



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

EL DERECHO DE INFORMACION EN LOS PRODUCTOS ALIMENTARIOS Y EL CARÁCTER NO ACCESORIO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

Por Esteban Javier ARIAS CÁU (*) y Sofía NASIF (**)

Sumario: I. Introducción.- II. Antecedentes y esquema del fallo anotado.- III. Algunas consideraciones sobre el daño punitivo.- IV. De los alimentos.- V. El carácter autónomo del daño punitivo en el caso comentado.- VI. Nuestra opinión.-

I.- INTRODUCCIÓN

El instituto jurídico de origen foráneo denominado como daños punitivos o *punitive damages*, mejor conocido como multa civil para el derecho argentino, según el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor N° 24.240, posee como caracteres técnicos tanto de autonomía como la excepcionalidad y, por ello, requiere de un estudio y conocimiento adecuado en torno a su funcionamiento para cumplir, de este modo, con su doble función o finalidad: *Esto es, su función preventiva y disuasoria.*

La sentencia comentada es un buen ejemplo de tal afirmación ya que con una acertada claridad nos permite vislumbrar que la multa civil o sanción pecuniaria disuasiva pretende —como objetivo— sancionar civilmente conductas desaprensivas pero no indemniza daños.

II.- ANTECEDENTES Y ESQUEMA DEL FALLO ANOTADO

II.1 Antecedentes del caso

El 25 de julio de 2019 la Sala Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán, hizo lugar al recurso de casación deducido por una Organización No Gubernamental y un particular en los autos “Asociación de Consumidores del NOA y otro vs. Sparapani Guillermo s/ Especiales (Residual)”¹, revocando de tal forma la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial Común ordenando se dicte un nuevo pronunciamiento en el cual se haga lugar al rubro daño punitivo y a la rectificación pública de la información errónea.

La causa que tramitó por ante el Tribunal *a quo* se origina con la demanda presentada por la “Asociación de Consumidores del NOA” mediante la cual denuncia que la firma “Lulemuu”

Publicado en IJ Editores, Revista Jurídica del Noroeste Argentino N° 2, mayo 6 de 2020, IJ-CMXV-446

(*) Abogado (Univ.Nac.Tucumán), Magister en Derecho Empresario (Univ. Austral), Profesor Asociado Derecho Civil III “Contratos” y Profesor Adjunto de “Derecho de usuarios y consumidores” (Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS). Secretario Sede Jujuy, “Instituto Región Noroeste” perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Juez de Cámara Civil y Comercial del Poder Judicial de Jujuy.

(**) Abogada (Univ.Nac.Córdoba). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Mediadora (FIME). Poder Judicial de Jujuy.

¹ CSJ, Tucumán, Sala Civil y Penal, 25/07/2019 in re “Asociación de Consumidores del NOA y otro vs. Sparapani Guillermo s/ Especiales (Residual)”, Sentencia N° 1190/2019. Magistrados: Daniel Leiva, Antonio D. Estofán y Daniel Oscar Posse.

—nombre de fantasía de la empresa de Guillermo Sparapani— comercializa un producto que contiene información engañosa. Concretamente, fabricaba alfajores de arroz en cuyo envoltorio y de forma notoria informaba la cantidad de “Kcal²” por porción, no obstante, en letra considerablemente más pequeña, ubicada bajo el pliegue del envoltorio, mencionaba que una porción equivale a medio alfajor.

En otras palabras, en el empaque de los mismos se informaba de un modo llamativo las Kcal por porción —el alfajor relleno de dulce de leche informaba 39 kcal y en sus variantes con baño de repostería semi amargo y con baño de fantasía blanco, informaba 72 kcal— y que confiando en dicha información, el actor era un consumidor habitual de los alfajores de la marca.

II.2 Esquema del fallo

La sentencia comentada se conforma con el voto de tres vocales, siendo el voto del preopinante Daniel Leiva el principal y al cual se adhieren los otros vocales. El fallo presenta el siguiente esquema:

II.2.1. En primer término individualiza la sentencia objeto de recurso.

II.2.2. Seguidamente relata los antecedentes por los cuales la actora se alza en recurso y subdivide en dos (2) los agravios invocados. Por un lado, el rechazo al daño punitivo; y por el otro, el rechazo de la pretensión de publicación de un anuncio rectificatorio. Veamos:

II.2.1.1. La recurrente señala que la acción desplegada por la recurrida encuadra en una acción antijurídica susceptible de justificar la *procedencia del daño punitivo*, y entre sus fundamentos principales encontramos: que se configura un daño producto de la afectación a la libertad de los consumidores de decidir cuantas “Kcal” desean incorporar a su dieta; y que constituye un abuso que el derecho no debe tolerar que se le imponga al consumidor ingerir el doble de calorías que tenía pensado. Rebate, asimismo, el argumento utilizado por la Cámara *a quo* en tanto entendió que la cuestión era abstracta por no probarse daño efectivo alguno, señalando la recurrente que tiene trascendencia social que una empresa “mienta” sobre la característica de un producto, mucho más cuando es un alimento, sin necesidad de mayor prueba al respecto por tratarse de un engaño que configura “culpa grave”.

II.2.1.2. El segundo agravio se configura por el rechazo de la pretensión de *publicación de un anuncio rectificatorio*. Señala al respecto, que hasta que no medie “contra-publicidad” el error —y por ende el daño— se seguirá produciendo por pensar los consumidores que tiene la misma cantidad de “Kcal”. Refiere, a su vez, que el supuesto encuadra en el art. 1102 del Código Civil y Comercial constituyendo un supuesto de publicidad ilícita.

II.2.3. En tercer término trata cuestiones de índole procesal.

II.2.4. En cuarto lugar se avoca al análisis de los dos agravios deducidos por la actora. Adelantamos que el análisis del presente estará enfocado en la procedencia del daño punitivo ante

² La sigla “Kcal” simboliza una kilocaloría. Una kilocaloría es una unidad de energía térmica donde 1 kilocaloría equivale a 4,1868 kilojulio (KJ), y, asimismo, a 1000 calorías (cal). La kilocaloría (kcal) suele ser usada como sinónimo de calorías (cal). En biología, ambos términos solían ser equivalentes. Además, en el uso cotidiano, se abrevia kilocalorías como calorías. Para diferenciarlas, es conveniente ver si su símbolo es kcal (de kilocaloría) o cal (para caloría).

ciertas conductas en las que no se presenta un damnificado en particular pero la situación constituye una falta grave especialmente por tratarse de un alimento.

II.2.4.1. Efectuada tal aclaración, y específicamente sobre el agravio relativo al daño punitivo, la Corte tucumana entiende que los mismos son “autónomos y no accesorios”³.

Asimismo, detalla que el criterio de procedencia dependerá de un análisis y valoración de los puntos siguientes: a) Antecedentes particulares del caso; b) Pruebas; c) Área de producción y comercialización; d) Bienes directamente involucrados; e) Destinatarios principales del producto que se comercializa; e) Mercado en el que impacta; entre otros.

En lo que respecta en concreto a las constancias de la causa, con buen acierto, el Alto Cuerpo redirige su análisis al *marco normativo aplicable* cuando se tratare de alimentos. De lo general a lo especial: a) El derecho a la información del consumidor posee jerarquía constitucional (art. 42 C.N.); b) El art. 4º de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor en estricta correspondencia con el art. 1100 del Código Civil y Comercial regulan el derecho-deber de información; c) El art. 9 de la Ley N° 22.802, de Lealtad Comercial, en tanto prohíbe la publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión; d) El art. 1º de la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia, vigente al momento de interposición de la demanda, prohíbe actos que limitan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia o el acceso al mercado; e) Código Alimentario Argentino (Ley N° 18.284 y sus modificatorias); f) La Resolución Conjunta SPRyRS 149/2005 y SAGPyA 683/2005 dispuso incorporar “al Código Alimentario Argentino la Resolución Grupo Mercado Común N° 26/03 (Reglamento Técnico Mercosur para Rotulación de Alimentos Envasados) y la Resolución Grupo Mercado Común N° 46/03 (Reglamento Técnico Mercosur sobre el Rotulado Nutricional de Alimentos Envasados) g) La Resolución Conjunta SPRyRS N° 49/2007 y SAGPyA N° 106/2007 dispone la incorporación de la Resolución del Grupo Mercado Común N° 31/2006.

II.2.5. Seguidamente, trata sobre el rechazo a la pretensión de *publicación* rectificatoria.

II.2.6. Luego, analiza en concreto las razones por las cuales la sentencia es arbitraria y debe proceder la pretensión de daño punitivo y la publicación de un anuncio rectificatorio, y que será objeto de análisis más abajo.

II.2.7. Finalmente, el Alto Cuerpo tucumano, hace lugar al recurso y ordena que la Cámara emita un nuevo pronunciamiento.

III.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DAÑO PUNITIVO

De modo preliminar, advertimos que la Corte tucumana individualizó dos fundamentos principales para hacer lugar a la pretensión de daño punitivo en el caso concreto, a saber: 1º) Tratándose de un alimento, el incumplimiento al *débito informativo* lo transforma en “inseguro”⁴ y

³ CSJ, Tucumán, Sala Civil y Penal, 25/07/2019 in re “Asociación de Consumidores del NOA y otro vs. Sparapani Guillermo s/ Especiales (Residual)”, Sentencia N° 1190/2019. Considerando N° IV.1.1.

⁴ CSJ, Tucumán, Sala Civil y Penal, 25/07/2019, Sentencia N° 1190/2019 in re : “Asociación de Consumidores del NOA y otro vs. Sparapani Guillermo s/ Especiales (Residual)”, Considerando N° IV.1.4, con cita de SOZZO, C. Gonzalo, “La prevención de los daños al consumidor”, en STIGLITZ-HERNÁNDEZ (Dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, t. III, pág. 165.

defectuoso, con mayor extensión comparativa a cualquier producto elaborado; 2º) El *derecho a la salud* se ampara en la libertad del consumidor de elegir lo que desee consumir, y en el caso concreto, los alfajores de arroz están en muchos casos asociados a una dieta o a un régimen calórico en especial.

Pues bien, teniendo en cuenta lo antedicho, delinearemos el marco teórico del daño punitivo para luego constatar la configuración de sus presupuestos en casos particulares como aquellos referidos a los alimentos y productos elaborados.

III.1 Generalidades. Concepto

A los efectos de ingresar al análisis de la figura, podemos brindar una noción conceptual del daño punitivo, siguiendo las preclaras notas reseñadas por el profesor Pizarro, quién afirmó que se trata de “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 futuro⁵”.

De la noción antedicha es factible extraer las siguientes notas caracterizantes: a) Son sumas dinerarias; b) Por ilícitos graves cometidos por el demandado; c) Accesorias⁶ de la indemnización de daños concedida al damnificado; d) Destinadas a prevenir hechos similares; e) Punir graves inconductas⁷.

Es decir, desde un punto de vista teórico, el daño punitivo se configura como una suma de dinero, de carácter accesorio, excepcional⁸, con una doble finalidad⁹ preventiva y sancionatoria, y que exige un factor subjetivo agravado para su concesión por los tribunales.

⁵ PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos (dirs.), *Derecho de daños. Libro homenaje al Profesor Doctor Félix Trigo Represas*, segunda parte, La Rocca, Bs. As., 1993, págs. 287-337. Este trabajo es calificado como un verdadero mojón o hito de un camino (*landmark*) puesto que significó un antes y un después del instituto. Conf., LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, 2ª edición, AbeledoPerrot, Bs. As., 2011, pág. 327. Luego en la nota 36, el autor tucumano le efectúa algunas críticas: “El trabajo, sin embargo contiene algunas inexactitudes, como ser que la mayoría de la jurisprudencia se inclina por no admitir la asegurabilidad de los daños punitivos, o que en materia contractual no se permiten los daños punitivos”.

⁶ Cfr., CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Errepar, Bs. As., 2009, pág. 21: “Puede decirse que los daños punitivos o multas civiles son sanciones de carácter civil y de origen legal, que pueden implicar no sólo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, *accesoria, de aplicación excepcional*, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad”. Conf., LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos...*, cit., pág. 22.

⁷ OVALLE PIEDRA, Julieta, *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*, 1ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2001, pág. 131: “Los *punitive damages* constituyen un tipo de pena impuesta al demandado cuando el demandante es capaz de probar que su daño resultó de una conducta intencional y reprobable del demandado (...) en algunos casos una negligencia grave es suficiente; en otros se requiere que la conducta sea dolosa”.

⁸ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos...*, cit., pág. 22: “Amén de accesorios, los daños punitivos son de aplicación estrictamente *excepcional* (...) Además en el mismo proceso hay que probar que concurren otras circunstancias, por ejemplo, la actitud del dañador hacia la víctima, su malicia, temeridad, o la actividad dañosa,

En virtud de su origen foráneo¹⁰ los trabajos doctrinarios sobre el instituto eran escasos en nuestro país, por lo general, manifestándose a favor o en contra¹¹ para el supuesto de su futura incorporación al régimen patrio, pero siendo un objeto de estudio *exclusivo* para los especialistas.

III.2 Incorporación del daño punitivo al régimen argentino (art. 52 bis, Ley N° 24.240)

A partir de su consagración normativa en abril de 2008, vía sanción de una relevante modificación al régimen de la ley de defensa del consumidor (ley N° 26.361¹²), la temática adquirió actualidad y un evidente efecto práctico ante la posibilidad concreta de su imposición. Así, fue establecido con el siguiente texto:

Art. 52 bis.- Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

La doctrina, sin embargo, a poco de comenzar su análisis detectó severas falencias de técnica legislativa, a saber: a) Cualquier incumplimiento del proveedor a sus obligaciones legales o contractuales habilitaba, en principio, su imposición; b) La denominación de “daño punitivo” en el epígrafe y de “multa civil” en el texto era susceptible de crítica; c) El término “podrá” dejaba mucho margen al juez para su concesión, a pesar que fuera pedido y debidamente fundamentado por el damnificado; d) La multa civil nacía, por razones de política legislativa, con un techo¹³ fijo de cinco millones de pesos careciendo de actualizaciones automáticas, móvil o criterios objetivos de

teniendo en cuenta el mayor beneficio obtenido después de pagar las indemnizaciones”. El autor tucumano insiste permanentemente sobre este carácter.

⁹ URDANETA FONTIVEROS, Enrique, “Daños punitivos ¿Una quiebra del sistema de responsabilidad civil?”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 10*, Editorial: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A., Caracas, 2018, pág. 333: “Los daños punitivos cumplen dos funciones. En primer lugar, castigar al agente del daño por conductas especialmente reprobables; y, en segundo término, disuadirle a él y a los terceros de llevar a cabo conductas similares en el futuro”.

¹⁰ Es un instituto jurídico que proviene del denominado *common law* por oposición al derecho continental europeo o *civil law*. Conf., URDANETA FONTIVEROS, Enrique, “Daños punitivos ¿Una quiebra del sistema...”, cit., pág. 334: “De Inglaterra este instituto se trasladó a Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Sudáfrica y los Estados Unidos de América en donde se extendió rápidamente al punto que a mediados del siglo XIX los daños punitivos eran ya una pieza fundamental y consolidada del Derecho de daños norteamericano y lo siguen siendo hoy en día. Es pues una institución típica del *Common Law*, principalmente de los Estados Unidos de América”.

¹¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, LA LEY 1994-B, 860.

¹² Artículo incorporado por el art. 25 de la Ley N° 26.361 (B.O. 7/4/2008).

¹³ ARIAS CÁU, Esteban J. - BAROCELLI, Sergio S., “Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos”, LA LEY 05/09/2014, 4; La Ley Online AR/DOC/2443/2014: “De modo previo, a nuestro juicio constituía un acierto de la redacción original la eliminación del tope máximo de cinco millones de pesos. En primer término, porque rechazamos, en general, los topes indemnizatorios. En segundo lugar, porque si sostenemos que la multa civil o daño punitivo debe tener una finalidad preventiva, disuasiva, ejemplificadora y sancionatoria dicha suma máxima no cumplirá dicha función en caso de daños colectivos de gran impacto, empresas monopólicas, oligopólicas o presencia destacada en un mercado determinado u otros supuestos de especial trascendencia social”.

aumento no discrecionales; e) Se establecía la responsabilidad solidaria ante un mismo hecho causado por varios proveedores, sin tener en cuenta su efectiva participación en el ilícito, dejando para ello las acciones de regreso sobre dicha determinación *in concreto*.

Por supuesto, además de las falencias técnicas detectadas, surgieron cuestionamientos de índole constitucional¹⁴ que paralizaron —de modo momentáneo— su aplicación por parte de los jueces y de este modo se conspiró en contra de su doble finalidad, tanto preventiva como sancionadora, de aquellas conductas desaprensivas del proveedor de bienes y servicios. De otro lado, también fue susceptible de crítica su encapsulamiento exclusivo en el régimen de defensa del consumidor y no en el derecho de daños en general.

IV.- DE LOS ALIMENTOS

La particularidad que presenta el fallo comentado, es que no se ha individualizado un daño efectivo en la salud de determinada persona a raíz de consumir el alfajor de arroz producido por la demandada. No obstante, la Corte Tucumana entendió que la situación desaprensiva, indignante o antisocial¹⁵ que amerita la procedencia del daño punitivo es que se trata de un alimento, cuya ingesta se encuentra íntegramente relacionada con la libertad del consumidor y el derecho a la salud, siendo ésta la causa eficiente para la procedencia de la sanción disuasiva o punitiva.

Sucede que “[l]a salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades¹⁶”, y posee íntegra relación con el Derecho de la Alimentación cuyo principio fundamental es la protección de la persona de cuya alimentación se trate¹⁷.

En lo que respecta al marco normativo, específicamente en nuestro país tenemos la Ley N° 18.284, conocida como “Código Alimentario Argentino” y la normativa que lo complementa; así como la adhesión a numerosos tratados internacionales de derechos humanos que lo receptan, a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11), la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (Prólogo) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 27).

El esquema que, a simple vista, parece perfecto esto es “consumir adecuadamente”, sin embargo, se rompe por diversos factores como, por ejemplo, altos niveles de pobreza, enfermedades como la diabetes o la celiaquía, factores culturales o sociales y por supuesto la publicidad y la información¹⁸ que ofrece el proveedor de productos elaborados. Este último es el caso que

¹⁴ PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, LA LEY 2007-F, 1154. A favor de la constitucionalidad del instituto en el derecho argentino remitimos al enjundioso estudio de LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos...*, cit., págs. 357-369.

¹⁵ JUNYENT BAS, Francisco, “Recaudos de procedencia del daño punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en ‘Teijeiro’ y ‘Esteban’” LA LEY 14/08/2017, 14/08/2017, 7 - LA LEY2017-D, 554. La Ley Online AR/DOC/2153/2017.

¹⁶ Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), principios.

¹⁷ CIURO CALDANI, Miguel Á., “El derecho de la alimentación, despliegue relevante del derecho de la salud”, LA LEY 04/05/2016, 14; La Ley online AR/DOC/4337/2016.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno, *Curso de directo do consumidor*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012. pág. 168: “La eficacia del derecho a la información del consumidor no se satisface con el cumplimiento formal del deber de indicar datos y demás elementos informativos, sin el cuidado o la preocupación de que sean debidamente entendidos por los destinatarios de estas informaciones”.

comentamos, ya que quienes producen tienen el poder de manipular a quien consume haciendo dudoso el grado de libertad¹⁹ que poseen o creen poseer.

En efecto, la información que deben brindar los alimentos en su *etiquetado*²⁰ no es tan sólo a los fines de lograr la falta de enfermedad —vgr. productos transgénicos— sino de lograr un bienestar equilibrado de acuerdo a la libertad de elegir, siempre dentro de sus posibilidades económicas, cada persona lo que desee ingerir.

V.- EL CARÁCTER AUTÓNOMO DEL DAÑO PUNITIVO EN EL CASO COMENTADO

V.1 Análisis del caso

Veamos ahora como la teoría de los daños punitivos se aplica al caso específico de la firma que ofrece al público un alfajor de arroz, de naturaleza dietética o destinado a personas con enfermedad celíaca, cuya información no es veraz puesto que sólo en letra pequeña del envoltorio destaca que la cantidad de “Kcal”, equivale a media porción.

Conforme lo hemos adelantado, la doctrina mayoritaria entiende que no basta el mero incumplimiento a las disposiciones de la ley de defensa del consumidor para la procedencia de la multa civil (art. 52 bis, LDC), sino que además debe existir una conducta agravada por parte del proveedor que implique un grave menoscabo a los derechos de los consumidores, caracterizado por el factor subjetivo aumentado (dolo o culpa grave).

Sin embargo, en el fallo anotado, la Corte Tucumana se ocupa de resaltar que en el caso sometido a debate no se configura un “daño efectivamente sufrido”, pero ello no impide la procedencia del rubro daño punitivo, ya que este viene a ser *autónomo* del daño emergente; es decir, posee singularidad o autonomía propia, ya que “ni la procedencia ni la cuantía del correctivo dependen de la existencia de un perjuicio (individual o colectivo) padecido por el accionante²¹”.

La cuestión funciona como eslabones concatenados, por ende, la gravedad de la conducta se presenta en la infracción a numerosas normas que protegen al consumidor.

¹⁹ CIURO CALDANI, Miguel Á., “El derecho de la alimentación, despliegue relevante del derecho de la salud”, LA LEY 04/05/2016, 14; La Ley online AR/DOC/4337/2016.

²⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, “La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la ley de protección de los derechos de los consumidores”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (dir.), *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 12 - La protección del derecho de los consumidores en Chile: aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la ley 19.955 de 2004*, Universidad de Los Andes – Facultad de Derecho, Jorge Baraona González - Osvaldo Lagos Villarreal Editores, Santiago de Chile, 2006, pág. 97: “1°) Incumplimiento de las especificaciones: en esta categoría ubicamos el incumplimiento en las especificaciones del producto, sean las exigidas normativamente (art. 20, letra a), las ostentadas o mencionadas en el rotulado (art. 20, letra b), o las convenidas entre proveedor y consumidor (art. 20, letra d). 2°) Deficiencias o falta de cualidades que determinan la ineptitud del producto: en este grupo pueden señalarse las deficiencias que ocasionan que el producto no sea enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado o al que el proveedor hubiere señalado en la publicidad (art. 20, letras c y e), y los defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine (art. 20, letra f). 3°) Diferencias entre el contenido real y el contenido indicado: puede agruparse bajo este concepto el caso en que la cantidad o contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque (art. 19), así como aquel en que la ley de los metales en los artículos de orfebrería, joyería y otros sea también inferior a la indicada en ellos (art. 20, letra g)”

²¹ CSJ, Tucumán, Sala Civil y Penal, 25/07/2019 in re “Asociación de Consumidores del NOA y otro vs. Sparapani Guillermo s/ Especiales (Residual)”, Sentencia N° 1190/2019, Considerando N° IV.1.1.

El primer eslabón de la cadena tiene rango constitucional (art. 42, Const. Nacional) en virtud de la cual la protección genérica y suprema de los consumidores, que abarca las etapas precontractual²², contractual y poscontractual²³ otorgando un “mandato garantista”; el segundo eslabón será legal (CCyC; LDC; Ley de defensa de la competencia; Ley de Lealtad Comercial); y el tercero, será reglamentario. Y, como bien lo indica el fallo, la Carta Magna viene a consagrar al derecho de información²⁴ de los consumidores como la “columna vertebral²⁵” del sistema, en tanto se relaciona directamente con otro derecho fundamental como es aquél de la libertad de elección, que puede esquematizarse en el siguiente teorema: *A mayor información, mayor libertad de elección; a menor información, menor libertad de elección.*

El proveedor de cualquier bien (sea o no alimentario) debe brindar una información veraz y completa del producto que se dispone a ofrecer, adquiriendo especial relevancia en la etapa precontractual siendo el bien jurídico protegido “la confianza del consumidor en la oferta pública que hace el empresario, y no la negociación competitiva²⁶”. Empero, cuando el producto que se oferta es alimentario o de naturaleza alimenticia, tal deber se agrava y por ende la información no sólo debe ser veraz y completa sino que, además, debe brindar garantías para que su consumo pueda ser seguro.

En otras palabras, el *débito* informativo que brinde el proveedor alimentario debe ser tan perfecto, ya que —tal como lo hemos plasmado más arriba— la ingesta de un alimento inadecuado vulnera derechos “que son objeto de una tutela reforzada (la vida, la salud, la seguridad, los intereses económicos, la dignidad personal, etc., conforme el art. 42 de la Constitución Nacional y

²² MONSALVE CABALLERO, Vladimir, “La responsabilidad precontractual con ocasión al incumplimiento de la obligación de información en el nuevo estatuto de consumo (NEC)”, en GUAL ACOSTA, José M. – VILLALBA CUÉLLAR, Juan C. (dir.), *Derecho del consumo: Problemáticas actuales*, Universidad Santo Tomás – Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2013, pág. 240.

²³ Conf., ARIAS CÁU, Esteban J. - NASIF, Sofía, “El derecho de información del consumidor y el servicio accesorio de mesa a la luz de un precedente innovador”, 7/02/2019, Microjuris: MJ-DOC-13826-AR | MJD13826

²⁴ En el derecho colombiano, este aspecto es muy detallado. Ley N° 1480, art. 24. *Contenido de la información*. “La información mínima comprenderá: 1. Sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, como mínimo el productor debe suministrar la siguiente información: 1.1. Las instrucciones para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio; 1.2. Cantidad, peso o volumen, en el evento de ser aplicable; Las unidades utilizadas deberán corresponder a las establecidas en el Sistema Internacional de Unidades o a las unidades acostumbradas de medida de conformidad con lo dispuesto en esta ley; 1.3. La fecha de vencimiento cuando ello fuere pertinente. Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en sus etiquetas, envases o empaques, en forma acorde con su tamaño y presentación. El Gobierno reglamentará la materia. 1.4. Las especificaciones del bien o servicio. Cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares, estas deberán contenerse en la información mínima. 2. Información que debe suministrar el proveedor: 2.1. La relativa a las garantías que asisten al consumidor o usuario; 2.2. El precio, atendiendo las disposiciones contenidas en esta ley. En el caso de los subnumerales 1.1., 1.2. y 1.3 de este artículo, el proveedor está obligado a verificar la existencia de los mismos al momento de poner en circulación los productos en el mercado. PARÁGRAFO. El productor o el proveedor solo podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación”.

²⁵ CSJ, Tucumán, Sala Civil y Penal, 25/07/2019 in re “Asociación de Consumidores del NOA y otro vs. Sparapani Guillermo s/ Especiales (Residual)”, Sentencia N° 1190/2019, Considerando N° IV.1.3, con cita de SAHIÁN, José H., *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Diálogo con los Derechos Humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 303.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo L., “La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación”, LA LEY 1993-B, 712.

normas infraconstitucionales que dan contenido al mandato protectorio impartido desde la Ley Suprema)²⁷”.

Precisamente, es en este punto, en el cual advertimos con claridad la configuración de los presupuestos para la procedencia del daño punitivo que el Máximo Tribunal provincial enunció y que hemos transcripto en el primer párrafo del punto II.2.4.1, esto es: “a) antecedentes particulares del caso; b) pruebas; c) área de producción y comercialización; d) bienes directamente involucrados; e) destinatarios principales del producto que se comercializa; e) mercado en el que impacta; entre otros”.

Así, en los apartados a) y b), los antecedentes particulares de la causa y las pruebas reflejan un proveedor de alfajores de arroz, en cuyo etiquetado —y de forma notoria— informa que el mismo posee determinada cantidad de “Kcal” por porción; no obstante en letra más pequeña, ubicada bajo el pliegue del envoltorio, menciona que una porción equivale en rigor “a medio alfajor”. Por otro lado, en el apartado c) el área de producción y comercialización es pública y abierta a quienes deseen consumir el mismo; d) los bienes directamente involucrados son derechos constitucionales tales como “la vida y la salud, la seguridad, la libertad y autonomía personal, los intereses económicos del consumidor, etc.”; e) los destinatarios principales del producto son personas que pretenden consumir una cantidad reducida de Kcal. ya sea por razones de salud (celiaquía, diabetes) o nutricionales (dietas estrictas) presumiéndose que adquieren ese producto (Firma Lulemuu) y no otro porque el aporte calórico supuestamente es “bajo”.

Concluye, entonces, la Corte Tucumana que la sentencia de la Cámara *a quo* es arbitraria por haber omitido considerar tales parámetros y en su mérito debe proceder la sanción punitiva.

V.2 *El carácter autónomo o accesorio de la multa civil*

Un aspecto muy interesante, y que dejamos para su tratamiento *in extenso* para otra oportunidad, es que el Máximo tribunal provincial considera a la multa civil como autónomo de cualquier otro daño que haya sufrido o podido sufrir el consumidor en particular. Como hemos destacado más arriba, la doctrina autoral resalta que el daño punitivo con origen en el *common law* se caracteriza por su carácter accesorio²⁸ de una indemnización principal.

Sin embargo, en este caso, ante la infracción del deber de información y por consiguiente la restricción a la libertad de elección del consumidor, ambos derechos tutelados en el elenco expreso del art. 42 de la Constitución Nacional, se ha considerado necesario la imposición de una sanción pecuniaria disuasiva (art. 52 bis, LDC) para el efectivo cumplimiento de su doble función: *preventiva y sancionatoria*.

VI.- NUESTRA OPINIÓN

Pues bien, luego de haber descripto los aspectos principales del recurso deducido por la

²⁷ CSJ, Tucumán, Sala Civil y Penal, 25/07/2019 in re “Asociación de Consumidores del NOA y otro vs. Sparapani Guillermo s/ Especiales (Residual)”, Sentencia N° 1190/2019, Considerando N° IV.1.3.

²⁸ Conf., CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Errepar, Bs. As., 2009, pág. 21; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, 2ª edición, AbeledoPerrot, Bs. As., 2011, pág. 22; PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos (dirs.), *Derecho de daños. Libro homenaje al Profesor Doctor Félix Trigo Represas*, segunda parte, La Rocca, Bs. As., 1993, págs. 287-337.

“Asociación de Consumidores del NOA y otro” como las consideraciones efectuadas por los magistrados, corresponde emitir nuestra opinión.

De modo preliminar, manifestamos nuestro acuerdo con la decisión tomada por la Corte Tucumana al tachar de arbitraria la sentencia de Cámara y ordenar se dicte un nuevo pronunciamiento en el cual se haga lugar al daño punitivo y a la publicación de un anuncio rectificatorio.

En el caso comentado, hemos redirigido nuestro análisis a la procedencia del daño punitivo dispuesta por el Máximo tribunal provincial, entendiendo de gran significancia la adopción de la postura “autónoma” del instituto, en tanto “dado que la función del instituto es sancionatoria y disuasiva, ni la procedencia ni la cuantía del correctivo dependen de la existencia de un perjuicio²⁹ (individual o colectivo³⁰) padecido por el accionante, ni de la medida del daño eventualmente derivado³¹”.

En nuestro caso, con anterioridad hemos sostenido, que aunque no hubiere un daño efectivamente sufrido por determinado consumidor igualmente puede proceder el daño punitivo y cuantificarse en altas sumas de dinero. En efecto, entre los fundamentos que hemos utilizado para la aplicación de nuestra fórmula de cuantificación³² es que el daño punitivo o sanción pecuniaria disuasiva como preferimos llamarle, condena civilmente acciones antijurídicas de los proveedores y no indemniza daños sufridos por los consumidores. En su caso, el daño que experimente el consumidor será un agravante a la hora de cuantificar, pero bajo ningún aspecto el que determinará si procede —o no— la sanción. Y ello posee íntegra relación con el factor subjetivo de atribución agravado, que debe consistir en la culpa grave o dolo³³ del proveedor³⁴.

Por ello, el caso comentado constituye la confirmación de ello en virtud que el legitimado activo, esto es quién reclama es una organización del tercer sector (asociación) que defiende intereses de los consumidores con más el consumidor, persona humana, que solía consumir los alfajores de arroz. No obstante ello, no se ha probado en la causa que ésta última hubiera sufrido algún daño físico o material; y a pesar de ello, se revoca la sentencia de Cámara y se ordena el

²⁹ Cfr., TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1ª edición, La Ley, Bs. As., 2004, t. I, pág. 557: “concede al perjudicado y que excede del que le corresponde según la naturaleza y alcance de los daños”; ZENTNER, Diego H, *Contrato de consumo*, La Ley, Bs. As., 2010, pág. 242: “supone un perjuicio individual o colectivo que revista cierta trascendencia y que por su repercusión social e institucional sea merecedora de un castigo ejemplar”.

³⁰ SAHIÁN, José H., *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los derechos humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 137.

³¹ C CSJ, Tucumán, Sala Civil y Penal, 25/07/2019 in re “Asociación de Consumidores del NOA y otro vs. Sparapani Guillermo s/ Especiales (Residual)”, Sentencia N° 1190/2019, Considerando N° IV.1.1.

³² ARIAS CÁU, Esteban J. - NASIF, Sofia “La cuantificación del daño punitivo mediante fórmulas como herramienta técnica para incrementar su aplicación”, 23/09/2019, Microjuris.com, cita on-line: MJ-DOC-6989-AR | MJD6989. Una aplicación práctica de la fórmula puede encontrarse en: Cam.CivyCom.Jujuy, sala I, 21/11/2019 in re “Acción emergente de la ley del consumidor: TOLAY, ALEJANDRA ELIZABETH c/ LINEA CERO AUTOMOTORES S.R.L.”, Expte. N° C-106.857/18. Disponible en http://www.justiciajujuy-juris.gov.ar:8081/frm_resultado_out_sentencias.aspx?id=354357

³³ También dolo eventual, por supuesto.

³⁴ Recientemente, en la Comisión N° 4 de las “XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil” de Santa Fe (2019), se concluyó que “resulta conveniente acudir a fórmulas matemáticas, entre otras” (Conclusión N° 9).

dictado de un nuevo pronunciamiento.

A modo de colofón, entendemos que la sentencia es ejemplificativa de la forma en la que debe funcionar el instituto para cumplir con su finalidad disuasiva³⁵ en el caso: Evitar que se oferte al público un alimento que en su envoltorio contenga información nutricional errónea.