecer el destino de la pena.-----

-----Ahora bien, considero que no es precisamente esta postura la que debe prevalecer en autos. En efecto, la solución que aquí se adopte debe partir de la premisa de que la ponderación de los valores en juego responde a la directiva, enunciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de que no está permitido a los jueces desentenderse de la justicia del resultado (conf. Fallos 272:139, 293:401, 295:157, 303:1150, etc.) y responde asimismo a la consideración de la naturaleza de la función del Juez que no es reparar el daño si puede evitarlo, porque de lo contrario reduce la función de los Jueces y puede llegar a transformarlos en espectadores privilegiados de la consumación del perjuicio injusto; y en ello es de suma importancia la función del daño punitivo en cuanto a sancionar la inconducta para prevenir hechos similares en el futuro.-----

----- -///.- ///.-En este contexto, hay que señalar que desear el bien común y esforzarse por él es exigencia de justicia y caridad (Carta Encíclica, ob. cit., punto 7), y que justicia, verdad y bien común son indisolubles, pero la caridad va más allá de la justicia (ob. cit. punto 6). No podemos reeditar un juicio justo sino sobre la verdad, por eso me aparto de las teorías que los doctrinarios y jueces efectúan para negar una reparación justa y ejemplificadora. El modo de hacerlo por estos, es incrementar el daño moral o el daño psíquico o bien recurrir a otra teoría limitativa o ecléctica. Nosotros queremos ser menos sabios y más justos dando a cada uno lo suyo; es decir indemnizando el daño moral causado, pero a su vez reconociendo autonomía al daño punitivo, que como veremos a continuación, ha sido resistido por la minoría de doctrinarios y aceptado por la gran mayoría, e incluso incorporado a proyectos legislativos como multa civil. Queremos resaltar sin medias carátulas que el daño punitivo puede aplicarse en el ordenamiento, sin ninguna duda, cuando se han violado normas de orden público o cuando la causa trasciende el interés individual. No castigar las prácticas de “listas negras” que se utilizaron durante las dictaduras, para impedir el ingreso al mundo del trabajo o para excluir sin causa, transformando la libertad

contractual en vicio y desvío de poder, implica no considerar a la persona como sujeto de protección considerado como derecho humano esencial. La Const. de Río Negro incorporó una sabia disposición (art. 7) para impedir que las prácticas de la dictadura se trasladaran al sistema de derecho y que de esas prácticas las más repudiadas y persecutorias han sido las de confeccionar “listas negras”///.- ///14.-y privar el acceso al trabajo. Es mucho más repudiable si se comprueba que un simple reclamo habilita para ser incorporado a la lista negra; es decir ser castigado por haber ejercido su derecho, contrariando claramente la garantía del Estado de Protección de Derechos y Acceso a la Justicia (art. 40, inc. 11* Constitución Provincial). Es gravemente reprochable e incompatible con el estado de derecho, que el Estado privatice la persecución de las personas por haber reclamado en juicio sus derechos o que confesado su accionar la demandada no perciba ni siquiera que se ha transformado en una subespecie de “Torquemada” del derecho laboral. La persecución no necesita del acto material de fusilamiento, porque estar excluido del mercado de trabajo en un país sin trabajo es una pena más cruel y ultrajante que la de la propia libertad. Por eso decimos que es el núcleo de la dignidad de la persona humana, con todas las implicancias para las familias y el resto de los trabajadores; ya que va a la vida íntima, afecta derechos personalísimos e impide ganarse la vida. Así expuesto, basta de eufemismos, fuera las conductas gravemente reprochables, odiosas, lesivas al entendimiento y sentido común; basta de listas negras y servicios de información privados aberrantes para el trabajador y el derecho del trabajo.- - - - -

-----Los daños punitivos son una institución jurídica que tuvo su origen en dos casos ingleses, relacionados entre sí, del siglo XVII, “Mikes v. Word” y “Huckle v. Money”, en los cuales se mandó pagar más de lo que fue el daño sufrido con propósitos sancionatorios y preventivos; la figura tiene amplia difusión en los países del common law, no así en las legislaciones///.- ///.-europeas y latinoamericanas. Actualmente es Estados Unidos el país donde el instituto tuvo expansión más notable, y la Corte de ese país en el caso “Gertz v. Robert Welch” ha definido a los daños punitivos como multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia; también en el derecho norteamericano se puede señalar como caso resonante que recoge la doctrina, para ejemplificar la aplicación del instituto, el fallo en la causa “Grimshaw vs. Ford Motor Co” (1981), en la que se condenó a Ford Motor Co. a pagar daños compensatorios por U\$S 2.800.000.- y más de U\$S 125.000.000.- por daños punitivos a una menor que había sufrido lesiones al incendiarse un automotor

fabricado por la accionada en el que ella viajaba. En el juicio se comprobó que el vehículo tenía un vicio de fabricación, ya que por la ubicación del tanque de nafta, de ser embestido por detrás, podía provocar una explosión. Pero en el caso se demostró que la empresa había detectado el defecto, pero le resultaba más económico indemnizar a eventuales víctimas futuras, que rescatar del mercado los automotores vendidos. Algo similar sucedió con el Chevrolet Malibú que también tenía un defecto en el tanque de gasolina, y cuyo fabricante fue condenado por un jurado de California, ya que había sido acreditada en la causa la existencia de un estudio de coste beneficio realizado en 1973 por un ingeniero de la empresa, en el cual, tras haber asignado un valor de U\$S 200.000.- a cada vida humana, se llegaba a la conclusión de que costaría únicamente U\$S 2.40 transigir los casos de accidente, pero de U\$S 8.59 modificar el diseño y ubicación del depósito de gasolina. La compañía conoció la///.- ///15.-autenticidad del documento. Son también ilustrativos los ejemplos que expone Simari, con referencia a la evolución de la jurisprudencia en el Reino Unido en la materia. Así refiere que se reconocieron los daños punitivos en casos de “opresión, arbitrariedad e inconstitucionalidad contra empleados de gobierno y cuando la conducta del acusado ha sido premeditada para sacar un provecho” (“Rookes vs. Barnard”); en caso de discriminación racial (“Deane vs. London”) o por ingerir agua contaminada (“AB vs. South West Water Services”). Agrega la autora citada que la función de este tipo de sanciones tiene como función la de “frenar la escandalosa conducta dirigida a sacar provecho” (conf. Simari, Virginia, “Daños punitivos: Una herramienta eficaz”, E.D. 182-1619.).- - - - -

-----Por su parte, en el ámbito local se han asumido tres posiciones diferentes acerca de esta materia. Así tenemos que Bustamante Alsina es precursor de la tesis negatoria de los daños punitivos en nuestro derecho; por entender que “no son de aplicación en nuestro sistema de responsabilidad civil ni puede propiciarse de lege ferenda, ninguno de los principios jurídicos que en otras legislaciones foráneas pueden dar sustento a penas civiles o sanciones represivas, retributivas o ejemplares en el ámbito del derecho privado. Las legislaciones de todos los países que tienen origen en la tradición escrita del derecho romano a través del derecho continental europeo, no toleran la aplicación de este tipo de sanciones en el derecho privado y las reservan exclusivamente a los ilícitos penales que por su carácter público tienen un régimen particular de estrictas garantías en la administración de justicia represiva”./../.- ///.-Bustamante Alsina Jorge “Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil” (LL 1994-B,

pág. 860). A su vez la posición intermedia, es sostenida en nuestro derecho por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien observa que este tipo de situaciones no pueden ser toleradas pasivamente por el ordenamiento legal y que frente a determinados situaciones, como “la invasión a la intimidad por medio de la prensa, daños al medio ambiente, a la propiedad industrial, a los derechos intelectuales, los causados a través de productos elaborados, etc. el ordenamiento debe permitir que el dañado opte por reclamar o el daño efectivamente sufrido, o las ganancias obtenidas por el dañador.” Admite que la adopción de este sistema rompe el “régimen de la relación de causalidad adecuada”, pero podría traducirse en un beneficio en el derecho nacional. Como tercera posición, en las antípodas de la tesis negatoria, se ubica Pizarro, quien entiende que el modelo norteamericano debe ser adoptado sin más en la legislación Argentina. Para concluir en este sentido, dice que “la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente cuando quien contraría el ordenamiento jurídico causando un daño a otro, actúa deliberadamente con el propósito de obtener un rédito de esa actividad o con grave menosprecio de los derechos de terceros. La idea de que, en tales supuestos, es necesario mandar a pagar algo más que la mera reparación del daño, fluye como un sentimiento de justicia, no disociado en modo alguno de los valores seguridad y equidad...” (Pizarro, Ramón “Daños Punitivos”, en Derecho de Daños, Seg. Parte, La Rocca, 1993,/// ///16.-págs. 333/334).- - - - -

-----Ahora bien, de estas tres posiciones considero que la primera de ellas es improponible, ya que de seguirse la tesis negatoria, estaríamos condenados sin duda a impunidad perpetua, ya que la exclusión de la cuestión de la órbita del derecho civil de ahora y para siempre, implica de algún modo ir contra dos corrientes de opinión moderna: una en materia de responsabilidad civil que tiende a la prevención del daño –que sin indemnizaciones persuasivas no podrá lograrse- y otra en materia penal en la que se tiende a flexibilizar las penas y el cumplimiento de las mismas, excluyendo conductas punibles y no incluyendo nuevos tipos penales. Por otra parte, esta posición se cierra a ver que sucede a nuestro alrededor, se niega a adaptar el derecho a nuevas conductas que necesitan nuevas respuestas del derecho. No se puede priorizar la tradición jurídica, a veces traducida en viejos dogmas sin contenido, a la necesidad de los justiciables. Esa no es la función del derecho. Con lo cual, entiendo que, la posición a seguir es exactamente la contrapuesta, y que en palabras de Pizarro, define a los daños punitivos como sumas de dinero, que los tribunales mandan a pagar a la víctima de

ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. También este autor considera que cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos, o simplemente Smart money (conf.///.- ///.-Pizarro, Ramón D., “Daños Punitivos”, en “Derechos de Daños –Segunda parte-”, pág. 287). Entonces se trata, cómo su nombre lo indica, de sumas de dinero que el victimario de un ilícito debe desembolsar a favor de la víctima, ya no para compensar el daño efectivamente sufrido, sino como sanción impuesta por la norma en virtud del despliegue de determinadas conductas, es decir con función ya no compensadora, sino punitoria.- - - - -

-----Entonces definida la posición a seguir, continuando con el estudio de esta cuestión, es preciso hacer un repaso a los antecedentes de la figura en nuestro ordenamiento. De tal modo, vale citar su inclusión en el frustrado Proyecto de Unificación del año 1998. Allí su alma mater, el profesor Alterini, afirmaba que el norte perseguido por la norma era el de la prevención del daño, y que la denominada multa civil (terminología más acorde con nuestra idiosincrasia del concepto de daños punitivos) era una de sus principales herramientas. Así, en un trabajo en el cual respaldaba y fundamentaba las razones de cada una de las reformas, sobre este tópico sostenía: Con respecto al primero de los mencionados mecanismos de prevención -la consagración explícita del deber de evitar el daño-, el art. 1585 del Proyecto establece que `Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe, y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para///.- ///17.-adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido`. Correlativamente, el art. 1587 dispone: “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”.- - - - -

-----Con lo cual, del artículo planeado en el proyecto de Código Unificado podría

inferirse entonces: I) que su aplicación era una potestad concedida al magistrado interviniente; II) que éste podía utilizar la misma, sólo cuando estuviese en presencia de una actuación marcada por la grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva; III) que de considerar su aplicación, el magistrado debía fijar su monto contemplando las circunstancias del caso, siguiendo como pauta los beneficios que el agente dañador obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta; IV) que el destino sería el que le asignara el magistrado actuante. La redacción dada al citado artículo mereció una fuerte crítica de parte de la doctrina nacional, en especial, entre otros de Bustamante Alsina, quien afirmaba, como ya se ha expresado al tiempo de detallar las distintas posiciones sobre la materia, que en nuestro sistema legal no existen penas privadas ya que el “eje de nuestro sistema de responsabilidad civil está en el art. 1109, que tiene su fuente en los arts. 1382 y 1383, Código Napoleón y que///.- ///.-el autor culpable del daño sólo está obligado a la reparación del mismo, pero en modo alguno a sufrir una pena o castigo. Sin embargo esta visión, ajustada al criterio restrictivo, fue puesta en jaque por la pluma siempre lúcida de la profesora Kemelmajer de Carlucci, quien afirmaba que jerarquizados autores italianos (entre los que citaba a Paolo Cendon) sostienen que la responsabilidad civil cumple funciones múltiples: reintegradora, preventiva, sancionadora y distributiva. Afirman que debe renunciarse a una visión fragmentaria; no hay que elegir sino sumar una serie de compartimentos que no son estancos: daño, imputabilidad, causalidad, injusticia. La responsabilidad civil, al decir de Hugueney, cumple también una función política de prevención, de disuasión de los comportamientos antisociales. La falta de esta visión global trae como consecuencia negativa que deba consentirse la insoportable impunidad de quien viola la lealtad, las expectativas, el decoro, la verdad procesal, la concurrencia, las tratativas, las relaciones crediticias, la paz de los espíritus, etc., pues muchas veces el lucro obtenido por el autor de la conducta antijurídica es sensiblemente mayor al daño padecido por el titular del derecho violado. De tal manera, no se busca eliminar el principio de la reparación integral sino, sin tocar éste, encontrar una previsión legislativa que disponga, además de ese resarcimiento, una medida de carácter prioritariamente aflictivo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “¿Conviene la Introducción de los llamados ‘Daños Punitivos’ en el Derecho Argentino?”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época,///.- ///18.-año XXXVIII, n. 31, Buenos Aires, 1993, p. 71 y ss. 18).-

-----Pero también a la afirmación de Bustamante Alsina respecto de la inexistencia de

penas privadas en nuestro ordenamiento, se pueden enumerar varios elementos que contradicen tal afirmación. Es que la fundamentación dada en el marco del derecho civil encuentra un tratamiento diferencial en el derecho comercial, en especial en el derecho societario, que no es más que un capítulo de este Código. Así, el art. 133, Ley de Sociedades Comerciales 19550 (t.o. 1984, LA 1984-A-46) y modif., al tratar el régimen de la sociedad colectiva, expresamente establece: “Actos en competencia. Un socio no puede realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento expreso y unánime de los consocios. Sanción. La violación de esta prohibición autoriza la exclusión del socio, la incorporación de los beneficios obtenidos y el resarcimiento de los daños”. Ese artículo dispone manifiestamente, dentro del marco del Derecho Comercial, una pena privada a favor de la persona jurídica lesionada. Es que la norma es terminante, al resarcimiento de los daños (reducción de ventas por la actuación del socio en competencia, divulgación de secretos, etc.) se le suma la incorporación a la sociedad de los beneficios obtenidos por el socio competidor con la actividad efectuada en provecho propio o de terceros. Y la finalidad es clara. Se busca expresamente desincentivar la práctica lesiva, imponiendo una sanción que no admite ecuación previa. Así, la sociedad afectada recibirá tanto lo que por derecho indemnizatorio le corresponde como así también las ganancias obtenidas por el competidor. De esta manera, aún cuando hubiese valorado el socio que el///.- ///.-daño sería compensado por una parte de las ganancias conforme al derecho de daños regulado por el Código Civil y que ello igualmente sería negocio, es decir, que violar la ley igualmente le brindaría ganancias sin incurrir en delito penal alguno, la ley comercial opta por fijar sus propias pautas y modificar en lo que a los socios respecta el régimen general del Derecho Civil. Y algo similar parece surgir del art. 54, LSC., cuando se regula el supuesto de “Dolo o culpa del socio o del controlante”. Así, en el párr. 2* expresa claramente que “El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva”. Aquí no importa si existió daño o no; las ganancias ingresarán a la sociedad a pesar de haber sido generadas por un tercero. Esto es una pena privada. Pero a las mismas deben sumarse las que bien identifica Aída Kemelmajer de Carlucci, al decir que las penas privadas hoy se presentan en las más diversas figuras del derecho de las obligaciones (astreintes), de familia (privación de la patria potestad), en el derecho sucesorio (indignidad para suceder), en los contratos (cláusula penal), en el derecho laboral, en la

legislación monetaria, urbanística, agraria, etc. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “¿Conviene la Introducción...” cit., p. 71 y ss). En consecuencia, las sanciones privadas no son desconocidas para nuestro ordenamiento (conf. Alvarez Larrondo, Federico M., “La Incorporación de los Daños Punitivos al Derecho de Consumo Argentino”, JA 2008-II-1246 - SJA 28/5/2008).- - - - -

-----De tal modo se ha dicho que, un ejemplo fundamental,///.- ///19.-por la afinidad que guarda con los daños punitivos, es el instituto de las astreintes. La reforma de 1968 consagró en el art. 666 bis algo que ya era de uso en los tribunales y que había nacido por pura necesidad. Dice el texto citado: “Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”. A poco de que se reflexione sobre el contenido de este artículo se verá que responde a motivaciones muy similares a los daños punitivos. Nadie tacha de arbitraria su determinación, y queda totalmente a discreción del Juez. Tiende, al igual que los mencionados daños punitivos, a sancionar conductas reprochables que no hallan adecuada respuesta en sede penal, tan es así que puede dejarse sin efecto o modificarse si la conducta es justificada. De igual manera, la doctrina laboralista argentina ha coincidido en afirmar la naturaleza compleja de la institución de la indemnización por despido arbitrario, asignándole entre sus funciones la de disuadir el ejercicio abusivo o irrazonable de la facultad resolutoria de que goza el empleador; criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –actual integración- al resolver para el ámbito público (MADORRÁN) como para el privado (VIZZOTTI), a cuyos fundamentos corresponde remitirse, en honor a la brevedad. Tendría así dicho instituto un carácter parcialmente penal, desalentador de hechos que///.- ///.-alteran el equilibrio de las relaciones sociales afectando el interés público. Y que, aunque ya hemos analizado algunos de ellos en el desarrollo precedente, recordamos -con Trigo Represas (citado por Galdós, Jorge M., “Daño Moral Colectivo, Daños Punitivos y Legitimación Procesal Activa” cit., punto III)-, algunos supuestos que aparecen como emparentados con el mecanismo de los daños punitivos: las astreintes (art. 666 bis Cód. Civ.), la cláusula penal (art. 656 Cód. Civ.), los intereses sancionatorios (art. 622 Cód. Civ.), la temeridad procesal (en las distintas legislaciones de rito). Así es que la tan rechazada y temida noción de punición civil no es tan extraña a nuestro ordenamiento

como podría parecer a primera vista. Por lo demás, y ampliando lo ya expuesto, es curioso cómo en varios casos se filtra en las sentencias judiciales esta idea del desaliento de ciertas conductas mediante un plus que podría verse -en nuestra opinión- como punitivo. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, al pronunciarse sobre el tipo de tasa -activa o pasiva- que debía aplicarse a la actualización de deudas dinerarias, se manifestó a favor de aplicar la tasa activa, entre otras razones, porque “el proceso no debe ser una vía que trate con la misma vara al deudor cumpliente y al incumpliente, beneficiando de este modo a este último (...) por lo que tratándose de deudas reclamadas judicialmente, debe existir un plus, por mínimo que sea, que desaliente el aumento de la litigiosidad. Al deudor no debe convenirle litigar” (Sup. Corte Just. Mendoza, Sala 1ª, 10/8/1998, “Benítez, Ercilio v. Olmedo, Carlos y Atuel Transportes S.A. y Sud América Cía. de Seguros de Vida y Patrimoniales S.A. p/Daños y Perjuicios///.- ///20.-s/Inc. Cas.” (JA 1999-II-504), V.J. 5-1998, La Ley Gran Cuyo, p. 99.). La valiosa solución a que arriba el alto Tribunal provincial deja traslucir varias de las ideas que inspiran a los “daños punitivos”: vemos cómo el reproche social a la conducta aparece como agravante de la responsabilidad, cómo la finalidad desalentadora, disuasiva, se hace presente (conf. Díaz, Juan C. - Elías, José S. - Guevara, Augusto M. (h), “¿Los \Daños Punitivos\ Aterrizan en el Derecho Argentino? Aportes para un debate más amplio”, JA 2003-II-961).- - - - -

-----En esa misma línea se encuentra enrolado Trigo Represas, quien consideró que no había inconvenientes en incorporar los daños punitivos al derecho argentino, ya que a su criterio nuestro derecho ya los conocía. Así pues sostiene que: “Nuestro derecho ya los conoce al receptor institutos jurídicos de similares objetivos como las astreintes del art. 666 bis del Cód. Civil, cuando las partes pactan contractualmente una cláusula penal, dado que entonces, a mérito de la inmutabilidad de la misma, el acreedor para pedir la pena no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el deudor no ha sufrido perjuicio alguno art. 656 Cód. Civ.. También cabe computar el caso de los intereses punitivos o sancionatorios, los que unidos a los compensatorios y moratorios, podrán llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios, en los supuestos de conducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de dar sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero, a los que alude en el segundo párrafo del///.- ///.-artículo 622 del Código Civil, el cual repite en rigor una igual sanción contenida ya en el segundo párrafo del artículo 565 del

Código de Comercio intercalado por el Decreto-Ley 4777/63, y que tiene además su correlato en lo dispuesto en el artículo 45 de los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, en los cuales se efectúa sin embargo un fundamental expreso agregado, de algo que sólo resulta implícitamente de los códigos de fondo: que el importe de la multa por tal conducta maliciosa o temeraria asumida en el pleito, será a favor de la otra parte.” (Trigo Represas, Félix, “Daños Punitivos”, en La responsabilidad, Homenaje al Dr. Isidoro Goldenberg”, Abeledo Perrot, 1995).- - -

-----También es cierto que suele argumentarse que la doctrina de los “daños punitivos” es incompatible con la responsabilidad objetiva, sin embargo el hecho de considerar acumulativamente dos aspectos de una misma conducta (la atribuibilidad de las consecuencias sobre la base objetiva, por un lado, y subjetiva -a modo de agravante-, por otro) no es razón para considerar ambos aspectos como excluyentes o incompatibles. Parecería que si la responsabilidad encuentra un sustento objetivo, allí ha acabado la tarea del derecho, que no cabe indagar más allá, en busca de posibles aspectos reprochables de la conducta. No es así ya que los factores de atribución subjetivos -al menos el dolo- deben bastar para hacer viable la ampliación de la responsabilidad en busca de fines punitivos y disuasorios, como también de justicia. Los daños punitivos se tratan de sanciones que son un plus por sobre las indemnizaciones normales, y no cambiarían las vías de reparación que no correspondan (por///.- ///21.- ejemplo la responsabilidad objetiva), y funcionarían como un agravante por sobre las indemnizaciones que se puedan llegar a otorgar (conf. Augusto R. Sobrino, “Los Daños Punitivos: Una Necesidad de la Postmodernidad”, J.A. 1996-III, págs. 978/979). A su vez, hay quienes también señalan que no habría mucha diferencia entre los daños punitivos y el daño moral de carácter sancionatorio. Entiendo, a diferencia de ello que existen diferencias fundamentales entre ambos institutos. Así como bien lo señala Mossett Iturraspe, no comparto la tesitura de que el daño moral tiene carácter punitivo, sino que -por el contrario- debe analizárselo desde la óptica de la reparación (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por Daños”, t. IV, “Daño Moral”, p. 177); y que los daños punitivos deberían aplicarse más allá de que exista o no daño moral de la víctima, ello así puesto que los mismos exceden la propia individualidad de la víctima, y tienen por finalidad básica la protección de la sociedad en general, para tratar de prevenir y evitar que nuevos daños puedan llegar a producirse. Es por lo expuesto que se puede afirmar que existen diferencias básicas entre los daños punitivos y el daño

moral sancionatorio (conf. Augusto R. Sobrino, ob. cit.)- - - - -

-----Por otra parte, en cuanto a ciertas violaciones constitucionales que se plantean respecto a la aplicación del daño punitivo, en particular en lo que respecta a la violación del non bis in idem; es preciso aclarar que dicho principio no se viola en tanto y en cuanto la misma conducta no sea objeto de una sanción penal. Nadie pretende que se viola el non bis in idem cuando el condenado en sede penal por un ilícito es///.- ///.- obligado a reparar las consecuencias dañosas del hecho. Aquí ocurre algo similar. El plus que constituye el daño punitivo tiene una finalidad -entre otras- disuasoria, lo que permite su asimilación parcial con la pena. El hecho de que deban pagarse dos sumas dinerarias, una en concepto de indemnización y otra como “daño punitivo”, no implica una doble sanción por la misma conducta. Tampoco constituiría violación al principio en cuestión que el condenado con pena de multa en fuero penal deba reparar -también pecuniariamente- los efectos de su acto dañoso. Nadie discute ya la constitucionalidad de las astreintes incorporadas a nuestro Código Civil por Ley 17.711, las cuales guardan -como veremos- importantes similitudes con el instituto jurídico en análisis. La Corte Suprema de los EE.UU. ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tópico en el caso Halper. En el caso comentado el demandado había sido condenado penalmente -dos años de prisión- y más tarde condenado en sede civil a un pago -con carácter de multa- de U\$S 5000. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la medida, atendiendo a la tésis de la sanción civil, aclarando que si hubiera tenido finalidad meramente compensatoria y no punitiva, habría sido constitucional. De cualquier forma, la decisión de la Corte deja un resquicio peligroso por cuanto aclaró que el tema del non bis in idem no se ve involucrado cuando el litigio civil se limita a sujetos privados con exclusión del Estado (conf. Díaz, Juan C. - Elías, José S. - Guevara, Augusto M. (h), ob. cit.)- - - - -

-----Otro planteo que generalmente también se hace en el marco de la inconstitucionalidad de los daños punitivos, es el de la falta de tipicidad de las conductas a sancionar con esta///.- ///22.-medida. En un nuevo paralelismo con el sistema penal es posible que se piense que al tratarse de sanciones del derecho argentino debería exigir una detallada descripción de los tipos de conducta que darían lugar a estas condenas, para garantizar la esfera de libertad de que todos los habitantes de la Nación gozan. Sin embargo, para resolver ello es útil volver al argumento comparatista, y, así, se puede observar que en los intereses sancionatorios -por ejemplo- el Código Civil en el art. 622 sólo habla de “inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a

dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero...”; no dice la norma qué se entiende por conducta procesal maliciosa, sino que tal determinación queda librada a la prudencia del juez, y en definitiva va consolidándose jurisprudencialmente un repertorio de casos que brindan seguridad jurídica a las partes (conf. Edgardo López Herrera, “Los Daños Punitivos” págs. 357/358).- - - - -

-----Como corolario de lo aquí expresado, se puede llegar a decir que la indemnización concebida y calculada tan sólo desde el daño efectivamente padecido por la víctima, en la mayoría de los casos muy inferior a los beneficios obtenidos por el dañador, no invita a éste a cesar en las violaciones a los derechos de otros. Por el contrario, la figura de los daños punitivos genera un efecto inmediato, al sancionar al dañador; y uno mediato, como elemento disuasivo, al prevenir la reiteración de acontecimientos similares, ya que frente al riesgo de la sanción dejaría de ser atractivo económicamente enriquecerse vulnerando derechos ajenos. Por ello la medida de la///.- ///.-punicción debe estar dada por el cálculo costo-beneficio, de modo que el potencial dañador concluya la inconveniencia de violar derechos de terceros. Se trata de diluir el beneficio adicional, injusto, destruyéndolo para satisfacer el sentimiento de justicia que subyace en la razón de ser del sistema jurídico.- - - - -

-----Aparece preciso entonces dotar de herramientas adecuadas al Juez para que sus decisiones satisfagan aquel anhelo de justicia y pueda hacerse cargo de su responsabilidad funcional sorteando barreras que entorpezcan su obligación de impartir justicia. Si el derecho desoye estos llamados se vulnera desde algún lugar la estructura del sistema jurídico. Por ello, sin perjuicio de buscar y discurrir sobre la justa medida de los daños punitivos, intentar ese camino aún con sus dificultades parece un mal menor frente al resultante de consentir la especulación del dañador. El Estado debe hallarse interesado y comprometido en sancionar actitudes comprendidas en supuestos como los ocurridos en autos, en mérito a los valores éticos involucrados en el obrar de quien deliberadamente y con ánimo especulativo saca réditos en desmedro del derecho de otros. Esto se vincula con la sociedad a que aspiramos. Pizarro sostiene en ese sentido que los ilícitos se sancionan por su gravedad y no por el daño, y aquí ha de tenerse presente que el derecho civil no se encuentra limitado por la tipicidad propia del derecho penal. El sistema jurídico debe hallarse cabalmente comprometido con la satisfacción del sentimiento de justicia, evitando la reiteración de conductas antijurídicas. Es una obligación del jurista y del Juez no resignar las posibilidades del

derecho como herramienta de///.- ///23.-cambio de los hábitos sociales, acompañándolos y conduciéndolos. Punir ilícitos civiles fortalece el sistema de valores éticos y sociales. Incumbe al derecho hacerse cargo de ello (conf. Simari, Virginia, ob. cit).- - - - -

-----Seguidamente, abordaré otra cuestión que hace a la presente materia, y que es el destino de la cuantía de los daños punitivos. Existe un amplio debate sobre el destino de la cuantía de los daños punitivos. Puede ir en todo o en parte a favor de la víctima del ilícito, o bien en todo o en parte hacia el Estado, las entidades de bien público, las ligas de consumidores o de protección del medio ambiente, los fondos de reparación civil, etc.. En nuestro país, el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio (1998) en su art. 1587 –que precedentemente se ha mencionado- establece que las multas civiles (daños punitivos) tienen “el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”. Considero que en el caso particular que estamos analizando, sería correcto que los mismos vayan a las víctimas. Si bien es cierto que a esta postura se le han efectuado varios reproches, y que una de las principales críticas sostenidas en contra de los daños punitivos es que la víctima experimentaría un enriquecimiento sin causa, más allá del daño experimentado. Sin embargo para contrarrestar dichos argumentos, Matilde Zavala de González expresó que “la directiva de evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima, se debilita cuando se la enfrenta al enriquecimiento del responsable, a costa del daño inmerecido causado a aquélla. Pues ¿cuál enriquecimiento es más injusto?” (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, p. 451).- - - - - -///.- ///.-Pero, además, debe recordarse que no nos encontramos dentro del ámbito de la compensación del daño, sino frente a la punición y prevención de ciertos ilícitos. Dicha función no es ajena al derecho civil, y no existe objeción de técnica jurídica para que se pueda destinar una multa civil a favor de la víctima. Por otra parte, cuando estamos ante daños sobre bienes irreparables (piénsese en casos de ilícitos contra la vida, la integridad física, la salud, la intimidad, el honor, la dignidad, la moral, la libertad personal, la imagen, etc.), destinar la cuantía por daños punitivos a favor del damnificado es procurar obtener una compensación menos imperfecta. A su vez, los incentivos creados hacia las víctimas para accionar judicialmente serán mayores en caso de que reciban la cuantía en concepto de daños punitivos (vgr., multiplicidad de microilícitos). (conf. Irigoyen Testa, Matías. “Daños Punitivos. Análisis Económico del Derecho y Teoría de Juegos”. SJA 17/5/2006 - JA 2006-II-1024).- - - - -

-----En este sentido se ha dicho que: “Diversas voces se han alzado, sosteniendo que si bien es pertinente ‘sancionar’ al demandado, lo correcto sería que esos montos sean destinados –por ejemplo- a obras del bien público (y no a quien los reclama). Si bien a primera vista podría parecer lógica esta última postura, entendemos que si quien reclama los daños punitivos, no recibe aunque sea un porcentaje, es muy posible que no los reclame (porqué no va a tener interés en los mismos). Como consecuencia de ello entendemos que quien peticiona los daños punitivos, tiene que tener alguna participación en el cobro de los mismos. Así pues, podría llegar a ser///.- ///24.- pertinente analizar la posibilidad de que los montos de los daños punitivos obtenidos se destinen la mitad a quien los reclamó y la otra mitad a educación, salud y justicia” (conf. Augusto R. Sobrino, ob. cit., pág. 983). También se ha dicho que: “Para los partidarios de la diferenciación a rajatabla entre derecho civil y penal, una consecuencia lógica es que si la suma de dinero a pagar tiene el más mínimo tinte sancionatorio sea el Estado el destinatario y no un particular. A esto puede responderse que hay en el derecho argentino ejemplos de otras sanciones que se destinan a la víctima, como la cláusula penal, las astreintes, la indemnización agravada del dirigente sindical, los intereses sancionatorios, los intereses punitivos. En estos casos no se duda de la constitucionalidad pese a que se sancionan inconductas y el monto de las sanciones se destina a las víctimas” (Edgardo López Herrera, ob. cit., pág. 357).- - - - -

-----En suma, no hay duda que en el caso particular de autos, a partir de tener por acreditado que la actitud asumida por la accionada –en un caso sin precedente en la jurisprudencia de esta Provincia- ha lesionado el interés público, en su propio beneficio, intentando amedrentar a los trabajadores a que inicien juicio en reclamo de sus derechos; y que por lo tanto esa conducta amerita una sanción ejemplificadora, a efectos de que en el futuro no vuelva a reiterarlas, como así también para que otras empresas eviten incurrir en conductas similares. Confeccionar, difundir y aplicar “listas negras”, respecto de trabajadores que reclamaron en juicio, es mucho más grave que discriminar, es perseguir, eliminar, calificar, negar,///.- ///.-impedir. Es decir, es una forma continuada y permanente de daño personal, moral, psicológico, social y familiar, que retoma los cauces de la última dictadura para impedir que algunos ciudadanos “calificados” por las empresas o por el Estado, se transformen en ciudadanos de segunda categoría, por el solo hecho de haber reclamado por sus derechos (art. 1071 Cód. Civ.). No cometieron delito alguno como los trabajadores del cine, del teatro, los

intelectuales, los gremialistas, dirigentes políticos, etc.; pero seguramente molestan al régimen, y negándoles el trabajo se los priva de ser dignos de trabajar y de realizarse en una comunidad. De nada importa el deber impuesto por el art. 39 que dispone que: “El trabajo es un derecho y un deber social; es el medio legítimo e indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales de la persona y de la comunidad. Río Negro es una Provincia fundada en el trabajo”; o el 40, inc. 1* que dice: “Son derechos del trabajador, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: 1. A trabajar en condiciones dignas y a percibir una retribución justa”; y el 46 (in fine), que dispone: “Es deber de todo habitante: Trabajar y actuar solidariamente”, todos de la Constitución Provincial; al igual que el preámbulo que manda a dignificar el trabajo. El estado social y de derecho no tolera el regreso de las listas negras ni los vuelos de la muerte; en este caso civil para los que no pueden trabajar, que son los que tuvieron la valentía de enfrentar a los poderosos. La proclama “nunca más”, comprende entonces un nunca más a las listas negras; un respeto a la persona del trabajador, al ejercicio de su profesión, y a la concreción de un proyecto de vida.///.- ///25.-Nunca más a la violación de la vida y la dignidad de las personas; nunca más al abuso del derecho y de cualquier forma de discriminación maliciosa.- - - - -

-----Además la sanción debe ser aplicada independientemente de que el daño punitivo no haya sido receptado legislativamente en nuestro derecho; y sin que se incluya solapadamente en el daño moral. Es decir ha llegado el momento en que el daño punitivo o sanción civil –como quiera denominársela-, empieza a ser considerada por la jurisprudencia, independientemente de la apatía del legislador en materializar esta sanción en la responsabilidad civil –sólo lo ha introducido la ley de defensa del consumidor (art. 52 bis)-, ya que las actitudes comprendidas en supuestos como los ocurridos en autos donde se han trastocado seriamente valores éticos por el obrar de quien deliberadamente y con ánimo especulativo saca réditos en desmedro del derecho de otros, y esas conductas deben ser sancionadas para satisfacer el sentimiento de justicia que subyace en la razón de ser del sistema jurídico. Es decir, la empresa no ha podido justificar su conducta para exonerarse, por eso la petición de una indemnización ejemplificadora se torna impostergable remitiendo a los fundamentos que la mayoría del país ha sustentado –ya referenciados-. Y cuando la violación es de normas públicas, que afectan al interés u orden público y son institucionalmente graves, nada puede limitar el poder amplio de la judicatura de discernir y adjudicar el daño punitivo. Si bien no existen precedentes sobre la materia en cuestión, hasta las doctrinas eclécticas deben

ceder a casos como el de autos donde lo más repugnante del derecho se ha afectado (arts. 903, 1071, ///.- ///.-1198 y ccetes. del Código Civil).- - - - -

-----Pero si bien hemos hecho hincapié en la habilitación del daño punitivo –conforme los fundamentos expuestos supra-, el mismo se debe contemplar cuando el hecho además de grave, injusto, reprochable; también conmueve el sistema de derecho y el sentimiento de justicia. Con lo cual, en cuanto al alcance del mismo, hay que decir que su aplicación no debe recaer en cualquier circunstancia, ya que los incumplimientos pueden ser numerosos y deberse a infinitas razones, sino solamente cuando el autor sabía con certeza que podría causar un daño y no sólo que no evitó, sino que especuló con dicha actitud; es decir el autor del daño en el caso sub examine ha actuado, con desidia y sin importarle la afectación que producía en los derechos de los actores.- - - - -

-----Entonces, aceptada la procedencia de la sanción punitiva, otro punto a definir es la graduación de la misma en el caso concreto. A tal fin es conveniente seguir las pautas orientadoras para la fijación de la cuantía de la punitiva. Si bien, el debate sobre este punto es extenso y existen diversas posiciones al respecto, considero que como pautas orientadoras las establecidas en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe (1999). A saber: a)la índole de la conducta del dañador; b)el beneficio obtenido por éste; c)su caudal económico; d)la repercusión social de su conducta o del daño ocasionado; e)la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperable si no mediere condena pecuniaria; f)la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado; g)la posible existencia de otras sanciones penales o///.- ///26.- administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva o irrazonable; h)la existencia de otros damnificados con derecho a reclamación; i)la actitud del dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena.- - - - -

-----Ahora bien, más allá de estas pautas orientadoras, es cierto que resulta necesario imponer un límite a la cuantía punitiva, ello dado que, por una parte, se trata de una cuestión novedosa ya que no existen antecedentes sobre la aplicación de esta materia en la órbita civil; y, por otra, para que no sea empleada con finalidades distintas a las que aquí se han ponderado. Es por ello que en este contexto resulta razonable fijar un límite a la cuantía punitiva, y que el mismo estaría dado por un equivalente a tres veces al daño moral otorgado; y que ello se corresponde con determinadas normas del Código de fondo que prevén distintas penalidades (arts. 521, 622, 656, 666 bis, etc.). Para concluir con esta cuestión, resulta pertinente recabar en los comentarios de Llambías, a la

reforma del art. 521, por la Ley 17.711, donde sostiene que por inejecución maliciosa de la obligación ha de entenderse que es la práctica “ex profeso” o de propósito, no cumpliendo lo que el deudor debía y podía cumplir. Es una malicia específica referida al deber de prestar que pesa sobre el deudor. Por la virtualidad de la obligación, ya no puede este sustraerse a designio, a la realización de la conducta comprometida a favor del acreedor; si lo hiciera actuaría de mala fe por contrariar deliberadamente lo que le exige la ley, esto es, una ejecución de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art.///.-///.-1198). Esta norma aclara la agravada responsabilidad del deudor que infringe deliberadamente el deber que pesa sobre él y frustra a designio la expectativa del acreedor, sin que sea menester la demostración de la intención de perjudicar, que en la especie, implica una prueba diabólica por la extrema dificultad de su producción. Por consiguiente, el incumplimiento: 1)responsabilidad contractual culposa, si la inejecución resultara de la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512): esta responsabilidad sólo cubre los daños que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 520); 2)responsabilidad contractual dolosa, caracterizada por la inejecución maliciosa, consistente en un incumplimiento obrado a designio por el deudor: esta responsabilidad obliga también a indemnizar los daños que sufra el acreedor como consecuencia mediata de la inejecución; 3)responsabilidad extracontractual culposa, que habrá de alcanzar al deudor que por su culpa incumpla la obligación, si el hecho constituye un derecho del derecho criminal (conf. art. 1107); 4)responsabilidad delictual que alcanza al deudor cuando se le prueba que él ha incumplido la obligación a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos (art. 1072 del acreedor, cometiendo así un delito civil) (conf. Llambías, “Estudio de la Reforma del Código Civil, Ley 17.711”, págs. 133/145).- - - - -

-----Como corolario de lo aquí expuesto, es preciso dejar aclarado que, de los recursos interpuestos en autos, sólo///.- ///27.-resulta procedente el agravio de la parte actora referido al daño punitivo con respecto a aquellos actores por los que la demanda progresó por daño moral. Ello determina que se deberán remitir estas actuaciones a la instancia de mérito para que gradúe la sanción punitiva en cada caso, de conformidad a los parámetros aquí dispuestos. MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Ballardini dijo:- - - - -

-----Adelanto mi discrepancia parcial con la solución propuesta por el distinguido colega que me precede en el orden de votación. Ello así, por cuanto si bien coincido con los fundamentos sobre la procedencia de la cuestión de fondo –esto es si está bien acogida (o no) la demanda por conducta discriminatoria-, como así también los que rechazan los agravios, de ambas partes, respecto a la determinación de los daños reclamados y establecido por la instancia de grado; me permitiré disentir sobre la procedencia del daño punitivo.- - -

-----Antes de dar las razones de mi discrepancia en torno a la cuestión sub examine, es preciso aclarar algunos puntos sobre la misma. De tal modo, en primer lugar, no desconozco que la mayoría de los autores que han tratado este tema exhiben una postura favorable a la incorporación en el derecho argentino del daño punitivo o la multa civil. En efecto, tradicionalmente los estudios sobre la responsabilidad civil se ceñían a la reparación del daño injustamente causado, se fijaba la atención en el agente que causaba el daño y en el reproche que merecía su conducta. Con el transcurso del tiempo, comenzó a remplazarse en la doctrina la denominación de responsabilidad civil por la///.- ///.-de derecho de daños, esta última noción –más amplia y comprensiva de la primera-, permite incluir dentro de la materia dos aspectos que presentan no menor importancia que el de la reparación del daño, a saber: la prevención y la punición del daño, incluyéndose en esta faceta los daños punitivos. Ahora bien esta clase de daños, constituye una figura propia del Commow Law de origen británico, sin perjuicio de ello, no se duda hoy que donde mayor desarrollo y reconocimiento ha tenido esta institución es en los Estados Unidos de Norteamérica; por lo que ello ha motivado que muchos autores reprobren su recepción en nuestro sistema normativo, por tratarse de un tema extraño a la raigambre continental europea que ha inspirado nuestra legislación.- - - - -

-----Tampoco pasa inadvertido –y en ello coincido con el Vocal preopinante-, que parte de la doctrina nacional reconoce que se va haciendo camino un movimiento de ideas en torno a la función que debe desempeñar el derecho de daños, yendo de la función específica, natural, privada e individual, es decir resarcitoria, hacia otra de tipo solidarista que incluya también la función preventiva, disuasoria y sancionadora. Entiendo que el daño punitivo o la multa civil pueden llegar a constituir una herramienta importante para sancionar al agente dañoso, cuando el reproche de la conducta llevada a cabo por el mismo, sea de tal magnitud que haga que el daño sea socialmente intolerable. Así Zavala de González nos dice que: “Existen situaciones

perjudiciales intolerables en que el ordenamiento jurídico debe reaccionar con consecuencias económicas gravosas contra el responsable ... que desbordan la órbita resarcitoria///.- ///28.-estricta, para proyectarse hacia fines primordialmente disuasorios y en alguna medida punitivos. (...) tampoco el daño, por sí solo, es determinante de esta clase de punición, sino con la exigencia de otros requisitos de reprochabilidad subjetiva o social: se valoran las características del hecho que se imputa al responsable y no sólo las del efecto perjudicial de la víctima”. (conf. Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de Daños”, T* 2D, págs. 448/449). En este contexto es dable recordar que la figura que nos ocupa es materia de constante reconocimiento, no sólo por la doctrina en general, sino que además se ha intentado reconocer legislativamente –en el ámbito de la responsabilidad civil- por el Proyecto de Unificación Legislativa de 1988, que en su art. 1587 contemplaba los daños punitivos bajo la denominación de “multa civil”.- - - - -

-----Ahora bien, más allá de la importancia que pueda tener en un futuro esta figura jurídica, y del intento de incorporarla en el mencionado proyecto de reforma; cierto es que la institución en estudio no goza aún en nuestro derecho de carta de ciudadanía, no existen aún normas en el derecho vigente que la hayan receptado de manera expresa. Y ahí radica la base de la discrepancia con el voto precedente, es decir en la inconveniencia de la aplicación de los daños punitivos sin una norma expresa que autorice al Juez a implementar la sanción. Esto tiene su razón de ser en el hecho de que la aplicación de penas en el Derecho Privado, debe revestir carácter excepcional, y sólo debe proceder existiendo una previsión expresa, pues de lo contrario se pondrían en riesgo garantías y derechos constitucionales. Esta necesidad de una previsión legal///.- ///.-expresa, no debe ser entendida en el sentido de consagrar un elenco cerrado de supuestos –a la manera de tipos delictivos del derecho penal–, pues basta con una norma de carácter general que autorice su aplicación –sin perjuicio de regulaciones específicas en ciertos ámbitos–, debiendo agudizarse en estos casos el rigor judicial para no vulnerar las garantías del debido proceso y el derecho de defensa.- - - - -

-----Asimismo, es necesario resaltar que la necesidad de que los daños punitivos sean reconocidos por la legislación para que sea posible su aplicación, fue el criterio seguido por las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en setiembre de 1999, donde se manifestó entre las conclusiones de lege lata que: 1)“La sanción o punición de ciertos ilícitos contractuales o extracontractuales mediante la imposición de penas privadas no es ajena a nuestro derecho vigente, y se manifiesta en institutos como

la actual cláusula penal, los intereses punitivos, sancionatorios, astreintes, entre otros” (unanidad); 2)“Sin embargo el actual sistema normativo en materia de penas privadas es insuficiente y requiere de una pronta reforma legislativa que las recepte con mayor amplitud. (unanidad)” y 3)“No estando prevista la regulación de condenaciones punitivas o daños punitivos o multas civiles dentro de la sistemática legal del Código Civil, su admisión por vía jurisprudencial pone en riesgo garantías y derechos constitucionales (unanidad)”. Y entre las conclusiones de lege ferenda que: 1)“Es aconsejable la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas legales para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de///.- ///29.- una suma de dinero. (unanidad)” 2)“Las penas privadas no están alcanzadas por las garantías constitucionales propias del proceso penal (v. gr. “non bis in idem”, prohibición de autoincriminación, personalidad de la pena, etc.). Es preciso, en cambio, que ellas no sean excesivas y que sean respetadas las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa. (unanidad)”.- - - - -

-----En derredor a estas conclusiones se ha expresado que, respecto a la conclusión de lege lata N° 2, es compatible con la unánime jurisprudencia argentina que invariablemente ha rechazado los daños punitivos porque no pueden ser introducidos vía judicial sino legislativa. Como no podía ser de otra manera y de acuerdo prácticamente con la totalidad de la doctrina los daños punitivos en materia civil necesitan imprescindiblemente de una ley que los ponga en vigor; es decir las penas privadas necesitan, para ser admitidas en el derecho civil, de una ley que las reglamente (conf. Edgardo López Herrera, “Los Daños Punitivos”, págs. 306/307).- - - - -

-----Asimismo, a nivel jurisprudencial, existen antecedentes en nuestro país donde se han rechazado pedidos de aplicación de daños punitivos. Así, se sostuvo que: “1) En el derecho nacional carecen de existencia los llamados “daños punitivos”. Por tanto, estimo que una demanda que los pretenda es ‘improponible’. 2) La actora no incluyó con nitidez en su demanda semejante pretensión –más allá de lo dicho en el punto 1). 3) El caso contemplado en esta sentencia, difícilmente encajaría en los supuestos, por demás difusos, de “exemplary damages”. 4) “De lege ferenda” la doctrina más autorizada rechaza la idea de incorporar la///.- ///.-categoría que me ocupa, o piensa que sólo deberían contemplarse algunos perjuicios puntuales o, en fin, que las hipótesis de enriquecimientos incausados que exceden la cuantía del daño afrontado por el dañante, tendrían que ser combatidas por medio de instituciones civiles o penales distintas de los

“daños punitivos” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, Se. del 28/02/1996, in re: G., F.M. y otro”).- - - - -

-----También se ha sostenido que: “Por supuesto coincidimos con los autores que, partiendo de la premisa que nuestro Derecho de Daños tiene fuente romanista, no es conveniente importar teorías foráneas provenientes de ordenamientos jurídicos como el Anglosajón que poco tienen que ver nuestra tradición jurídica en materia de Derecho de Daños, pero nada impide que con las necesarias adaptaciones pueda aplicarse en nuestro derecho, permitiendo el desbaratamiento de las consecuencias ilícitas del acto dañoso, provocando un efecto ejemplar para disuadir eventuales conductas similares, y también castigar a quien comete actos ilícitos con dolo o por lo menos con total desprecio por la integridad y dignidad humanas. Somos contrarios a la aplicación en el estado actual de nuestra legislación. Los arts. 1083 y 1067 ambos del Código Civil sirven como fundamento, tal como “supra” lo hemos manifestado, pero ese fundamento sólo justifica y hace posible la sanción de una ley que modifique el Código Civil, o que lo complemente y que se mantenga en armonía con el resto del sistema. Entendemos que el instituto en estudio u otro similar deberá tener una reglamentación legal precisa fundamentalmente en cuanto a los presupuestos de procedencia, y en cuanto a legitimación activa, destino y monto, a fin de///.- ///30.-evitar la dispersión que seguramente se produciría entre los distintos tribunales de nuestro país, y de esa manera le estaríamos “ahorrando” a la Corte Suprema Nacional tener que establecer por vía de interpretación, las pautas limitativas a las que se vio obligada la Corte Federal de Estados Unidos de Norteamérica, por carecer el instituto de una conveniente legislación.” (Brun, Carlos A., “¿Hacia un Derecho de Daños Preventivo y Sancionador? (Especial referencia a los llamados “daños punitivos”)”, Publicado en: DJ 2004-3, 1228).- - - - -

-----Por otra parte, tampoco es posible desconocer –como acertadamente expresara el vocal preopinante- que la tan rechazada y temida noción de punición civil no es tan extraña a nuestro ordenamiento como podría parecer a primera vista, ya que existen algunos supuestos que aparecen como emparentados con el mecanismo de los daños punitivos, tales como: las astreintes, la cláusula penal, los intereses sancionatorios, la temeridad procesal. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el daño punitivo, dichos institutos se encuentran debidamente legislados, ya sea en el código de fondo (art. 666 bis; art. 656 Cód. Civ., art. 622 Cód. Civ.) o en las distintas legislaciones de rito. Y precisamente, el motivo del rechazo del planteo de autos, y motivo de esta

disidencia parcial, se centra en la ausencia de reglamentación legal que permita la procedencia del daño punitivo, ya sea como tal, o en el concepto de multa civil como se intentó implementar en el proyecto de Código Unificado.-

-----En suma, de los antecedentes referidos surge con nitidez la inviabilidad de una condena por daños punitivos en el supuesto de autos; ello así, por cuanto la inexistencia de una norma///.- ///.-expresa impide que se aplique la multa, pues de hacerse se corre el riesgo de violentar garantías constitucionales.- - - -

-----Finalmente, en cuanto al pedido de los actores de que en caso de no poderse incorporar los daños punitivos, se hiciera jugar al daño moral en su función punitiva; si bien es cierto que algunas opiniones en nuestro país se inclinan por la tesis de la naturaleza mixta del daño moral -sancionatorio y resarcitorio- el daño moral es resarcitorio por naturaleza, es decir tiene por objeto la compensación y no la sanción -en el sentido de pena privada-; por lo que dicho planteo tampoco puede llegar a tener acogida. ES MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - -

-----Ante la disímil posición asumida por los señores Jueces que se pronunciaron precedentemente, en lo que hace al daño punitivo reclamado en autos, se impone que el suscripto deba dirimir -únicamente esa cuestión- para dotar de la mayoría necesaria a la presente sentencia.- - - - -

-----A tal efecto, en primer lugar, me permitiré efectuar una síntesis de cada una de las posiciones sostenidas sobre la materia en disidencia. Así tenemos que el doctor Sodero Nievas, ha seguido una posición amplia de aplicación de los daños punitivos y que la punición civil no es extraña a nuestro ordenamiento ya que las penas privadas hoy se presentan en la más diversas figuras del derecho de las obligaciones (astreintes), de familia (privación de la patria potestad), en el derecho sucesorio (indignidad para suceder), en los contratos (cláusula penal), en el derecho laboral, en la legislación monetaria, urbanística, agraria, etc.. Entiende que la///.- ///31.-sanción debe ser aplicada independientemente de que el daño punitivo no haya sido receptado legislativamente en nuestro derecho -sin que se incluya solapadamente en el daño moral-, debiendo ser considerada por la jurisprudencia, independientemente de la apatía del legislador en materializarla. Concluye en que, la sanción se debe contemplar cuando el hecho además de grave, injusto, reprochable, también conmueve el sistema de derecho y el sentimiento de justicia; determina que el monto de la sanción punitiva vaya a las víctimas y establece las pautas orientadoras para la fijación de la cuantía punitiva, fijando un límite

a la misma -el equivalente a tres veces al daño moral otorgado.- - - - -

-----Por su parte, el doctor Balladini, si bien entiende que el daño punitivo puede llegar a constituir una herramienta importante para sancionar al agente dañoso, cuando el reproche de la conducta llevada a cabo por el mismo, sea de tal magnitud que haga que el daño sea socialmente intolerable; sin embargo considera –y en esto se basa la disidencia- que la inexistencia de una norma expresa impide que se aplique los daños punitivos, pues de hacerse se corre el riesgo de violentar garantías constitucionales. Rechaza la aplicación del daño moral en su función punitiva, en cuanto considera al mismo únicamente como resarcitorio.- - - - -

-----Ahora bien, de este resumen de las dos posiciones de los votos precedentes, se puede observar que ambos coinciden en la importancia que tiene el instituto en estudio, pero sin embargo disienten en cuanto a su aplicación concreta, sobre todo en la necesidad –o no- de la previa instrumentación normativa.///.- ///.-También coincido con los Jueces preopinantes, en cuanto a la necesidad de contar con una herramienta tan eficaz como la sanción ejemplificadora o el daño punitivo, que permita no sólo castigar o sancionar conductas totalmente reprochables -como las ocurridas en autos-, sino además permitiría en el futuro disuadir la posibilidad de que se produzcan acciones de este tenor.- - - - -

-----No obstante ello, en cuanto al punto en discordia de estos dos enfoques sobre la cuestión en controversia, me permitiré concordar con el mencionado en segundo lugar. Ello así, ya que, es evidente que el daño punitivo es una figura que, si bien ha sido receptada en la legislación argentina a través del art. 52 bis de la Ley N° 24.240, la misma ha sido únicamente para las relaciones de consumo, en tanto y en cuanto, tiene como presupuesto de procedencia los daños que pueden causarse a los consumidores por los productos elaborados. Sin embargo, no se ha dictado, en igual sentido, una norma que recepte este instituto dentro del derecho civil, más específicamente dentro del derecho de daños.- - - - -

-----Además, hay que tener en cuenta, al momento de disponer la aplicación de un nuevo instituto dentro de una rama del derecho de fondo, que hay ciertos reparos que deben ser contemplados por quien tiene la tarea de establecer legalmente los mismos. Para ser más preciso, de instituirse este sistema, hay ciertos extremos del mismo que necesitan de un arduo debate a los efectos de su implementación; y que si bien, con loable vocación han tratado de ser delimitados por el vocal votante en primer orden, cierto es que el daño punitivo requiere de///.- ///32.-precisiones tales como, establecer

cuáles conductas son las que se gravarían con el mismo, la cuantía de la sanción, el límite y destino de la misma, etc..- - - - -

-----Así, a mera guisa de ejemplo, si tomamos la cuestión del destino de la multa a aplicarse, se podrá advertir que en los casos que ya se aplica este instituto hoy en día existen serias diferencias de criterios respecto a dicho punto. Si bien el principio general, en el “common law”, es que la condena se destina en forma íntegra a la víctima, existen voces de protestas contra esta situación, a tal punto que en algunos triunfó la posición dominante de que los daños punitivos debían volver a la sociedad, porque en última instancia ésta era la víctima, con lo cual no había razón para que el damnificado se llevara toda la recompensa. También existen otras propuestas bastante interesantes de que no toda la condena sea destinada a la víctima, e incluso existen ciertos Estados de Norteamérica (Alaska, Colorado, Florida, Georgia, etc.) que han implementado esta clase de condena dividida, en que sólo un parte se destina a la víctima. También, en la legislación local (Ley 24.240), uno de los tópicos que se le cuestiona es la opción efectuada por el legislador de entregar a cada consumidor que lo peticione el monto que el Juez considere procedente por el daño punitivo.- -

-----No sólo es este punto, que como ejemplo se ha desarrollado con mayor profundidad, el que trae dificultades de implementación, sino que existen otras aristas conflictivas a la hora de adoptar los daños punitivos. Así podemos mencionar, si es necesario o no tipificar las conductas a sancionar (principio de legalidad), el modo de establecer la cuantía de la///.- ///.-multa, en base a qué parámetros se toma la misma (por ej. tomar o no el beneficio indebido), etc.; con lo cual todas estas cuestiones son las que determinan que la actividad jurisdiccional es insuficiente para poner en práctica el instituto en cuestión, y que es necesario que el mismo sea introducido vía legal. De hecho, en el único supuesto en que se ha establecido este instituto, ha sido en el derecho del consumidor, donde ha sido necesario la implementación de una ley (Nº 26.361) que reformó el texto original de la Ley de Defensa al Consumidor, e incorporó, a través del art. 52 bis de la Ley 24.240, los daños punitivos.- - - - -

-----Por otra parte, más allá de no verificarse una norma nacional que contemple los daños punitivos para los supuestos como el de autos, tampoco se advierte una norma supralegal que cubra esta insuficiencia normativa. En efecto aunque se tratara de ampliar aún más análisis del marco normativo imperante, rápidamente se llega a la conclusión de que tampoco se advierte la posibilidad de aplicación de este instituto a través del derecho supranacional, dado que si bien dentro de esta categoría de derecho

existen convenios y tratados que regulan principios sobre discriminación laboral (Carta Sociolaboral del Mercosur, Convenio N° 111 de la OIT, etc.); en ninguna de estas normas de carácter suprallegal se han establecido en modo concreto cuál es el modo de sanción de estas inconductas, sino que ello ha sido dejado a criterio de los Estados partes, con lo cual ni siquiera se ha mencionado, en los mismos, un medio de sanción como el sub examine.-----

-----En resumidas cuentas, no se objeta el fondo de la///.- ///33.-cuestión debatida en estos autos, en cuanto no hay dudas que las penas privadas no son ajenas al ordenamiento argentino, como tampoco se duda de la necesidad de implementación de la sanción ejemplificadora, para que sirva de herramienta útil y eficaz a quienes nos compete la resolución de los conflictos jurisdiccionales -sobre todo en aquellos casos en que la tradicional reparación del perjuicio se muestra francamente insuficiente-; lo único que realmente no se comparte con el votante en primer orden, es la implementación de este instituto en la etapa judicial ante la inexistencia de una norma que lo reglamente. En suma, como diría Trigo Represas, sobre los daños punitivos: “La idea subyacente es la de la utilización de la responsabilidad civil a título de ‘pena privada’, o sea de atribuir a la condenación pronunciada contra el responsable el carácter de una penalidad civil, que no diferiría mayormente de la pena pecuniaria pronunciada por el juez penal” (conf. Trigo Represas, Félix “Daños punitivos”, en Alterini, Atilio-López Cabana, Roberto M., “La responsabilidad”, p. 288); por lo que si los daños punitivos tienen naturaleza de una verdadera pena con el carácter mencionado anteriormente, su incorporación debería forzosamente verse acompañada de resguardos que aseguren el pleno respeto de los principios constitucionales que rigen la imposición de este tipo de sanciones en el sentido mencionado, lo cual debería incorporarse al código de fondo a través de una reglamentación legal precisa.-----

-----En otro orden, tampoco resulta acertado la posición de los actores en cuanto pretenden que, ante la imposibilidad de aplicar daños punitivos en el supuesto de autos, se///.- ///.-impusiera el daño moral en su carácter de sanción ejemplar. Ello por cuanto el daño moral tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquéllos bienes que tienen un valor esencial en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y lo más caros afectos. Es decir se trata de un resarcimiento, en que los parámetros que determinan la procedencia y valoración del daño efectúan su enfoque desde la situación de la víctima.-----

-----En cambio la sanción ejemplar es el “plus” de indemnización que se concede al perjudicado que excede del que le corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños; 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 y prevenir hechos similares en el futuro. Es decir, es una pena, en que el ángulo de apreciación es el del responsable.-----

-----Como corolario de lo aquí expuesto, es dable traer la cita de Pizarro, donde ha expresado que: “...en determinadas circunstancias, y siempre que exista adecuado soporte normativo, pueda preverse, además de la reparación del daño moral, la aplicación de una pena pecuniaria al dañador, destinada a la propia víctima. Lo dicho podría asumir especial significación en casos de graves inconductas (dolo o culpa), aún teniendo que pagar las indemnizaciones pertinentes, o en supuestos de extrema gravedad que evidencien un reprochable menosprecio por parte del dañador de los derechos de la víctima. Parece necesario, en///.- ///34.-tales supuestos, que el ordenamiento jurídico contemple un adecuado sistema de puniciones que impidan un enriquecimiento del dañador y posibiliten un pleno restablecimiento de la juridicidad. La pena, en dichas circunstancias, puede ser destinada a la víctima o a un tercero –vgr. El Estado, ligas de consumidores, entidades de bien público, etc.-. Pero nada de resarcitorio encontraremos en dichas atribuciones patrimoniales. (...) Insistimos que la tesis de la pena y del resarcimiento presentan diferencias abismales a la hora de dar respuestas a numerosas cuestiones, no sólo en el plano de los principios sino también en su aplicación práctica. Sin embargo, nada impide que la indemnización del daño moral sea ponderada con criterio resarcitorio, de modo que a través de ella se alcance el resarcimiento del daño en forma plena y que, además pueda en casos de grave inconductas –reforma legislativa de por medio- condenarse al pago de un plus: una pena privada destinada a la víctima, por encima del valor del resarcimiento. La culpa o el dolo del responsable no tendría incidencia, de tal modo, para reducir el monto indemnizatorio, pues la reparación se mediría siempre con criterio resarcitorio y no punitivo. Pero sí podría, en cambio, en determinados supuestos previstos por el legislador, dar lugar a una pena que –en los hechos- actuaría como un factor agravante para el responsable” (conf. Pizarro, Ramón Daniel, en “Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición.”, págs. 114 y 552). ASI VOTO.----- A la segunda cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Soderó Nievas dijo:-----

-----Por todo lo expuesto al tratar la primera cuestión,///.- ///.-propongo al Acuerdo: 1)Rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada a fs. 1564/1588 y vta.; 2)Hacer lugar parcialmente al recurso de la parte actora de fs. 1543/1562 y vta., únicamente en lo que hace al agravio sobre los daños punitivos, y en los términos establecidos en los considerandos de la presente; 3)Reenviar las presentes actuaciones a la Cámara de origen, para que efectúe las liquidaciones pertinentes; 4)Imponer las costas de esta instancia extraordinaria por el recurso de la parte demandada, a la demandada perdidosa; y por el recurso de la parte actora, por su orden (art. 68, 2* parr. del CPCyC.), atento el carácter novedoso de la cuestión y no existir precedentes jurisprudenciales de este Superior Tribunal de Justicia sobre dicho tópico; 5)Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes del siguiente modo: por el recurso de la demandada, al doctor Carlos Alberto Assef en el 25% y a los doctores Julio Leonardo Tarifa y Marcelo Antonio Angriman, en conjunto, en el 30% y por el recurso de la parte actora, a los doctores Julio Leonardo Tarifa y Marcelo Antonio Angriman, en forma conjunta, en el 30% y al doctor Carlos Alberto Assef en el 25%; todos a calcular sobre los honorarios regulados a cada representación en Primera Instancia (art. 14 L.A.). MI VOTO.- - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Ballardini dijo:-----

-----Por todo lo expuesto al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: 1)Rechazar los recursos de casación interpuestos por la parte demandada a fs. 1564/1588 y vta., y por la parte actora a fs. 1543/1562 y vta.. 2)Imponer las///.- ///35.-costas de cada recurso a la respectiva recurrente perdidosa (art. 68 del CPCyC.). 3)Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia extraordinaria de la siguiente forma: por el recurso de la demandada, al doctor Carlos Alberto Assef en el 25% y a los doctores Julio Leonardo Tarifa y Marcelo Antonio Angriman, en conjunto, en el 30%; y por el recurso de la parte actora, a los doctores Julio Leonardo Tarifa y Marcelo Antonio Angriman, en forma conjunta, en el 25% y al doctor Carlos Alberto Assef en el 30%; todos a calcular sobre los emolumentos regulados a cada representación en Primera Instancia (art. 14 L.A.). ASI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - -

-----ADHIERO en un todo al voto del doctor Ballardini, por compartir la solución propiciada en cuanto a la resolución del recurso y la imposición de costas.-----

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

(POR MAYORIA)

Primero: Rechazar los recursos de casación interpuestos por la parte demandada a fs. 1564/1588 y vta., y por la parte actora a fs. 1543/1562 y vta. de las presentes actuaciones.- - - - - Segundo: Imponer las costas de cada recurso a la respectiva recurrente perdidosa (art. 68 del CPCyC.).- - - - - Tercero: Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia extraordinaria de la siguiente forma: por///.- ///.-el recurso de la demandada, al doctor Carlos Alberto Assef en el 25% y a los doctores Julio Leonardo Tarifa y Marcelo Antonio Angriman, en conjunto, en el 30%; y por el recurso de la parte actora, a los doctores Julio Leonardo Tarifa y Marcelo Antonio Angriman, en forma conjunta, en el 25% y al doctor Carlos Alberto Assef en el 30%; todos a calcular sobre los emolumentos regulados a cada representación en Primera Instancia (art. 14 L.A.).- - - - - Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. FDO. VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ - EN DISIDENCIA - ALBERTO I. BALLADINI JUEZ - LUIS LUTZ JUEZ - ANTE MI: ELDA EMILCE ALVAREZ SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

TOMO: IV

SENTENCIA N° 98

FOLIO N° 651/685

SECRETARIA: I