

Autos: **Lespada, Hugo C. c/Massalin Particulares SA s/Daños y Perjuicios**
Tribunal: Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de Mar del Plata
Fecha: 05-08-2016
Cita: IJ-CVC-751

Voces | Relacionados

Abstract

El Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de Mar del Plata hizo lugar a la demanda del accionante contra una tabacalera, el cual reclamó por los daños y perjuicios provocados por consumir una gran cantidad de cigarrillos a lo largo de toda su vida, ya que al momento en que comenzó con su "adicción", la tabacalera realizó publicidad abusiva e inductiva, sin existir una clara y concisa información sobre los efectos adictivos de la sustancia y los daños que provocaba.

Sumario

1. Corresponde hacer lugar a la demanda del accionante contra una tabacalera, el cual reclamó por los daños y perjuicios provocados por consumir una gran cantidad de cigarrillos a lo largo de toda su vida, en tanto que al momento en que comenzó con su "adicción", la tabacalera realizó publicidad abusiva e inductiva, sin existir una clara y concisa información sobre los efectos adictivos de la sustancia y los daños que provocaba.
2. En el año 1986 se sancionó la *Ley Antitabaco*, la cual limitaba las publicidades de cigarrillos, como la obligación de incluir en las marquillas el mensaje *el fumar es perjudicial para la salud*, aplicando los principios que regulan el derecho del consumidor, quien tiene el derecho de contar con la información acerca del producto.
3. El proveedor es quien tiene la carga de informarle debidamente de las consecuencias del consumo de tabaco y no limitarse con advertir solamente que el mismo es perjudicial para la salud.

Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de Mar del Plata

Mar del Plata, 5 de Agosto de 2016.-

I) Que a fs. 6/21 se presenta Hugo César Lespada, con el patrocinio letrado del Dr. Néstor Oscar Arosteguy, iniciando formal demanda por indemnización de daños y perjuicios contra la firma Massalin Particulares S.A. con domicilio en avda. Leandro

N. Alem 466 de la ciudad de Buenos Aires.

Comienza diciendo que a muy temprana edad comenzó a consumir cigarrillos que eran comercializados en dicha época por la firma demandada; precisando que era un “precoz adolescente” que practicaba varios deportes, destacándose especialmente en las disciplinas de natación y fútbol.

Dice que una vez que inició dicho hábito, se generó en forma lenta un detrimento en su rendimiento físico, dado que cada vez, y con mayor rapidez, se quedaba sin aire al practicar dichos deportes; y que como contrapartida de ello consumía mayor cantidad de cigarrillos, dado que la sensación de fumar dicho producto le causaba un efecto placentero.

Sin embargo, expresa que ello al poco tiempo se convirtió en una necesidad, resultándole imposible evitar consumir una cantidad menor a veinte cigarrillos por día, ocasionándole lentamente en su cuerpo una adicción respecto de dicho producto “de la que nunca más pude liberarme”.

Afirma así que dicha necesidad ocasionó que al comenzar a desarrollar el hábito de fumar, dejara de nadar y jugar al fútbol en atención a que sus pulmones “se quedaban rápidamente sin aire”.

Sostiene que en forma simultánea se generó en su cuerpo la necesidad cada vez más frecuente de consumir una mayor cantidad de cigarrillos a raíz de la adicción que había ocasionado en su persona dicho producto; el consumo de cigarrillos determinó que se generara una imperiosa necesidad de aumentar el nivel de consumo diario, adicción de la que a la fecha no se pudo desprender, afectándole en su discernimiento y voluntad hasta la actualidad.

Indica que en autos quedará demostrado que su decisión de fumar no resulta ser un acto llevado a cabo en forma libre, dado que la adicción afecta su voluntad y discernimiento, tornándose de tal forma dicho acto (fumar) un acto involuntario y ejecutado en forma automática.

Precisa que al momento en que comenzó a fumar cigarrillos en la década del 70 la demandada no informaba con precisión, ni en forma detallada, los riesgos derivados del consumo de cigarrillos, así como tampoco los daños que ello ocasionaba en su salud y cuerpo, cuya gravedad tampoco en ningún momento se anticipaba e ilustra.

Con ello, entiende que queda acreditado el nexo causal entre los daños irrogados a su persona por la adquisición de cigarrillos y consumo de los mismos y el accionar de la accionada, el que ocasionó la totalidad de los padecimientos que lo afectan a la fecha.

Expresa que no hay dudas que al continuar consumiendo los productos que elaborados y distribuidos por dicha parte, realizaba un acto sin discernimiento ni intención, toda vez que se había generado una adicción con dicho producto, resultando imposible dejar de consumir el mismo “a pesar de enormes esfuerzos de voluntad que realicé”.

Da cuenta que Massalin Particulares S.A., en ningún momento informaba al comercializar los paquetes de cigarrillos en su elaboración y distribución el riesgo real que emanaba de ello; y que los padecimientos que a la fecha lo afectan, que

se trasuntan en síntomas permanentes, tales como falta de aire, impedimento para caminar, adormecimiento de brazos, impotencia sexual, etc., han sido causados por el consumo de los productos fabricados por Massalín Particulares S.A., de lo que deviene evidente la responsabilidad que le cabe a la accionada en la irrogación de los mismos.

Sostiene que dicha parte omitía denunciar los riesgos que implicaba tal producto, todo lo cual resultaba ser una obligación a su cargo, dada la peligrosidad y nocividad a la salud de lo que comercializaba y del cual obtenía ganancias millonarias.

Añade que comenzó a fumar cigarrillos hasta como una costumbre de la época, en razón de los beneficios que de ello se obtenía en su juventud “léase rebeldía, aparentar ser mayor de edad, sesgo conquistador, independencia, etc.”; y que dicha atención a la publicidad que realizaba la demandada, que se dirigía en un mensaje al público en general, en el sentido de que si un joven adquiría y consumía cigarrillos era hasta mejor visto socialmente conforme pautas de la época.

Reitera que al no existir información alguna respecto de las contraindicaciones de fumar, dado que en momento alguno se indicaba los daños que producía el consumo del producto que se vendía, no se encontraba en condiciones de asumir riesgo alguno, ya que el mismo era desconocido en cuanto a su real existencia y gravedad.

Por ello destaca que de la prueba a producirse se acreditará la publicidad inductiva y engañosa que realizaba la accionada a los fines de comercializar sus productos, toda vez que no informaba o ponía en conocimiento del público los graves padecimientos que podía generar el consumo de cigarrillos, a la vez que no existía un conocimiento en la medicina de los reales daños que ello generaba “lo que se pudo de relieve mucho después”.

Entiende que la publicidad engañosa e inductiva realizada por la misma (en la cual se omitió consignar información esencial, esto es nocividad y peligrosidad del producto y afecciones y padecimientos que genera el mismo) resultó ser determinante a fin de que comenzara a consumir cigarrillos, toda vez que nunca se dimensionó la gravedad y efectos devastadores en la salud, lo que se omitía puntualmente.

Pone de manifiesto que la accionada, al publicitar su producto (cigarrillos Marlboro) en ningún momento aludía, ni siquiera en forma indiciaria, los terribles y graves padecimientos y perjuicios que conlleva el consumo de cigarrillos “sino que por el contrario mostraba los supuestos beneficios sociales que otorgaba el consumo de dicho producto”; y que recién con la sanción de la ley 23.344 en el año 1986 se impuso la obligación de especificar en las marquillas que “el fumar es perjudicial para la salud”.

Pero añade que ya en esa época era un adicto empedernido al consumo de cigarrillos, resultándole imposible dejar de consumirlos, causando dicha adicción una afectación en el discernimiento, ya que sentía que su cuerpo necesitaba su permanente consumo.

Agregando que dicha advertencia, impuesta por la ley 23.344 resultaba ser irrelevante para el consumidor, dado que se ubican en una posición que la torna imperceptible ante el público “específicamente en los laterales y no en el frente del paquete, sector este último que otorga una mayor visión y resulta más perceptible”.

Argumenta que la demandada no informa al público en general, tanto en sus publicidades, como en los paquetes de cigarrillos, el contenido del cigarrillo; no se brinda información respecto de los químicos que contiene y mucho menos las consecuencias funestas que ocasiona el consumo de dicho producto; afirmando que ello se agrava en atención que al momento en que comenzó a consumir cigarrillos fabricados por aquella, resultaba ser un joven fácilmente manipulado por las publicidades, entre ellas la de cigarrillos, deslumbrado en parte por los supuestos beneficios que irradiaban de las mismas, sumado a la posición de rebelde que generaba dicha condición y la imagen de masculinidad y éxito que aparentaba ante el sexo opuesto.

Expone que a raíz del consumo de dicho producto, se originó una adicción en su persona y tornó imposible su abandono, convirtiéndose su consumo en un acto involuntario “dado que la adicción afectaba sobremanera mi discernimiento”.

Insiste en que la decisión de comenzar a fumar se vio facilitada dado que, en forma vaga y sin ahondar en detalles, se comentaba que el fumar difícilmente podría llegar a causar algún problema de magnitud y gravedad que hoy lo afectan; tales consecuencias no fueron en ningún momento explicitadas, ni pública ni privadamente “todo lo cual de haber tomado el peticionante conocimiento en forma detallada de los mismos, en ningún momento hubiera fumado cigarrillo alguno”.

A todo ello añade que la accionada (productora y comercializadora de una amplia gama de cigarrillos), era y es hoy una empresa que reviste características de un comerciante profesional, con alto grado de especialización y con amplia superioridad técnica sobre el público, todo lo que le obliga a obrar con mayor prudencia y pleno conocimiento de las cosas, por lo cual su conducta no puede apreciarse con los parámetros exigibles a un neófito, sino conforme un estándar de responsabilidad agravada.

Y si la misma distribuía y comercializaba un producto nocivo para la salud del público en general, ello le obligaba a actuar con mayor prudencia y pleno conocimiento de las consecuencias y propiedades que poseía y derivaban del consumo de cigarrillos: “a tal fin correspondía a la firma citada explicitar e informar detallada y con minuciosidad los perniciosos efectos que derivan del consumo de cigarrillos, ya que obtenía millonarias ganancias con la distribución de dichos productos nocivos”.

Massalin Particulares -continúa diciendo- omitió cumplir con dicha obligación, dado que la distribución al público en general de un producto nocivo, impone al menos la obligación por parte de la distribuidora de poner en conocimiento los efectos perniciosos que causa el consumo de cigarrillos, cuestión que en ningún momento realizó dicha parte.

Resalta que la adicción contraída tornó imposible el abandono del producto, a pesar de los reiterados intentos realizados ya que afecta aun hoy su pleno discernimiento “resultando imposible el abandono del consumo de cigarrillos, convirtiéndose dicho acto -el de fumar- de índole involuntaria, sin discernimiento ni intención”, y que “inclusive llega hasta no importarme los daños que ello ya irroga en mi salud, los que jamás supe que pudieran alcanzar la magnitud y alcance de los padecimientos que hoy tengo y me afectan”.

Más adelante señala que si bien por lo dispuesto en la ley 23.344 se dispuso que

debía imprimirse en las marquillas la leyenda indicada, ello no alcanza a advertir los reales daños y padecimiento que ocasiona el consumo de cigarrillos, incumpliendo de tal forma con las directivas que impone la ley 24.240.

Manifiesta que la adicción denunciada afectó sobremedida su discernimiento e intención al consumir cigarrillos, tornándose involuntario dicho consumo, pero a su vez necesario: “soy un adicto al cigarrillo, resultándome imposible abandonar dicho consumo a pesar de haber intentado en reiteradas oportunidades dejar el mismo, ocasionando la misma una afectación en mi discernimiento”.

Por ello entiende que correspondía a la demandada poner en conocimiento del público los devastadores efectos que ocasionan en la salud su consumo, máxime si se tiene en cuenta que afecta a la salud de la población en general; indicando que la nicotina ocasiona en su persona una dependencia exclusiva al cigarrillo, convirtiéndose en una adicción: “la totalidad de los componentes ocasionan en mi cuerpo una fuerte adicción resultándome imposible abandonar el consumo de los mismos a pesar de los reiterados intentos”.

Dice que en autos no se cuestiona la licitud de la fabricación y venta de cigarrillos realizada por dicha parte, sino que aquí se demanda por daños irrogados en su salud generados por el consumo de cigarrillos producidos por la contraria; ello es una consecuencia del obrar en la distribución y publicidad de sus productos, dado que nunca se puso en conocimiento del público en general de las graves consecuencias que ocasiona el mismo en la salud del firmante.

Con lo cual, refiere que la accionada omite dar cabal cumplimiento con el art. 4º de la ley 24.240, en cuanto impone a quienes distribuyan y comercialicen cosas el deber de suministrar a los consumidores en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características del mismo. Y que ello agrava el standard de información exigido por la ley 23.344, dado que a tenor de la ley 24.240 no alcanza solamente con incluir en la marquilla que fumar es perjudicial para la salud.; por el contrario -prosigue- el espíritu de la norma en cuestión implica que le corresponde brindar una información detallada de los perjuicios que puede ocasionar el consumo de los cigarrillos.

En otro punto, hace referencia a la responsabilidad de la requerida, indicando que la misma en ningún momento anunciaba, ni siquiera mínimamente, que el cigarrillo resultaba ser altamente nocivo para la salud del consumidor, sino que mostraba las cualidades y beneficios que supuestamente otorgaba el mismo a la persona que los consumiera.

Entiende que en tal sentido dicha parte realizaba una publicidad engañosa, contraria al principio de veracidad, ya que la misma consistía en anuncios que no guardan correspondencia con la propiedad de los productos que elabora; y que la publicidad realizada resultaba ser netamente engañosa e inductiva al momento que el peticionante empezó a consumir cigarrillos “los cuales eran conocidos por la demandada y en segundo término exponía como beneficios de fumar los que no eran tales”.

Da cuenta que la nicotina que compone los cigarrillos producidos por la demandada ha ocasionado en su persona la imposibilidad de abstenerse al consumo de dicho producto, a pesar de ser conscientes de los perjuicios que ocasiona; y que con ello se acredita su dependencia causada a raíz de la nicotina “que la accionada informa consciente introduce en los cigarrillos a fin de generar en los fumadores una dependencia absoluta hacia dicho producto...”.

Después, dentro del capítulo de los daños y haciendo mención al daño emergente, asevera que conforme será acreditado a través de la prueba a realizarse, el consumo del producto ha afectado su sistema nervioso central, consistente en temblores y mareos que lo afectan; como así también disfunción sexual. Así, sin perjuicio de la “dicción insuperable” que ha generado en su persona el consumo de cigarrillos, indica que las consecuencias dañosas que el mismo genera en su personal revisten entidad suficiente para ser factible de la correspondiente indemnización por daño emergente. Requiriendo que, de conformidad con la prueba que se rinda en autos, se estime la suma de \$ 70.000, o la que en más o en menos resulte de la misma.

También, solicita indemnización por daño moral, representativo de la cantidad de \$ 40.000.

Por último, solicita la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 y que para el supuesto que no se haga lugar a ello, se disponga la aplicación de la tasa activa al capital de condena correspondiente.

Ofrece prueba, funda el derecho y pide que oportunamente se dicte sentencia haciéndose lugar a la demanda interpuesta, con costas.

II) Corrido el pertinente traslado de ley (fs. 22) a fs. 1361/1436 se presenta el Dr. Ricardo Mariano Napp, en representación de Massalín Particulares S.A., respondiendo la demanda interpuesta.

Sostiene que el actor se presenta en autos y demanda a su mandante por daños y perjuicios que indica haber sufrido en su salud física y mental, como consecuencia del consumo de los cigarrillos Marlboro y Particulares fabricados por su parte.

Así, señala que si bien ese es el verdadero y único objeto del debate de la presente causa judicial, el actor excede el marco de la litis para atacar la existencia misma del producto; y frente a ello destaca que la peligrosidad del mismo para la salud humana no es objeto de controversia y su parte nunca ha afirmado de manera alguna que los cigarrillos no sean nocivos, circunstancia que es de público conocimiento desde antes que el actor comenzara a fumar en la década de 1970, y de la existencia de su mandante como sociedad anónima fabricante del producto que se comercializa con la advertencia “El fumar es perjudicial para la salud”. Seguidamente reconoce que fumar es una “adicción”, aunque esto no implica que el fumador no pueda dejar de fumar, ni que deje de ser responsable por sus actos, ni que la decisión de fumar no sea un acto voluntario; y también que ello es perjudicial para la salud, tal como resulta de la advertencia establecida por la ley 23.344.

Pone de manifiesto que en lo relativo a los supuestos trastornos que padecería el reclamante, la ciencia médica y las autoridades sanitarias han concluido que además del cigarrillo pueden deberse a otras causas; ello sumado a la vaguedad con que se han expresado los supuestos problemas de salud y a la inexistencia total de constancias médicas agregadas en la causa.

Sin embargo, desconoce que el accionante haya fumado en alguna oportunidad cigarrillos Marlboro o Particulares fabricados por su parte; que no pudo dejar de fumar, independientemente que fumar sea considerado una adicción; que fumar no sea un acto voluntario y que el actor no sea responsable por su decisión de empezar a fumar; que pudiera haber desconocido que fumar es perjudicial para la

salud; que su parte haya ocultado algo al respecto o que haya tenido una obligación de informar algo que ya era de conocimiento público y notorio mucho antes de la fecha en que el actor alega haber empezado a fumar; que la publicidad de su parte sea engañosa; que los trastornos que el actor alega sufrir hayan sido causados por consumo de los cigarrillos indicados; y que deba responder por los daños y perjuicios reclamados.

Seguidamente opone excepción de prescripción, fundada en la relación extracontractual habida entre las partes, precisando que "Entre el Sr. Lespada y mi parte no ha mediado contrato, ni se ha celebrado acto jurídico alguno. Si hubiera alguna responsabilidad de mi parte...la misma sólo podría ser extracontractual". Así, hace mención a distintos precedentes jurisprudenciales, especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como a lo dictaminado por el Procurador General, donde se sostuvo que la relación jurídica en que se funda la acción se encuentra prima facie encuadrada dentro de la responsabilidad extracontractual, en tanto, entre productor y consumidor media la intervención del comerciante minorista.

Criterio que, según entiende, fuera seguido por la Cámara Nacional Civil en distintos pronunciamientos; los que fueron unánimes en considerar que la eventual responsabilidad del aquí demandado por los daños sufridos por consumidores de cigarrillos sólo puede analizarse a la luz de las normas que regulan la responsabilidad extracontractual.

A ello agrega que según el relato del actor, el mismo había comenzado fumar en la década de 1970, con más de 18 años de edad; en consecuencia, la acción ya se encuentra prescripta hace mucho tiempo, quien también afirmó que en el año 1986 ya se consideraba un adicto al cigarrillo y no podía dejar de fumar. Desde allí entiende que aplicando lo dispuesto por el art. 4037 del C.Civil, la acción se encuentra prescripta.

Aduna a ello que los daños físicos por los que se reclama se tratan tan sólo de la mera consecuencia o el agravamiento de un daño original, lo que implica que no se está frente a un nuevo plazo de prescripción "por lo que indudablemente la solución es la misma para todos los rubros reclamados".

Indicando que los perjuicios físicos que alega padecer también existirían desde la década de 1970 "por lo que de todos modos la prescripción se impone"; afirmando que es imposible que todos los síntomas de los trastornos alegados hubieran aparecido en estos últimos dos años "más aun si son consecuencia de la adicción que dice tener desde hace más de 30 años, tal como alega en su demanda".

Precisa que los trastornos que menciona el actor son crónicos, graduales y/o paulatinos, por lo que para llegar al grado en el que se alega, debieron haber nacido hace mucho más de dos años; por lo cual, entiende que el actor reclama por daños que nacieron hace mucho tiempo y dado que el plazo de prescripción comienza a correr con el nacimiento del primero de ellos, se concluye que la presente acción se encuentra prescripta.

Además, dice que el hecho que alegue que no conoció antes los daños que podía causarle el consumo de cigarrillos en forma precisa, tampoco mejora su situación por cuanto su alegada negligencia en conocer la nocividad del tabaco y el daño en su propia salud, no impiden el cómputo del plazo de la prescripción. Más adelante afirma que el actor conoce que por imperio de la ley 23.344 desde el

año 1986 se consigna que el fumar es perjudicial para la salud; por ello, el mismo debió ser diligente y demandar dentro del plazo de prescripción, "...es decir que por lo menos desde noviembre de 1986 los consumidores de los productos de mi mandante han tomado conocimiento por imperio de la ley del riesgo para la salud asociado con su consumo".

Expresa que cualquier daño supuestamente ocasionado con posterioridad a la existencia de la advertencia no resulta imputable a su parte, desde que a partir del dictado de la ley y la aparición de la advertencia en el producto que el accionante dice consumir, el mismo no puede alegar ignorancia "...y ha asumido los riesgos para la salud asociados con el consumo de los cigarrillos (conf. Art. 1111 del C.C.)..."

Por lo cual, entendiendo que el supuesto hecho ilícito ocurrió en la década del 70 y conocido por el actor los alegados daños por los cuales reclama hace mucho tiempo, resulta que esta acción se encuentra prescripta.

En otro punto, concluyendo con el planteo prescriptivo, sostiene que el reclamante tiene discernimiento, voluntad e intención para plantear la presente demanda y, por otro, pretende hacer creer que su discernimiento y su voluntad están cercenadas para dejar el cigarrillo; y que la adicción a la nicotina lo ha llevado en el pasado a la pérdida de discernimiento.

Sin embargo, explica que hoy ese discernimiento estaría restablecido como para poder entablar esta demanda "...de otra manera no podría expresarse en la forma en que lo hace, ni tendría capacidad psíquica para estar en juicio y la validez de este acto jurídico estaría en tela de juicio..."

Argumenta que la costumbre de fumar fue adquirida voluntariamente y que sólo puede ser interrumpida por él de la misma manera; si el actor no deja de fumar es porque realmente no tiene el deseo de hacerlo; añadiendo que la jurisprudencia tiene dicho que la alegada dificultad para dejar de fumar no es un fundamentos válido para intentar un reclamo judicial como el de autos.

En otro segmento desconoce que cuando el actor comenzó a fumar en la década del 70 no existiera información pública acerca de que fumar es perjudicial para la salud y un vicio que puede ser difícil de dejar.

Entiende que desde mucho tiempo antes de ello las autoridades sanitarias e instituciones privadas, tanto en la Argentina como en el resto del mundo, publicaron informes y emitieron declaraciones que sostienen que existe una mayor incidencia entre fumadores que no entre no fumadores de enfermedades cardíacas, cáncer a los pulmones, distintas enfermedades respiratorias crónicas y mortalidad prematura.

Con esto, el peticionante conoció (o debió conocer) los riesgos para la salud asociados al hábito de fumar; recordando que los resultados de estudios científicos acerca de los riesgos asociados al hábito de fumar han sido ampliamente difundidos en la Argentina desde por lo menos la década de 1930; y que ya en el año 1894 los riesgos para la salud fueron informados en el Diario de Sesiones del Congreso Nacional.

Así, afirma que el actor pudo haber dejado de fumar en cualquier momento de haberlo decidido y en tales circunstancias, la decisión de fumar o de seguir fumando fue libre y soberana, con conocimiento de los riesgos para su salud:

“...cualquiera de los daños, pérdidas, dolores o sufrimientos alegados por actor habrían resultado del riesgo libremente asumido por él al fumar o seguir fumando cuando ya conocía -o debía conocer- que de hacerlo aumentaría sus riesgos de una morbilidad o mortalidad prematura”.

Precisa que si hay un responsable que dice haber sufrido el actor, no es otro que el Sr. Lespada “que comenzó a fumar sabiendo el riesgo y que siguió haciéndolo a pesar de todas las advertencias que recibió a lo largo de su vida”; y que la decisión libre de consumir cigarrillos y la asunción del riesgo -inherente al producto- implica la ruptura del nexos causal que se alega en la demanda respecto a los supuestos trastornos y algún acto de su parte.

Sostiene, además, que no puede pretenderse una prueba más clara de que la publicidad de cigarrillos no influye en el volumen total de venta de los mismos, ya que no induce a su consumo, sino que está destinada a hacer cambiar a los fumadores de marca; y que en el caso de autos es claro que el actor y todos los demás consumidores nunca pudieron haber caído en el error o en la confusión de creer que fumar cigarrillos era inofensivo para la salud.

Y que “todo el mundo” conoce las posibles consecuencias de fumar para la salud; y que la información acerca de la totalidad de las sustancias químicas que existen en el humo del cigarrillo nunca fue requerida por ley, ni puede ser útil para el consumidor ya que la única información esencial y relevante para el consumidor y que impide caer en engaño, es que se trata de un producto perjudicial para la salud.

Reconoce que el producto es inherentemente riesgoso, que no ha sido fabricado defectuosamente y que los consumidores siempre estuvieron advertidos acerca del riesgo que asumían, a pesar de tratarse de un producto nocivo para la salud desde el siglo XIX.

Precisando que su parte jamás ocultó que los cigarrillos fuesen un producto peligroso ni mucho menos invocó lo contrario; por ende, la información que ahora brinda públicamente no resulta un reconocimiento indirecto de responsabilidad o una novedad para el público consumidor “...ya que desde hace muchos años se sabe que fumar es perjudicial para la salud y un vicio difícil de dejar”.

Pone de manifiesto que la condición adictiva del cigarrillo no implica un reconocimiento de su parte sobre el particular sentido en el que la contraria usa el término adicción en su escrito de demanda, ya que el significado de la palabra adicción no es motivo de esta litis.

Afirma que el fumar es un acto voluntario y que quien fuma puede decidir dejar el cigarrillo simplemente tomando la decisión de hacerlo sin sufrir el trauma de las personas adictas al alcohol, a la heroína o a otras drogas; no existe ningún efecto de intoxicación del cigarrillo que impida a los fumadores tomar la decisión de abandonarlo.

Indica que la afirmación de que la adicción a la nicotina vuelve a una persona incapaz de controlar su comportamiento, es poco más que una posición filosófica “...está claramente reñida con las observaciones diarias de sentido común que indican que los fumadores eligen libremente fumar y pueden dejar de hacerlo cuando quieren...”.

Expresa que los argumentos del actor sobre la adicción a los cigarrillos se reducen, en última instancia, al reclamo de que los fumadores en su conjunto, han perdido el libre albedrío necesario para dejar de fumar; pero no hay nada -prosigue- en el consumo de los productos de su mandante que afecte el discernimiento, la intención o la libertad de las personas.

Más adelante sostiene que el cultivo de tabaco es una actividad subsidiada por el Estado Nacional a través del Fondo Especial del Tabaco creado por la ley 19.800, como por distintas reglamentaciones, por lo cual la fabricación y venta del producto es un hecho voluntario lícito; y de un acto lícito no puede surgir obligación de indemnizar a terceros.

Luego, señalando que se está dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual (conf. Art. 1113 del C.Civil) indica que no resultaría aplicable el reclamo en base a lo dispuesto en el art. 40 de la ley 24.240, por cuanto la misma no puede aplicarse con efectos retroactivos, al tiempo que la sanción de dicha ley, como la 24.999, es posterior a la fecha del acto ilícito que se imputa a su parte (década de 1970).

Afirmando que la ley 24.240 no resulta aplicable por cuanto es una ley general que debe ceder ante las normas específicas que regulan la actividad de su parte; entendiéndose que resulta inaplicable la doctrina general sobre responsabilidad por productos elaborados.

Bajo dicha óptica arguye que en la situación bajo análisis existe una sustancial diferencia entre el producto que fabrica su parte y las características generales que presentan la mayoría de los productos elaborados y que dieran origen a dicha teoría; la obligación de seguridad hace referencia al concepto que el producto fabricado debe ser inocuo, vale decir que la venta de un producto elaborado lleva implícita la obligación de seguridad que garantiza al adquirente que no habrá de perjudicarse por el consumo del producto.

Sin embargo -continúa- el cigarrillo constituye un caso distinto, pues todo el mundo sabe que aun su uso normal constituye un riesgo para la salud, por tal razón resulta errado considerar que el fabricante de cigarrillos viola el deber de seguridad, cuando dicha garantía opera cuando el fabricante garantiza al adquirente que no habrá de perjudicarse por el consumo del producto.

Asevera que es evidente que la fabricación y venta de cigarrillos se trata de un caso donde el fabricante no garantiza en ningún momento que el producto sea inocuo, sino que por el contrario, su parte reconoce que el producto es un riesgo para la salud “circunstancia que es de público y notorio conocimiento y que además queda evidenciada por la leyenda introducida en los atados de cigarrillos por imperio de la ley 23.344”.

Afirmando con ello que se está frente a un supuesto de “asunción del riesgo del consumidor” por cualquier daño que el cigarrillo le llegue a producir en virtud del conocimiento que dicho consumidor tiene de las condiciones potencialmente dañosas del producto.

Añade que la parte actora deberá acreditar la existencia del supuesto vicio del producto y su relación causal con el presunto daño sufrido, así como la culpa del fabricante por la existencia del vicio en el producto elaborado.

Agregando que aun asumiendo que las afirmaciones de la contraria fueren ciertas, debería igualmente rechazarse la demanda debido a que los habitantes del país, desde hace largo tiempo, fueron advertidos y han estado conscientes de que fumar puede ser perjudicial para la salud y resultar difícil dejar para algunas personas.

Dice que desde tan remotos orígenes existe un flujo continuo de información al público respecto del peligro potencial para la salud del hábito de fumar y de las dificultades para abandonarlo; es decir, la actora durante su instrucción primaria y secundaria y luego aún, tuvo conocimiento de los posibles peligros atribuidos al tabaco, incluida la dificultad para dejar de fumar.

Concluye el punto argumentando que no puede existir culpa de su parte cuando el riesgo para la salud del consumo del tabaco es de público y notorio conocimiento desde hace cientos de años, lo cual torna innecesario a su parte formular advertencia alguna y la libera de responsabilidad respecto de los daños alegadamente sufridos por la contraria.

Referente a la asunción de riesgos, afirma que siendo de público y notorio conocimiento los posibles efectos del consumo del tabaco, quien en ejercicio de su libertad y buscando un placer legítimo empezó a fumar, mal puede responsabilizar al fabricante de cigarrillos por las consecuencias de sus actos.

Precisa que quien a ciencia cierta eligió fumar ha asumido el riesgo y las posibles consecuencias del acto; no es aplicable la teoría relativa a la obligación de seguridad del fabricante “por cuanto el fumador desde antes de comenzar a fumar tuvo conocimiento de que el producto podía no resultarle inocuo o ser difícil de dejar y asumió voluntariamente tales riesgos al decidir hacerlo”.

Sosteniendo que su parte lícitamente fabrica y vende sus productos, es el consumidor quien libremente los adquiere y los consume, a sabiendas del riesgo para la salud asociado con tal consumo, y mal puede entonces responsabilizar a su parte por el eventual perjuicio que habría sufrido.

En otro capítulo, referente a la aplicación del régimen de defensa del consumidor (art. 42 CN y ley 24.240), considera que el mismo no resulta de aplicación al caso al tiempo de ser posterior al inicio de la actividad de las compañías antecesoras de su mandante como fabricantes y vendedoras de cigarrillos.

Indica que no se está frente a un producto cuya condición nociva es el resultado de la industria de su mandante, sino que resulta de la propia naturaleza y el uso para el cual el consumidor lo adquiere.

Hace mención que la incorporación del “tabaquismo” en los libros de texto obligatorios en las escuelas primarias y secundarias evidencia que el Estado desde hace décadas ha asumido la función de protección del consumidor y educación para el consumo a que hace referencia explícita el segundo párrafo del nuevo art. 42 de la CN.

Añade que la ley de defensa del consumidor no establece un régimen de responsabilidad distinto del establecido en el Código Civil, sino que a los efectos de brindar adecuada protección a los consumidores en la “relación de consumo” de estos con los fabricantes, distribuidores, etc., establece la forma en que la venta de bienes de consumo y la provisión de servicios (especialmente los públicos) debe ser efectuada en cuanto a instrumentación e interpretación.

Destaca que su parte no registra condena alguna por violación a la ley de defensa del consumidor, como tampoco por la ley 23.344, resultado significativo si se

considera que las actuaciones pueden ser iniciadas de oficio tanto por las autoridades de aplicación como por los consumidores y asociaciones de estos “máxime cuando los productos de mi mandante son consumidos diariamente por centenares de miles de personas”.

Indica que el art. 6° de la ley 24.240, al referirse a cosas y servicios riesgosos, establece que deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos; y que la norma establecida para la comercialización de cigarrillos es la ley especial 23.344 relativa específicamente a la publicidad y advertencias que los fabricantes de cigarrillos, como su parte, deben observar para comercializar su producto “que son aquellas disposiciones consideradas por el legislador nacional razonables para informar al público consumidor”.

Agregando a ello que el art. 40 de la LDC en nada modifica la situación de su parte ya que expresamente establece la irresponsabilidad del fabricante de un producto, cuando el daño se ha producido por una causa que le es ajena.

Ofrece prueba y pide que oportunamente se rechace la demanda interpuesta, con costas.

III) Corrido el traslado de ley respecto de la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada (fs. 1437), a fs. 1451/1457 se presenta el Dr. Emiliano Arosteguy, por la actora, respondiendo la presentación indicada.

Previo a ello, desconoce la autenticidad de la prueba documental aportada por la parte demandada, y luego sostiene que la excepción opuesta resulta extemporánea dado que ha sido articulada una vez excedido el plazo establecido por el art. 344 del código procesal, citando doctrina y jurisprudencia al respecto.

Después, indica que conforme se acreditará con la prueba a producirse (especialmente, psicológica) el efecto que la nicotina produjo en su mandante generó una dependencia hasta estos días; máxime que la propia demandada reconoce que la nicotina resulta adictiva, con lo cual reconoce indirectamente que su parte resulta ser un adicto a dicho producto.

Sostiene que de la prueba se demostrará que los actos jurídicos realizados por su parte resultaron involuntarios, dado que el mismo no se encontraba en condiciones de librarse del consumo de tabaco “atento el alto grado de dependencia que se le había originado por su consumo”.

Entiende que en autos se encuentra en análisis la salud de su conferente, como así también de todos los habitantes de la Nación, por lo que se encuentra acreditado en autos la actitud inmoral y atentatorio al orden público adoptada por la demandada, en cuanto la misma luego de reconocer que el producto que comercializa produce una adicción a sus consumidores, luego pretende beneficiarse de los efectos que ocasionó el consumo de sus productos a su conferente.

Considera que no caben dudas que en el caso existió un vicio de la voluntad (conforme se demostrará con la prueba a producirse) que tornó nulo de nulidad absoluta y por tanto imprescriptible su accionar con anterioridad a la interposición de la presente acción.

Afirmado que la razón fundamental es que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta es una consecuencia de la imposibilidad de confirmar el acto jurídico respectivo.

Por todo ello solicita el rechazo de la excepción de prescripción planteada.

IV) A fs. 1465/1468 se resuelve postergar el tratamiento de la excepción opuesta para el momento del dictado del presente pronunciamiento judicial.

V) A fs. 1503 el juicio se abre a prueba; producida la misma, conforme certificado de vencimiento probatorio obrante a fs. 5902/5903 y previa vista al Ministerio Público Fiscal (fs. 5971), cuyo dictamen luce a fs. 5972/5977, y agregados los alegatos adjuntados por cada una de las partes (fs. 5911/5939 y fs. 5941/5965) a fs. 5978 se llama “autos para sentencia”, providencia judicial que se encuentra firme y consentida.

Y CONSIDERANDO I) Antecedentes.- a.- Tal como resultara de la demanda interpuesta (fs. 6/21), Hugo César Lespada se presenta en autos, con el patrocinio letrado del Dr. Néstor Oscar Arosteguy, accionando por indemnización de daños y perjuicios contra la firma Massalín Particulares S.A. por la suma de pesos setenta mil (\$ 70.000) en concepto de daño emergente y la de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) por daño moral (art. 330 incs. 3 y 4 del C.P.C.).

Así, en aquella oportunidad puso de manifiesto sobre la responsabilidad civil imputada a la firma comercial demandada, fundado principalmente en los alcances dispuestos por la ley de defensa del consumidor 24.240, por la cual se habrían violado principios fundantes de la misma como es la “publicidad engañosa” por parte del proveedor demandado.

Hizo mención que en la publicidad a cargo de la demandada en ningún momento se enunció que el cigarrillo resultaba ser altamente nocivo para la salud del consumidor “sino que mostraba las cualidades y beneficios que supuestamente otorgaba el mismo a la persona que los consumiera”.

Señaló así que en la década del 70 dicha parte realizaba una publicidad altamente engañosa e inductiva “ya que omitía informar veraz y sucintamente al consumidor, las cualidades, beneficios y perjuicios que causaban el cigarrillo”.

En otro punto puso de manifiesto que luego de haber comenzado a fumar cigarrillos, empezó a manifestar una dependencia total hacia el cigarrillo “resultando imposible mantener un día sin consumirlos”.

Sostuvo que la dependencia física, que al comienzo pareció ser manejable, se transformó al transcurrir el poco tiempo en una dependencia psíquica, necesitando encontrarse fumando todo los días “todo lo cual causó una adicción del peticionante hacia el producto elaborado por la demandada”.

Puso de manifiesto que la nicotina que compone los cigarrillos producidos y elaborados por la demandada ocasionaron a su persona la imposibilidad de abstenerse al consumo de dicho producto, a pesar de ser consciente de los perjuicios que el mismo ocasiona.

Indicó que con ello se acreditó en exceso su dependencia, causado a raíz de la nicotina que la accionada “en forma consciente introduce en los cigarrillos a fin de generar en los fumadores una dependencia absoluta hacia dicho producto”.

Añadió que la adicción señalada ha generado una afectación en su discernimiento,

ya que le impide abandonar el consumo de cigarrillos y distinguir las consecuencias disvaliosas que conlleva el consumo de los mismos; y que a raíz de la intoxicación que produce la nicotina en su organismo, ha visto afectado tanto su discernimiento como su intención al consumo “tornándose involuntario”.

Afirmó que el consumo de cigarrillos no podía ser atribuido a la voluntad de su persona, dado que su adicción al mismo le ha excluido el discernimiento y la voluntad de consumir dicho producto, resultándole dicho acto inimputable a su persona.

B.- La demandada, por su lado (fs. 1361/1436) planteó, en primer término, excepción de prescripción al reclamo indemnizatorio impetrado, ponderando para ello que al tratarse de un reclamo de raíz extracontractual el plazo de prescripción es el de dos años previsto en el art. 4037 del C.Civil.

A tal fin hizo cita de diversos pronunciamientos jurisprudenciales que arribaron a dicha solución; afirmando así que “cuando se trata de responsabilidad del fabricante frente al consumidor no adquirente directo, al no existir entre los mismos ninguna vinculación contractual, nos encontramos frente a una típica responsabilidad extracontractual”.

Y respecto a la ausencia de responsabilidad de su mandante, centró su defensa en distintos aspectos medulares: ausencia de relación de causalidad entre el daño y el hecho; culpa de la víctima al asumir los propios riesgos en el consumo del producto; la licitud de la industria comercial que ejercita; y la inaplicabilidad de la doctrina de la responsabilidad por productos elaborados (v. Fs. Cits., art. 354 del C.P.C.).

C.- Frente a dicho escenario, lo cierto es que por un correcto orden metodológico, corresponde resolver en primer lugar la excepción de prescripción que fuera opuesta en el punto “III” de fs. 1363 vta./1373 y que por medio de la resolución - firme- de fs. 1465/1468 se postergara su tratamiento para esta oportunidad (art. 344 del C.P.C.).

Sin embargo, siendo que al dictado del presente pronunciamiento definitivo se encuentra en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (s/ ley 26.994) debe decidirse sobre su ámbito de aplicación temporal a la luz de lo dispuesto por el art. 7 de dicho ordenamiento legal, y sin perjuicio de las argumentaciones vertidas por la parte demandada en el punto “VII” de los alegatos adjuntados a fs. 5911/5939 (art. 480 del C.P.C.).

II) Encuadre legal.- a.- El análisis que corresponde realizar aquí, en cuanto al marco jurídico que entiendo ajustado aplicar para la solución del presente conflicto, lo es previo expedirme sobre la suerte de la excepción de prescripción que opusiera la parte demandada a partir de fs. 1363 vta. Y siguientes (arts. 163 inc. 5º y 344 del C.P.C.).

Y ello es con anterioridad al capítulo que fuera anunciado en el último párrafo del considerando anterior, por cuanto que la solución que se adopta, en cuanto al encuadre legal que debe asignarse al presente, en nada gravita la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no obstante las apreciaciones que más abajo se realizarán sobre el mismo (art. 163 inc. 4º del C.P.C.).

B.- Para decidir sobre el punto debo hacer una reseña de la materia objeto en discusión, vinculado con la doctrina y jurisprudencia que decidiera sobre la suerte

de los conflictos generados contra distintas empresas tabacaleras, a fin de poder conocer cuál es el derecho vigente aplicable para la solución del conflicto, en un todo lo acuerdo con lo dispuesto en los arts. 34 inc. 4 del C.P.C., 3 del Cod. Civ. Y Com. Y 168 de la Const. Provincial).

Y previo a ello hay que recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “sus sentencias -de extensión a lo que aquí corresponde resolver- deben atender a las circunstancias existentes al momento de su decisión, aunque ellas sea sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir” (conf. Fallos: 306:1160; 318:2483; 325:28 y 2275; 327:2476; 331:2628; 333:1474; 335_905; causas CSJ 118/2013, 27/V/2014; “Terem, M. C/ Campilli, E. S/ divorcio”, 29/III/2016, LL 18/V/2016).

La doctrina viene indicando que los anales de jurisprudencia en nuestro país no cuentan aún con antecedente alguno por el cual se haya considerado que el fumar -más allá de la prevención inserta en las marquillas por disposición de la ley 23.344- pueda ser motivo de indemnización de los daños y perjuicios que el tabaco genera tanto en el hombre cuanto en la comunidad v. (M. Hersalis-E. Martínez Garbino “El daño generado por el consumo de tabaco”, DJ2004-3,615; F. Márquez “Responsabilidad por daños producidos por el tabajo” en Picasso-Vazquez Ferreyra “Ley de Defensa del Consumidor”, t. III, p. 679).

Los fundamentos que llevaron al rechazo de los reclamos indemnizatorios se sustentaron en que el fumar no guarda relación de causalidad relevante con el deterioro de la salud del fumador o, cuando pudiese eventualmente existir relación de causalidad, la víctima ha asumido los riesgos al prestar su consentimiento, además que la acción se encontraba prescripta.

Así, los estudios que se han realizado sobre los pleitos originados por daños causados por el tabaco marcan que, en general, las acciones son promovidas por el propio consumidor, o por sus herederos, después de pasado un largo tiempo desde que la víctima empezó a fumar y que las tabacaleras cumplen con la normativa estatal que regula la producción y comercialización de sus productos.

Explica Márquez que sobre ésta base las tabacaleras han armado un esquema defensivo general, que repiten en los diferentes países, fundados en la prescripción de la acción, el cumplimiento de las normas aplicables, la ausencia de causalidad adecuada entre el fumar y el daño y la asunción del riesgo de enfermarse por parte del fumador (Flores, Baryona, Mejia, Alderete, Pérez-Stable “Litigatin in Argentina: Challenging the tobacco industry”, 6/XII/2004, p. 681 en Picasso-Vazquez Ferreyra, ob. Cit.).

Este ha sido el enfoque dado en las decisiones dictadas sobre la materia en estudio (vgr. Cnciv., sala F, 26/12/2000, JA 2001-II-633; cnciv., sala K, 1/12/2000, JA 2001-II-630; cnciv., sala H, 26/02/2001, Lexis Nro. 3001040; cnciv., sala L, 14/12/2009; cfed. Apel. Cba., sala A, 12/09/2006, LLC, 2006-1090, rcys, 2006-1245; sala C, 30/10/2008; cnciv., sala H, 22/6/2005, LL 2005-D-915; sala H, 8/10/2007, JA 26/12/2007; cnciv., sala B, 5/2005, expte. 410.937; Cam. Fed. Apel. Córdoba, sala A, 12/9/2006, LL 2006,1090 e/otros).

Es así que la Sala I de la Exma. Cámara de Apelaciones Departamental (ámbito donde eventualmente deberá quedar radicado el presente expediente al tiempo de

deducirse recurso de apelación contra esta sentencia definitiva, conforme radicación de Sala ocurrido con fecha 9/III/2010, s/ fs. 1533/1534) en autos “Bordenave Raquel Manuela c/ Massalin Particulares s/ Daños y Perjuicios” (exte. 130.438, 29/V/2013) receptó el planteo prescriptivo de la parte demandada -aún dentro del ámbito de la ley de defensa del consumidor- considerando que se trató de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual.

C.- Analizando precedentes del derecho comparado, la doctrina menciona que el primer antecedente del que se tiene memoria en los Estados Unidos de Norteamérica fue el caso “Pritchard” del año 1954 (v. M. Hersalis-E. Martinez Garbino “El daño generado por el consumo de tabaco”, DJ2004-3,615).

Se trató de una demanda individual interpuesta por una persona enferma de cáncer de pulmón. Fallecida esta, la acción de la viuda, Eva Cooper, interpuso contra la empresa R.J. Reynolds Tabaco Company; demanda que no prosperó por no apreciar el Tribunal la relación de causalidad entre el tabaco y el cáncer.

En el año 1976, Donna Shimp interpuso demanda contra la compañía New Jersey Bell Telephone, por los perjuicios que se le hubieran ocasionado en su calidad de fumadora pasiva. El tribunal receptó la procedencia de la acción.

En el caso “Cipollone” se entabló un reclamo destinado a obtener la indemnización por el perjuicio causado en su salud, contra la empresa Liggett Group Inc.; y tras nueve años de pleito la primera instancia condenó a la compañía al pago de u\$s 40.000. Se determinó que existía relación de causalidad entre el consumo de tabaco y el cáncer. Pero en el año 1990 el Tribunal de Alzada revocó la sentencia eximiendo a la compañía del pago de la indemnización; y dos años más tarde el Tribunal Supremo hubo de afirmar que las advertencias mediante la leyenda “El fumar es nocivo para la salud” no constituye causal de eximición de responsabilidad de las empresas.

En 1996 en “Grady Carter” un jurado del Estado de Florida condenó a la tabacalera Brown & Williamson Tobacco Corporation, empresa subsidiaria de British American Tobacco al pago de u\$s 750.000 en concepto de indemnización por daños y perjuicios sufridos por un enfermo de cáncer de pulmón tras fumar 44 años cigarrillos de la marca Luchy Strike.

En 1997 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica declaró la constitucionalidad de una ley del Estado de la Florida que viabilizaba la recuperación de los gastos de atención sanitaria de los enfermos con problemas de enfisema pulmonar, cáncer de pulmón y afecciones cardíacas generadas por el tabaco.

En el mismo año en autos “William Osten” se dictaminó que el tabaco era una droga.

Los autores citados en primer término indican que una clara señal de que la contienda puede definirse con una victoria de los reclamantes, lo constituye el hecho de que las multinacionales del sector en los últimos años han procurado terminar o evitar algunos megapleitos mediante arreglos extrajudiciales (ob. Cit., p. 5).

Fernando Márquez precisa que un frondoso estudio sobre los “pleitos de tabaco” en los EE.UU., realizado por autores españoles, llega a la conclusión que en aquél país sólo se obtuvieron resultados exitosos ante demandas estatales y acciones de clase, en la que denominan “tercera oleada” del fenómeno de los litigios vinculados al tabaco (v. Coderch-Ruiz García “El pleito del tabaco en los EE.UU. Y la responsabilidad civil II” Working Paper nro. 13, Barcelona, Oct. 2002,

www.indret.com; v. Ob. Cit., p. 680, nota. 1226).

El mismo autor da cuenta que la “tercer oleada” está caracterizada por: 1º.- La presentación, como prueba, de documentos internos de algunas compañías de la industria tabaquera que -según los actores, les permitirían superar los problemas de prueba de causalidad y de su interrupción por la asunción de riesgos por parte de los fumadores; 2º.- Las acciones de clase, que permitían a cientos o miles de demandantes individuales conseguir las ventajas de las economías de escala y que habría de permitir superar la estrategia de desgaste tradicionalmente adoptada por las demandadas; 3º.- La salida a la palestra de los gobiernos de los Estados de la Unión que presentaron reclamaciones para el reembolso de los fondos estatales destinados a la sanidad por daños relacionados presuntamente con el consumo del tabaco y los intentos de la Agencia Federal de la Alimentación y del Medicamento (Food and Drug Administration) por tratar de regular la venta, distribución, publicidad y promoción del tabaco; 4º.- La progresiva transformación de la excepción de la asunción voluntaria de riesgo, afectada por instituciones más precisas como el consentimiento informado, la culpa corporativa y la ausencia o limitaciones de los deberes de cuidado (ob. Cit. Picasso-Vazquez Ferreyra, p. 681).

Explica Prieto Molinero que el origen de la tercera ola fue la aparición de los llamados “cigarette papers”, es decir, la filtración de documentos internos de las tabacaleras revelando aberraciones como que éstas conocían hacía mucho tiempo los daños derivados del tabaco, que habían financiado investigaciones para taponar cualquier análisis serio al respecto, que habían apuntado a niños como sector de la sociedad para crear una dependencia desde el vamos y que incluso, habían aumentado las dosis de nicotina para reformar la dependencia (v. A. Sirabonian “Why tobacco litigation has not been succesful in the Unites Kingdom...”Northwestern Journal of International Law & Business, v. 25, Issue 2, 2005 en “Fumadores, cigarrillos, tabacaleras y responsabilidad civil”, nota 65, LL 9/11/2015).

Igualmente, el publicista señala que los casos exitosos han sido los menos “y esto sin contar que las acciones de clase tampoco han prosperado”; y que la situación en EE.UU. Es la siguiente: la mayoría de las acciones intentadas por particulares fracasaron y sólo unas pocas obtuvieron efectiva condena y, por lo general, fundadas en la conducta reprochable observada por las tabacaleras y en el mayor aumento de los riesgos originariamente asumidos por los fumadores (ob. Cit. P. 19).

Añadiendo que “...fue precisamente el escándalo derivado de tales conductas lo que llevaría a que las administraciones de los Estados de la Unión también iniciaran acciones; obteniendo acuerdos millonarios por los mayores costos en materia de salud que, sin embargo, representan una suma mínima en relación al volumen de dinero que maneja esta industria” (ob. Cit “Fumadores, cigarrillos...”, LL 9/11/2015).

Asimismo, respecto a esto último, recientemente la Exma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, al tiempo de decidir sobre la constitucionalidad del art. 52 bis de la LDC, hizo referencia a distintos precedentes de la jurisprudencia norteamericana, vinculada a las cuantiosas indemnizaciones impuestas a las compañías tabacaleras que habían ocultado dolosamente que sabían los efectos adictivos que producía la nicotina; vinculado ello con la comprobación de un comportamiento reiterado, desaprensivo hacia la salud o la seguridad del consumidor, con aprovechamiento de la situación dominante del

mercado (autos “Lespade Carlos Matías c/ Telecom Personal S.A. s/ Daños y Perjuicios”, SI 115.676 del 28/VI/2016).

En Italia, con fecha 7/3/2005 se dicta la primer condena aquiliana al productor de cigarrillos.

La Corte de Apelación de Roma, sala I Civil (Corte de Apelación Romana) en autos “Administrazione Monopoli di Stato e Ente Tabacchi Italiani” se analiza la relación de causalidad entre el consumo de tabaco y la enfermedad pulmonar de la víctima, como la conducta ilícita del productor.

Se trataba de una acción promovida por un fumador crónico que consumía un paquete de cigarrillos diario desde hacía cuarenta años contra el Estado y la empresa British American Tobacco; y para acreditar el nexo causal el tribunal realizó una prolija exclusión de causas ajenas y posibles concausas del resultado dañoso. En tal sentido se dio por acreditado que la víctima había vivido siempre en pequeñas ciudades poco expuestas a la contaminación ambiental; había trabajado como maestro en una escuela agraria sin exposición a sustancias tóxicas, como así también que no existían antedecedentes de neoplasia en sus consanguíneos que hicieran suponer la naturaleza hereditaria del tumor.

Como fundamento jurídico, el tribunal aplicó al caso la norma del art. 2050 del Código Civil, extendiendo el alcance el precepto -más allá de la propia actividad- al producto resultante de ella.

A criterio del tribunal, el cumplimiento riguroso por parte del productor de las normas vinculadas a las advertencias y prevenciones vinculadas a los daños que produce el consumo de tabaco, no son suficientes como para desvirtuar la presunción de responsabilidad contemplada en el rt. 2050. Con ello, el tribunal excluyó tanto la eventual concurrencia de culpa de la víctima como una posible aceptación de riesgos por parte de ésta (v. “Tobacco Control”, www.bmjournals.com/; LL 12/10/2005, nota de redacción, “El neminem laedere: de los tribunales a los espacios cerrados”).

Luego de menos de un mes del fallo citado, el Tribunal de Roma emitió una sentencia de signo diametralmente opuesto, absolviendo al fabricante de cigarrillos de cualquier tipo de resarcimiento sobre la base que, desde hace ya varias décadas, es un hecho notorio que el fumar provoca daños a la salud y que, debido a dicha razón, el fumador no puede quejarse con el fabricante de cigarrillos por la enfermedad causada por el consumo de tabaco, es decir, por la materialización de un riesgo al cual se expuso voluntariamente comenzando a fumar y llevando adelante dicha actividad (Trib. Roma, 4/4/2005 en D&G, 2005, n 17, 65 c/nota de De Marzio).

Sin embargo, algunos días antes de dicho precedente, el Juez de Paz de Nápoles había condenado a una empresa tabacalera multinacional a resarcir el daño existencial sufrido por dos fumadores; se hizo lugar a la pretensión afirmando que la responsabilidad del fabricante de cigarrillos derivaría del empleo de una forma de publicidad engañosa, que al inducir al consumidor a creer que los cigarrillos “light” son menos nocivos para la salud y, por ende, a no interrumpir el consumo y hacer un uso más “permisivo” en virtud de dicha alusión (18/3/2005, D&G, 2005, n. 27, 37).

.En España en el año 1998 se reclamaron sesenta millones de pesetas, en concepto

de indemnización por la muerte del cónyuge de la reclamante, quien fumara desde los 14 años y llegara a consumir entre 2 y 3 paquetes de cigarrillos diarios, con el consiguiente cáncer de pulmón. En el mes de marzo de 2011 la Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar que existía relación contractual entre la víctima y Altadis, no obstante lo cual existían otros factores de riesgo además del tabaco “..pues los estudios epidemiológicos que vinculan al tabaco a diversas enfermedades representan probabilidades de la causa de muerte, pero no certeza, por lo no existiría relación directa entre el hábito de consumo de tabaco y el cáncer de pulmón... (www.foronuevaeconomía.com; Hersalis y ot. Ob. Cit., p. 7, nota 15).

Suerte similar corrió la parte actora en “Joaquín Aunque”; donde el reclamante era fumador empedernido desde los 14 años, habiéndosele detectado cáncer de laringe en el año 1971; según el informe médico el mal habría provenido del humo del tabaco y la demanda fue desestimada (ob. Cit, p. 7).

Otra sentencia absolutoria fue emitida por el Juzgado nro. 70 de Madrid (7/IV/200) en autos “José Calderón Crespo”, quien reclamó a la tabacalera Altadis una indemnización de 350 millones de pesetas. La víctima argumentó que el consumo de tabaco le causó una inflamación de los vasos sanguíneos que determinó que le fueran amputados brazos y piernas (v. Virugi Pera “La responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco”, cit. Nro. 6, ob. Cit.).

También, en un precedente del año 2003, el Superior Tribunal de Barcelona, ateniéndose a un criterio restrictivo de cumplimiento de la ley, entendió que la tabacalera demandada cumplió siempre con la normativa administrativa en cuanto al suministro y advertencias en productos de tabaco, cuyo correcto uso es perjudicial para la salud, por lo que no puede achacársele negligencia (SAP de Barcelona, Sección 1ª, 1/12/2003 “Africa Pulgar Ross”, c/ nota de Ruiz García “No se fuma por contrato”, www.indret.es).

Sin embargo, en el voto del magistrado Antonio P. Niño de la Rosa, sobre la cual adhiere José Fernando Márquez en la nota supra indicada, sostuvo que “...el peligro fundamental no deviene tanto del consumo de tabaco como de la adicción que éste crea. Y a lo largo de los años en que el difunto Sr. Carramiñara compra tabaco no se le advierte de tal posibilidad de adicción sin que valga la excusa consistente en que los nocivos efectos del tabaquismo son de conocimiento público y notorio (...) Conforme a la teoría de los efectos del contrato, en combinación con la del riesgo empresarial, cabe reprochar el negligente proceder del que se deriva el daño más que al fumador que no controla su vicio como consecuencia de su adicción, a la tabacalera que lo posibilita y no extrema su deber de información avisando de forma rotunda de las consecuencias de la adicción y sus peligros” (v. Picasso-Vazquez Ferreyra, cit., p. 695).

En Francia, el Tribunal de Montargis (departamento del Loiret) determinó la responsabilidad de la empresa tabacalera Seita. La acción tuvo lugar por la muerte a raíz de cáncer de lengua y pulmón de Richard Gurlan a la edad de 49 años.

La víctima fumó cigarrillos Gauloises -entre 40 y 60 cigarrillos diarios- durante más de 30 años. El criterio del fallo fue el siguiente: desde el año 1976 hasta la fecha exonera a la empresa de responsabilidad, ello en razón de que desde ese año rige la obligación de colocar en las marquillas la advertencia sobre la nocividad del cigarrillo, habida cuenta de lo cual el Tribunal parece hacer recepción de la doctrina de asunción del riesgo; desde el año 1969 hasta 1976 se responsabilizó

parcialmente a la empresa -en un 60%- por la enfermedad de ese período, con razón a que la víctima no contó con la información suficiente y por consiguiente no se operó la transferencia de los riesgos; desde 1963 hasta 1969 se responsabilizó a la empresa por el 100% de las lesiones que contrajo en ese período (v. Hersalis y ot. Ob. Cit. P. 8).

Brasil, que puede considerarse un modelo de tutela del consumidor, un Tribunal del Estado de San Pablo en autos “Vanin c/ Souza S.A.” (Tribunal de Justicia de San Pablo, sentencia del 25/3/99, pub. Rcys 2000-1239, con nota de Freire Aurich) sostuvo que la responsabilidad civil de la empresa fabricante de cigarrillos frente al consumidor se rige por las normas del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, pues su nexo de causalidad está en relación al consumo. Y si bien se declaró prescripta la acción, lo hizo sobre la base del plazo especial de 5 años (conf. Art. 27) (C. Weiler “Los daños causados por el consumo del cigarrillo. Una cuestión actual”, *Illitoral*, mayo 2010, 352).

Por último, no puedo dejar de señalar que con fecha 8 de julio del corriente año, el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en autos “Philip Morris Brands y Philips Morris Products S.A. y República Oriental del Uruguay” (caso CIADI Nro. ARB/10/07), se desestimó el reclamo fundado en las alegaciones invocadas por la actora en cuanto que, mediante diversas medidas de control de tabaco aplicables a la industria tabacalera, la demandada violó el TBI en razón del trato otorgado a marcas comerciales registradas de las marcas de cigarrillos que las demandantes habían invertido.

En esencia, la controversia se refiere a alegaciones de las Demandantes de que, mediante diversas “medidas de control del tabaco” aplicables a la industria tabacalera, la Demandada violó el TBI en razón del trato otorgado a las marcas comerciales registradas de las marcas de cigarrillos en las que las Demandantes habían invertido. Dentro de esas medidas se encuentran la adopción por parte del Gobierno del requisito de la presentación única que impedía a las tabacaleras comercializar más de una variante de cigarrillos bajo una misma familia de marcas (la “Regulación de la Presentación Única” o “RPU”), y el aumento en el tamaño de las advertencias sanitarias con imágenes que aparecen en las cajetillas de cigarrillos (la “Regulación del 80/80”), a las que nos referimos en forma conjunta como las “Medidas Impugnadas”.

Se desestimaron los reclamos de la parte actora y se dispuso que se debe indemnizar al estado de Uruguay la suma de USD 7 millones a cuenta de sus propios costos, y serán responsable de la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal y los honorarios y gastos administrativos del CIADI, reintegrando a la Demandada todos los montos abonados al Centro en ese sentido.

D.- Volviendo a las citas jurisprudenciales de nuestro país, entiendo, siguiendo para ello calificada doctrina autoral, que las mismas podían llegar a justificarse en la etapa previa a la vigencia del art. 40 de la LDC (t.o. Ley 24.999 de 1998); pero ahora, las demandas por daños causados por el cigarrillo deben plantearse y resolverse en el ámbito del microsistema legal autónomo de protección del consumidor.

En esta materia advierto que la doctrina especializada se ajustó a este nuevo ordenamiento tuitivo y consideró al fumador como un verdadero consumidor (vgr.: C. Werlen “Una demanda contra las tabacaleras y el Estado Nacional”, *LL* 9/11/2015; ídem “Los daños causados por el consumo de cigarrillo. Una cuestión

actual”, Illitoral, mayo 2010; Vázquez Ferreyra “Responsabilidad civil de las tabacaleras por consumo de cigarrillos y aceptación de riesgos”, LL 21/11/2007; N. Nicolau “La relación de causalidad entre tabaquismo y deseo de fumar”, LL abril 2007; Flah-Aguilar “Responsabilidad de las tabacaleras y el papel del Estado en la protección de los derechos fundamentales, Cuestiones que se suscitan”; J. Márquez “La responsabilidad por daños producidos por tabaco. Dudas y propuestas”, JA t. III, Bs. As. 1005, p. 190; ídem “Una tendencia consolidada: irresponsabilidad de las tabacaleras; una evolución...” En Revista Responsabilidad Civil y Seguros, 2008; G. Rios “Cigarrillos, publicidad e información al consumidor. Un comentario a la ley 26.687”, Infoius 4/IX/2012; G. Lovece “La publicidad de tabaco y la prevención en materia sanitaria”, DJ 21/06/2012, 99; M. Hersalis y o/s. “El daño generado por el consumo de tabaco” DJ2004-3, 615, e/otros). Criterio que también fuera seguido por la sala H de la Cámara Nacional Civil con fecha 8/10/2007 (autos “Bernia, Alfredo c/ Massalin Particulares S.A.”, JA 26/XII//2007), al tiempo de juzgar sobre el planteo de prescripción formulado por la demandada, a pesar que la demanda finalmente fuera desestimada. Y que fuera sostenido por el Ministerio Público Fiscal al dictaminar a fs. 5972/5977: “...en el caso de autos, teniendo en cuenta las particularidades del caso, la vinculación efectuada por las partes se encuadra en una relación de consumo...”; y que “...actualmente todas las cuestiones de daños y perjuicios causados por el cigarrillo, entiendo que deberían resolverse en el ámbito del microsistema legal autónomo de protección del consumidor” (v. Fs. 5974, pto. “2”, y fs. 5976 vta., pto. “4”; art. 52 LDC).

Volviendo al derecho comparado, y dentro de la corriente doctrinaria en estudio, en Brasil se sostuvo que la responsabilidad civil de la empresa fabricante de cigarrillos frente al consumidor se rige por las normas del Código de Defensa al Consumidor, pues su nexo de causalidad está en relación con el consumo (Tribunal de Justicia de San Pablo, “Vanin, José S. C/ Souza Cruz S.A.”, 15/III/99, Revista Responsabilidad Civil y Seguros).

Asimismo, bajo la misma dirección, no puedo dejar de señalar que si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Quidi, María A. C/ Nobleza Picardo S.A.” (vinculado con un reclamo resarcitorio interpuesto por la actora, por derecho propio y en representación de su hija menor de edad) siguiendo para ello el dictamen del Procurador General de la Nación, sostuvo que “...la relación jurídica en que se funda la acción se encuentra prima facie encuadrada dentro de la responsabilidad extracontractual, en tanto entre productor y consumidor media la intervención del comerciante minorista, quien produjo la venta para el consumo por parte del causante...” -sentencia del 8/8/2002, JA 2003-II, p. 108), recientemente demostró un cambio de posición.

En autos “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. C/ Santa Fe Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad” de fecha 27/X/2015, donde se promoviera acción en los términos del art. 322 del C.P.C. a fin de declarar la inconstitucionalidad de la ley local 12.432, el mismo Tribunal precisó que “...la competencia concurrente también está fundada en el principio de aplicación eficaz de los derechos del consumidor, tal como ocurría en el precedente de Fallos: 330:3098”.

Y que “...la norma impugnada pretende proteger la salud de quienes consumen cigarrillos, que constituyen un grupo especialmente vulnerable, en tanto -para muchos de ellos- el hábito de fumar se ha transformado en una adicción. En tales condiciones, también el art. 42 de la Constitución Nacional justifica la existencia de disposiciones provinciales complementarias que tengan por finalidad lograr,

junto a las normas nacionales en la materia, una aplicación más efectiva de los derechos del consumidor” (del voto del Dr. Ricardo Lorenzetti).

Circunstancia que es de suma importancia para la resolución del presente conflicto ya que los jueces tienen el deber institucional de fundar razonablemente su apartamiento, ya que, de lo contrario, sus decisiones pueden ser descalificadas por arbitrariedad (R. Lorenzetti “Código Civil y Comercial”, t. I, p. 31).

E.- Ahora bien, inclinarse por la posición extracontractualista o consumerista en las relaciones entre las tabacaleras y los fumadores, no es una cuestión menor; dista de ser una mera disquisición teórica. Las connotaciones prácticas que tiene adoptar uno u otro régimen pueden ser determinantes para resolver la responsabilidad de aquellas empresas fabricantes de cigarrillos (C. Weiler, ob. Cit.).

Siguiendo la primer posición del Máximo Tribunal Federal, cuando se trata de responsabilidad del fabricante frente al consumidor no adquirente directo, al no existir entre los mismos ninguna vinculación contractual, se estaría frente a una típica responsabilidad extracontractual (Trigo Represas “La responsabilidad del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, LL v. B, 1981, p. 663).

En cambio, desde otra perspectiva se sostiene que la naturaleza de la responsabilidad de la tabacalera es contractual.

Algunos sostienen que se trata de una “relación contractual de hecho” o “conducta social típica”, supuestos en los que la doctrina considera existe relación contractual.

En esa línea se entiende que, si bien no existe contrato entre consumidor y fabricante en el sentido clásico, hay una relación de consumo, es decir, una relación jurídica previa al nacimiento del daño, lo cual impide sostener al ultranza una calificación de responsabilidad extracontractual, que como es sabido, regula la reparación de los daños cuando no hay vínculo jurídico previo entre el dañado y el causante del daño.

Por lo tanto, se considera que la conexión negocial existente entre todos los contratos de la red de comercialización, reconocida incluso por el art. 40 de la LDC, permite sostener que se trata de una responsabilidad contractual. No así, cuando son los damnificados indirectos que reclaman iure proprio y no como herederos del fumador fallecido, supuesto que encuadra claramente en el régimen extracontractual (N. Nicolau “La relación de causalidad entre tabaquismo y deceso del fumador”, en Revista Responsabilidad Civil y Seguros”, 2007, p. 511).

Finalmente, una tercera posición, seguida por la doctrina más reciente, propone la exclusión en la discusión de la dicotomía responsabilidad contractual- responsabilidad extracontractual para lograr un salto cualitativo al ámbito de la responsabilidad en el derecho del consumo (L. Flah-R. Aguilar “Responsabilidad de las tabacaleras y el papel del estado en la protección de los derechos fundamentales. Cuestiones que se suscitan”).

Se afirma, en ese orden, que la Ley de Defensa del Consumidor debe autoabastecerse, pues la normativa protectora tiene sus propios principios y reglas, muchas veces ajenos -y aún contrarios- al sistema general de las obligaciones y los contratos del Derecho Común (José F. Márquez “La responsabilidad por daños producidos por el tabaco. Dudas y respuestas” JA t. III

Bs. As. 2005, p. 190).

Y sin duda el fumador es un consumidor y la tabacalera un proveedor en los términos de los arts. 1, 2, 3, 4 y concs. De la LDC, con particular énfasis después de la reforma de la ley 26.361.

El estatuto del consumidor tiene principios propios y hasta derogatorios del Derecho Privado tradicional (Lorenzetti "Consumidores", Rub. Culz., 2009, p. 59). Entre ellos se puede afirmar que el principio relativo de los contratos fue derribado por el derecho consumerista al aceptar, entre otras, la imputación de daños al fabricante.

El art. 40 construyó un micro-sistema superador de la tradicional división entre los clásicos ámbitos de responsabilidad (contractual-extracontractual), que además contiene una expresa imputación legal respecto de una cadena de legitimados pasivos, que es más amplia que la que aporta el art. 1113 del C.Civil -actual 1757 del C.Civil y Com.- cuando refiere al dueño o guardián de la cosa (L. Flah-R. Aguilar, ob. Cit.).

Frente a ello se sostuvo que si bien no existe contrato entre consumidor y fabricante en el sentido clásico, hay una "relación de consumo", es decir, una relación jurídica previa al nacimiento del daño, lo cual impide sostener a ultranza una calificación de responsabilidad extracontractual, que regula la reparación de los daños cuando no hay vínculo jurídico previo entre el dañado y el causante del daño (N. Nicolau "La relación de causalidad entre tabaquismo y deceso del fumador", LL abril/2007).

Vazquez Ferreyra precisa que si el conflicto requiere ser visto desde el derecho del consumo, al precisar que: "se trata de una materia que encaja como traje de sastre en los arts. 4, 5, 6 y concordantes de la ley 24.240" ("Responsabilidad civil de las tabacaleras por consumo de cigarrillos y aceptación de riesgos", LL 21/11/2007, F-603).

Agregando el mismo autor: No he encontrado ningún fallo en que se condene a los productores de cigarrillos por los daños que su consumo provoca. Algunos pensarán que ello es para desalentar eventuales aventuras judiciales, o para no fomentar una verdadera industria del juicio. Pero, sin embargo, tales objeciones no las he encontrado cuando se trata de actividades mucho más importantes para la sociedad, como por ejemplo las empresas de salud o los propios médicos, sobre cuyas espaldas existen cientos de condenas en juicios por mala praxis médica" (ob. Cit.).

F.- Habiendo adelantado que la ley de defensa del consumidor (24.240 s/ ley 26.361) resulta de aplicación al caso en estudio, corresponde ingresar ahora al análisis de dos cuestiones siguientes para la dilucidación del presente: el ámbito de aplicación temporal de la ley y la prescripción de la acción por daños interpuesta.

III) Aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial (conf. Art. 7).- a.- Como fuera precisado, la parte demandada en la formulación de sus alegatos de fs. 5911/5939 sostuvo que el principio de irretroactividad de la ley impide que el presente conflicto sea resuelto de acuerdo a las normas del nuevo Código Civil y Comercial.

Entendió, entre otros argumentos, que dicho principio se integra con el de

legalidad del art. 19 de la Constitución Nacional, y con la seguridad jurídica “toda vez que una aplicación retroactiva de la ley no permite a los sujetos saber a qué atenerse y poder actuar en consecuencia”.

B.- Sin embargo, como fuera explicado, atento estar frente a una relación de consumo estimo de aplicación la nueva normativa legal que incorporara el Código Civil y Comercial sobre la materia en estudio (arts. 1092, 1093, 1094, 1100, 1101 y concs. Del Cod. Civ. Y Com).

Se ha dicho que las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata, siendo dicha norma de raigambre constitucional y estando estructurada sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del derecho del consumo, que el Código Civil y Comercial recoge no solo para los contratos en general (arts. 1096 a 1122) sino que también se extiende a ámbitos específicos (Cam. Apel. Detal., sala III, 9/12/2015, v. Erreius Online).

Así, luego de la sanción de la ley 26.994, la ley más beneficiosa con efecto retroactivo aplicable a los consumidores vulnerables se incorpora como principio; ratificando la operatividad directa de las normas del sistema protectorio cuando sean más beneficiosas y posibles de ser aplicadas a situaciones jurídicas preexistentes a la vigencia del Código (C. Tambussi “La aplicación inmediata de la norma más favorable al consumidor” Erreius, mayo 2016).

Explica Aida Kemelmajer de Carlucci que la única novedad del art. 7º respecto del texto anterior es la aplicación inmediata de la norma más favorable al consumidor, aunque sea supletoria. Dado que, en su mayor parte, el Derecho del Consumo está integrado por textos imperativos, la excepción incorporada ha tenido y tendrá una aplicación práctica casi residual (“La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, 2ª parte, p. 216).

Con ello, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata, siendo dicha norma de raigambre constitucional y estructurada sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del Derecho del Consumo, que el Código Civil y Comercial recoge no sólo para los contratos en general (arts. 1096 a 1122) sino que también extiende a ámbitos específicos (Garrido Cordobera “La aplicación de la irretroactividad de la ley y el principio pro consumidor” Revista Jurídica de Daños”, nro. 14, marzo 2016).

A su vez, la doctrina y jurisprudencia subrayan que el uso de la expresión “relaciones de consumo” (en lugar de “contratos de consumo”) amplía el campo de la aplicación inmediata (cccom. De San Salvador de Jujuy, sala III, 23/11/2015; E. Solá “Eficacia temporal de las leyes en el Código Civil y Comercial unificado”, JA 2015-II-971).

Precisándose, dentro del ámbito de reparación de daños causados en relaciones de consumo, que resultaba indiferente el régimen aplicable, cuando en cualquiera de los dos casos se llega a la misma solución (D.J., año XXXII, nro. 9, 2/3/2016, p. 60; G. Ritto “El derecho transitorio y el contrato de servicio de caja de seguridad”, LL 11/3/2016).

Y que “dada la entrada en vigencia del ccyc y lo dispuesto por el art. 7º de dicho cuerpo normativo, la controversia será juzgada a la luz de aquellas normas que

resulten más favorables al consumidor” (Varizat-Garrido Cordobera).

Con lo cual, por tratarse de un caso de responsabilidad civil derivada de una relación de consumo, el caso debe fundarse por la legislación específica en la materia y en las normas que más favorecen al usuario, con prescindencia del momento en que aconteció el hecho generador del reclamo (conf. M. Luft “La aplicación inmediata del nuevo Código a los juicios sobre responsabilidad en las relaciones de consumo”, LL 22/2/2012).

C.- De conformidad con lo expuesto, entendiendo, conforme doctrina recibida, que resulta de aplicación inmediata para la solución del presente conflicto la nueva normativa prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación respecto a las relaciones de consumo (conf. Art. 7 in fine), corresponde seguidamente avocarme al conocimiento de la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada, en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2537 del mismo ordenamiento legal.

IV) Excepción de prescripción (art. 344 del C.P.C.).- a.- Conforme ya fuera adelantado, el planteo de la parte demandada excepcionante se centró en la circunstancia de tratarse de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual y, por lo cual, el plazo que corresponde aplicar al presente es el de dos años. Citando, a tal fin, diversos pronunciamientos jurisprudenciales, como doctrina aplicable, que avalan su postura.

Luego, siendo que el actor sostuvo que comenzó a fumar a “muy temprana edad” en la década del ´70 y que en el año 1986 ya se consideraba un “adicto”, interpreta que la acción se encuentra prescripta de acuerdo con el plazo bienal del art. 4037 del C.Civil. (v. Fs. 1363 vta./1372, pto. III).

El actor, por su lado, en la oportunidad de responder el traslado conferido a fs. 1437 (v. Fs. 1451/1457) planteó la tesis de imprescriptibilidad de la acción interpuesta, al tiempo de haber sufrido un vicio en su voluntad que tornó nulo y de nulidad absoluta su accionar con anterioridad a la interposición de la presente demanda.

Entendió que “la razón fundamental es que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta es una consecuencia de la imposibilidad de conformar el acto jurídico respectivo” (v. Fs. 1457).

B.- Debo comenzar por señalar aquí que la pretensión de atribuir responsabilidad a la tabacalera demandada, se encuentra fundada centralmente en que la cosa riesgosa no es el tabaco en sí mismo, sino la nicotina que la demandada incorporaría ex profeso con el fin de desarrollar e incrementar la adicción de los fumadores (v. Fs. 6 y ss.) Así, en uno de los pasajes de la demanda se sostuvo: “La adicción señalada, causada en mi persona a raíz del consumo de los cigarrillos elaborados por la demandada, ha ocasionado una afectación en mi discernimiento, ya que me impide abandonar el consumo de cigarrillos, distinguir las consecuencias disvaliosas que conlleva el consumo de cigarrillos” (v. Fs. 13 vta., art. 330 incs. 3 y 4 del C.P.C.).

Desde el punto de vista jurídico, esta línea argumental dará a entender que las tabacaleras deben ser juzgadas con mayor rigurosidad, porque podrían detentar un “poder supercausal” que les otorgaría un grado mayor de previsibilidad respecto de los efectos de la nicotina.

En otras palabras, tendrían conocimientos especiales, superiores a los del hombre medio, que las habilitaría para una más profunda captación del nexo causal, lo cual les permitiría obtener un resultado, aprovechando una conexión causal que pocos conocen (conf. N. Nicolau “La relación de causalidad...” Cit. LL abril/2007; Brebbia “Hechos y actos jurídicos”, t. I, p. 113, 1979).

En nuestro país, conforme lo encarga de señalar la demandada y como ya fuera adelantado, la mayor parte de las demandas entabladas por fumadores o sus herederos contra las tabacaleras por los perjuicios causados por el cigarrillo, han sido desestimadas en mérito a la aplicación del instituto de la prescripción (v.gr.: cnciv, sala H, “B.,V.R. c/ Nobleza Picardo SAICF, 18/10/2001, LL v. B, 2003, p. 470; cnciv., sala H, S.A. c/ Massalin Particulares S.A., 11/6/2005, LL v. D, 2005 p. 914; cnciv., sala H, “Lodoli R. C. Massalin Particulares S.A. s/ daños y perjuicios”, 16/2/2001, eldial.com, AA7B4; cnciv, sala H “Minisini Verdi, Luis c/ Nobleza Picardo SACF s/ daños y perjuicios, 1712/2000, eldial-AE 1861, e/otros).

En cuanto al plazo a aplicar, tiene relación con las posiciones indicadas. Así, dado el predominio de la doctrina tradicional, el lapso a computar es el bianual. Los que encuadran la relación en la órbita contractual, en cambio, habrán de aplicar el plazo decenal. Y quienes abogan por la aplicación exclusiva de la LDC, se adhirió al plazo de tres años del anterior art. 50 de la ley 24.240.

Pero ahora, siendo que la ley 26.994 sustituyó el art. 50 de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361, corresponde realizar las siguientes precisiones. Y ello sin perjuicio de la interpretación brindada por el actor en su responde de fs. 1451/1457, por cuanto que por el principio iuria novit curia debe encuadrarse el conflicto de acuerdo al derecho aplicable a la solución propuesta, sin perjuicio del invocado por las partes (conf. Arts. 16 C.Civil, 3 del Cod. Civ. Y Com.; v. E. Falcón “Tatado de Derecho Procesal Civil y Comercial).

Aquella norma legal disponía que “Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”.

A la luz de dicha disposición, no cabe ninguna duda que para las sanciones administrativas del art. 47 de la LDC, correrá el plazo de tres años, pero cuál es el resultado de otras acciones como la de daños prevista en el art. 40 del mismo ordenamiento legal?

Recuerda Kemelmajer de Carlucci que las normas jurídicas tienen una eficacia limitada en el tiempo y en el espacio, como sucede en cualquier otra realidad humana ellas surgen en un determinado momento y se extinguen en otro (“La aplicación del Código Civil y Comercial...”, 1ª parte, p. 18).

La misma autora señala que el Código Civil y Comercial contiene una norma específica referida a la aplicación del derecho temporal y los plazos de prescripción: el art. 2537, que en su primer parte establece que los plazos de prescripción en curso al momento de la nueva ley se rigen por la ley anterior.

Y que en su momento la ley 26.361 modificó el art. 50 de la LDC, de modo tal que llevó el plazo trienal a todas las acciones judiciales emergentes de esa ley, excepto que hubiese un plazo legal más extenso, señalando que tal solución generó mucha inseguridad jurídica, situación intolerable en una figura como la

prescripción, que se funda justamente en la seguridad jurídica (ob. Cit., p. 175).

Pero agrega que “la ley 26.994 volvió a la redacción original de la ley 24.240, que deja en claro que la prescripción de tres años es para las sanciones de tipo administrativas previstas en la ley. En suma, con la entrada en vigencia del cccy, no hay dudas de que los plazos de prescripción de las acciones civiles vinculadas a las relaciones de consumo se rigen por el Código Civil y Comercial” (ob. Cit., p. 175, pto. “b”).

Garrido Cordobera señala que Gabriel Stiglitz, refiriéndose a la modificación del art. 50 LDC, informa que las acciones judiciales estaban mal ubicadas en tal artículo y el mismo autor se manifiesta de acuerdo con su eliminación del texto, y además aclara que el plazo de 3 años quedará acotado a lo que allí se regula, que son las sanciones administrativas, mientras que para las acciones judiciales en las relaciones de consumo será de aplicación un plazo igual al anteriormente vigente o mayor (3 a 5 años) según lo previsto en los arts. 2560 y 2561 del Cod. Civ. Y Com. (v. Garrido Cordobera “La aplicación de la prescripción del art. 50 LDC y el principio pro consumidor” en “Tratado de Derecho del Consumo”, Stiglitz-Hernández, t. IV, p. 96; G. Stiglitz “Aportes del Proyecto del Código Civil y Comercial de 2012...” En Derecho del Consumidor, p. 110).

La misma comentarista añade que el art. 1094 del Cod. Civ. Y Com. Establece en materia de prelación normativa que las normas que regulan la relación de consumo deben ser aplicadas conforme al principio de protección al consumidor, y en caso de duda sobre la interpretación del mismo o de las leyes especiales, prevalecerá la más favorable al consumidor (ob. Cit., p. 97).

En base a las mismas ideas se ha dicho que “se podría interpretar que, las acciones basadas en la LDC prescriben, por regla general, a los cinco años, salvo que nos encontremos ante alguno de los plazos específicos previstos también en el Código o en leyes especiales...y que también se podría razonar que el principio de la norma más favorable al consumidor que surge de los arts. 3º LDC y 1094 del Cod. Civ. Y Com. Inclina la balanza hacia la aceptación del plazo de cinco años por sobre el que eventualmente surja de una ley especial” (D. Chamatropulos, “La prescripción en la relación de consumo y su regulación en el Código Civil y Comercial”, LL 1/7/2015, 229; G. Stiglitz “La defensa del consumidor en el Proyecto...”, Revista de Derecho Comercial...dccye, LL nro. 5, oct. 2012, p. 61).

Criterio seguido recientemente por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro (sala I) en autos “Compañía Financiera Arg. C/ Jossierand Gustavo y ot. S/ Ejecutivo”, al señalar que “Las relaciones jurídicas de consumo quedan alcanzadas por el plazo genérico de cinco años establecido en la nueva codificación civil y comercial” (expte. B-1955-00 del 30/VI/2016).

C.- De acuerdo con la demanda interpuesta (fs. 6 y ss.) Al tiempo de su deducción (abril de 2004, s/ fs. 21 vta. In fine) el art. 50 de la LDC disponía que “Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”.

Su modificación, operada en el año 2008 con la ley 26.361, incorporó a las acciones judiciales dentro del plazo de tres años de prescripción. Pero el nuevo texto legal, según ley 26.994, vuelve a mantener el texto del año 1993 (s/ ley 24.240).

Sin embargo, lo cierto es que al momento del dictado de la ley 24.240 ya la doctrina se había expedido señalando que el plazo de prescripción correspondiente a una relación de consumo debía ser el decenal del Cod. Civil (v. López Herrera “Tratado de la Prescripción Liberatoria”, t. II, p. 971).

Así, cuando se estaba frente a contratos de consumo no regidos por leyes específicas, la controversia giraba en torno a la posible invocación (como norma más favorable) del art. 4023 del Cod. Civ., ya que del mismo surgía un plazo de diez años para reclamar ante incumplimientos contractuales, que superaban con creces los tres años del art. 50 (D. Chamatropulos, ob. Cit.).

Y siendo que ahora, de acuerdo a la lectura dada al nuevo art. 50 (s/ ley 26.994) el plazo de aplicación sería de cinco años, corresponde conocer desde cuándo corresponde brindarle plena operatividad, ya que como bien lo expresara la demandada excepcionante, el actor denunció que desde el año 1970 consume el producto que comercializa aquella y que en el año 1986 recibió la primer información acerca del perjuicio que generaba el mismo en función a lo dispuesto por la ley 23.344.

D.- Como fuera expuesto, y conforme la reseña realizada, la posición asumida por el actor, en cuanto a la imprescritibilidad de la acción fundado en el vicio de la voluntad no tiene recepción dentro de las tres tesis ensayadas.

Y ello a pesar que en alguna oportunidad cierta doctrina sostuvo que válidamente podría afirmarse que “...las acciones de consumo se tornan imprescriptibles independientemente del plazo legal...” (López Herrera “Tratado de la Prescripción Liberatoria, t. I, p. 938).

Sin embargo, de acuerdo con el objeto fundante del reclamo en estudio, el cual trasunta la conculcación del discernimiento del actor a raíz de la adicción generada por una de las sustancias componentes del producto que comercializa la demandada -nicotina- corresponde esbozar el siguiente razonamiento para desde allí considerar cuál es el momento en que había operado el mentado plazo prescriptivo.

Frente a las tres posiciones indicadas, debo señalar que los daños producidos por productos pueden exteriorizarse en el mismo momento en que se produce el hecho dañoso (v.gr. Corte de cara por la explosión de una botella gaseosa), o diferirse su exteriorización (debido, por lo general, a que los efectos de la nocividad del producto se producen en forma paulatina) -daños de manifestación diferida (M. Calderón “La prescripción de las acciones derivadas de daños en la salud...” Prescripción, L. Moisset de Espanés, Córdoba, 2005, p. 99).

Estas disímiles maneras de exteriorización del daño produjeron un quiebre en la concepción tradicional del cómputo del plazo de prescripción de las acciones por daños.

Eplica Márquez que desde la postura clásica, que postulaba que el plazo comenzaba a correr desde el hecho dañoso, se evolucionó a una conclusión lógica: el plazo de prescripción corre sólo cuando la víctima tuvo conocimiento del daño o pudo razonablemente conocerlo (“Responsabilidad por daños producidos por el tabaco”, cit.).

En tal sentido Borda señala que el plazo comienza a correr desde que el hecho y su

autor llegaron a conocimiento de la víctima (principio general), salvo que la ignorancia provenga de una negligencia culpable, asumiendo una posición subjetiva del conocimiento del daño y adoptando un estándar medio de diligencia para lograrlo: la víctima debió tener la razonable posibilidad de información del perjuicio sufrido (G. Borda “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Lexis nro. 1116/000191).

Márquez vuelve a precisar que si bien esta concepción parecería llevar un alivio a la posición del fumador, la particular manera en que se determina el momento inicial (el momento del conocimiento del daño) ha derivado en el rechazo sistemático de las acciones individuales (ob. Cit.).

La postura de las defensas, como la que aquí corresponde juzgar, es que un fumador no puede válidamente alegar el desconocimiento de los efectos perjudiciales que conlleva el consumo del cigarrillo, pues la nocividad del tabaco es un hecho notorio y conocido por todos.

Pero en materia de daños cuando el perjuicio se manifiesta después del hecho ilícito, López Herrera indica que la fecha de inicio es la de ocurrencia del mismo, aunque se admite que la prescripción del daño sobreviniente opere incluso después, a partir de que éste se muestra cierto y susceptible de apreciación o de la fecha del conocimiento siempre que la ignorancia no sea culposa “...lo que ha dado lugar a una jurisprudencia coincidente sobre prescripción de daños por tabaquismo que no compartimos...” (“Tratado de la Prescripción Liberatoria”, t. I, p. 143/4, pto. 1.1.1).

En general, y en el marco de un litigio situado fuera del derecho del consumo, es compartible la posición que postula que la prescripción de las acciones por daños sobrevinientes debe comenzar a correr desde que la víctima conoció o debió conocer, mediando una razonable diligencia, el daño que lo afectó.

E.- Más en el marco del derecho del consumo -en el cual se ubica a los perjuicios producidos por el tabaco- el análisis debe afinarse, pues los fundamentos, los principios y las normas reguladoras son diferentes.

La ley de defensa del consumidor no contiene ninguna disposición respecto el comienzo del plazo de prescripción, por lo que el diálogo intrasistémico invita a concurrir a los principios generales (conf. Arts. 1 y 2 del Cod. Civ. Y Com).

Se ha entendido que la especificidad en el tema del tabaco es que se trata de daños progresivos y continuados; no se puede detener en exigencias de conocimiento subjetivo para el inicio del plazo, sino en la razonable posibilidad de información por el actor (C. Werlen “Los daños causados por el consumo del cigarrillo. Una cuestión actual”, Illitoral mayo/2010).

Desde los fundamentos: la ley presume una notable disparidad de posiciones entre los productores y consumidores, la que deviene de asimetrías de información; toda la regulación consumerista se enanca en el deber de información y la protección por su incumplimiento (Picasso-Vazquez Ferreyra, ob. Cit., t. I) Desde los principios: el sistema está dirigido a la protección del consumidor y, en caso de duda, debe interpretarse a su favor (art. 3º); desde las reglas: el productor tiene la obligación de brindar, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de las cosas o servicios que pongan en el mercado (art. 42 CN y 4º LDC), constituyéndose en una obligación de resultado no dispensable por el posible conocimiento que el consumidor tenga de

las características del producto.

Con ello, en el caso de los productores de cigarrillos el mero hecho de que el común de las personas conozca su nocividad y, aún, el llamado de atención que la ley específica impone colocar en los recipientes de cigarrillos, no constituye una información que reúna las características prescriptas por la ley.

Así, la circunstancia que el consumidor supiese que el fumar es perjudicial (conf. Ley 23.344) no puede generar la conclusión de que sabía los perjuicios puntuales que en su salud causaba la adicción. Decir perjudicial no es decir adicción e imposibilidad de dejar el vicio que los componentes nocivos del cigarrillo generará en la salud del consumidor.

La información brindada al consumidor, aún dentro de las escasas normas impuestas por el Estado, no satisface los requisitos especiales de la ley de consumo, ni siquiera del deber general de información instaurado hoy como regla base de las relaciones jurídicas, derivado lógico del principio de buena fe. El productor debe probar que informó correctamente sobre la adicción que el cigarrillo produce y sobre todas y cada una de las enfermedades que el consumo del tabaco puede provocar. Si así no lo hizo, no se puede aseverar que el consumidor tenía conocimiento del daño al cual se veía impuesto o que pudo tener, razonablemente, dicho conocimiento.

Por ello, si no hubo información suficiente, el plazo de prescripción no pudo empezar a correr (conf. J. F. Márquez “Responsabilidad por daños producidos por el tabaco”, en Picasso-Vazquez Ferreyra “Ley de Defensa del Consumidor”, LL, t. III, p. 688/7).

La doctrina autoral invita a pensar si el adicto no merece igual tratamiento y protección que los subconsumidores, a quienes se considera personas vulnerables por la influencia que en ellos tiene el marketing y la publicidad (N. Nicolau, nota fallo sala A Cám. Fed. Apel, Cordba., “García de Bevilacqua, Mónica c/ Massalin Particulares S.A.”, 12/9/2006, LLC, 2006-1090; rcys 2006-1245).

Si bien es cierto que la categoría de los “subconsumidores” no se encuentra receptada normativamente en nuestro sistema, por creación pretoriana se trataría de un supuesto de discriminación positiva en la que “el principio protectorio se acentúa en casos en los que se presenta una vulnerabilidad más grave que la que se verifica en el promedio de los casos” (Lorenzetti “Consumidores”).

Posición que asumiera la Corte Federal en el precedente recaído con fecha 27/X/2015 y sobre el cual más arriba hiciera referencia (autos “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. C/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”).

F.- Este es un punto esencial para determinar el plazo de prescripción que corresponda aplicar.

Es decir, sea de tres, cinco o diez años, lo que debió acreditarse en autos es que, dentro de la relación de consumo existente, el proveedor dio acabado cumplimiento con el mandato constitucional indicado (art. 42) y con lo dispuesto en el art. 4º de la LDC.

Desde un principio -en el caso, década del setenta cuando el accionante denuncia que comenzó a consumir cigarrillos- las empresas tabacaleras no tuvieron ningún tipo de restricción en cuanto a la publicidad que podían realizar de sus productos,

logrando posicionar a las distintas marcas e incrementar la demanda (G. Lovece “La publicidad de tabaco y la prevención en materia sanitaria”, DJ 21/06/2012, 99).

La publicidad del tabaco utilizaba todos los soportes disponibles: carteles, anuncios televisivos, sponsoreos, publicidad cinematográfica, etc. Ofertando no solo al producto sino también, y con especial énfasis, al éxito y al placer asociados a su consumo.

Así, Lovece sostiene que puede enmarcarse a la publicidad del tabaco dentro del subtipo de publicidad abusiva; a la que se la define como toda aquella publicidad que atenta contra la dignidad de las personas, inciten a la violencia, vulneren los valores sociales y los derechos constitucionalmente reconocidos, y en especial en relación a aquellas que conducen a la adopción de conductas lesivas para la propia salud del receptor o para terceros (ob. Cit.).

G.- A la luz de tales ideas y de conformidad con los argumentos que ahora se esbozarán, considero que el cómputo del plazo prescriptivo debe serlo a partir de la sanción de la ley 26.687 del 1º de junio de 2011, correspondiente a la “Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco” (B.O. 14/6/2011).

Dicha norma legal viene a derogar, en su art. 41, la ley 23.344 y su modificatoria 24.044; la misma fue sancionada en el año 1986, e introdujo ciertas limitaciones a la publicidad de los productos elaborados con tabaco, así como la obligatoriedad de incluir en las marquillas el mensaje “El fumar es perjudicial para la salud”. Norma que tuvo por antecedente la legislación federal estadounidense en la materia del año 1965 (“Cigarette Labeling and Advertising Act”, v. C. Ríos “Cigarrillos, publicidad e información al consumidor. Un comentario a la ley 26.687”, www.infojus.gov.ar, 4/9/2012).

La norma tenía importantes diferencias con el proyecto original; preveía, entre otras disposiciones, una prohibición absoluta de publicitar en televisión, video y cines, y la obligatoriedad de incluir la leyenda “El tabaco contiene sustancias cancerígenas” en la publicidad y en los paquetes. También, contemplaba la obligatoriedad de incluir en los paquetes la lista de los componentes químicos y la realización de campañas de prevención.

El régimen finalmente sancionado contemplaba limitaciones menos estrictas a la publicidad, un logro que algunos autores atribuyen al lobby de la industria tabacalera (The Cigarette Papers, Berkeley, University of California Press, 1996. <http://ark.cdlib.org/ark:13030>, cit. P. C. Ríos, ob. Cit. Infojus 4/9/12).

Dicha ley no preveía fines en su articulado, pero no impidió que en algún precedente jurisprudencial se indicara que “...la materia que concita la intervención del tribunal se encuentra regulada y tal regulación tiene por finalidad prevenir a los consumidores sobre la nocividad del consumo del tabaco, por insuficientes que resulten al apelante los medios legales existentes para cumplir una eficaz acción preventiva...” (Cam. Nac. Civ., sala B, 8/II/2006).

En cambio, la ley 26.687 por su art. 2º pretende evitar que personas no fumadoras se inicien en el hábito, fomentar que las personas fumadoras lo abandonen o procurar que éstas adopten modalidades de consumo menos dañinas.

Es decir, el objetivo que intenta alcanzarse mediante los instrumentos contenidos allí es la prevención del daño que acarrea el consumo de cigarrillos o, en la terminología de Calabresi, la reducción de costos primarios (v. Nota nro. 10 en “Cigarrillos, publicidad e información...” Sup. Cit.).

Este es el tono adoptado por el segmento de la legislación que regula la comercialización de alimentos.

El Código Alimentario Argentino (ley 18.284) dispone que “...todo lo atinente a la identificación comercial, rotulación y publicidad...”; puntualmente el art. 220 dice: “...queda prohibida en la presentación, rotulación, publicidad o propaganda comercial de productos contemplados en el presente Código, el uso de inexactitudes, exageraciones u ocultamientos capaces de suscitar error, engaño o confusión...”

En cuanto a la información, la ley 23.344 preveía el siguiente mecanismo: la incorporación obligatoria de una leyenda estandarizada en cada marquilla. La ley 26.687 crea un sistema más complejo. Prescribe en su art. 10 que los envases de los productos elaborados con tabaco llevarán insertos una imagen y un mensaje sanitario: “...fumar causa...cáncer...enfisema pulmonar...causa adicción...impotencia sexual...enfermedades cardíacas y respiratorias...el humo del tabaco es causa de enfermedades y muerte..la mujer embarazada que fuma causa daños irreparables a su hijo...causa muerte por asfixia...quita años de vida...puede causar amputación de piernas...”.

A través de la incorporación compulsiva de cierta información y la prohibición de introducir ciertos mensajes, la legislación da un contenido específico al modo en que debe cumplirse el deber de informar en este ámbito y profundiza la modalidad prevista en la ley 23.344 (C. Ríos, ob. Cit.).

Y sobre el punto hay que detenerse.

Pregunta: cuál es el rol que cumple la norma genérica del art. 4º de la LDC en el caso de que las advertencias típicas incorporadas por la normativa adolezcan de defectos tales que no satisfagan los recaudos previstos por las normas generales?

Este conflicto era palpable con la anterior redacción de la ley 23.344 (v. N. Nicolau, ob. Cit.).

La norma del art. 4º prescribe que debe brindarse información con ciertas características, y no cualquier tipo de información. El incumplimiento del deber de informar puede darse tanto por falta total de advertencia como por inadecuación de ésta.

Con ello, se ha considerado dudoso que la introducción de las advertencias legales eximan al proveedor de dar a conocer otras circunstancias relevantes.

La información que debe brindarse debe ser clara y completa. Completa significa que no debe omitirse información relevante para el consumidor; con ello, certidumbre, claridad, detalle y gratuidad son los ejes que estructuran el ámbito de protección mínimo de salud, seguridad e intereses económicos y que se concretan en la libertad de elección (art. 42 CN).

Debe aditarse la inocuidad, en tanto el bien no debe representar peligro en las condiciones normales de uso y la atenuación del riesgo, que se concreta en la

exigencia de suministrar información mucho más extensa y detallada (R. Barreiro "La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas...", LL 6/6/2016). La relevancia de la información para el consumidor seguramente está vinculada a lo que éste no sabe y puede estar interesado en saber. Por ello, a la luz de aquella normativa, corresponde saber si los consumidores saben que el cigarrillo genera adicción.

Punto sobre el cual ha sido reconocido ampliamente (v. Davis R.M., Novotny, T.E. Lynn "The Health Consequences of Smoking. Nicotine Addiction: A Report of the Surgeon General Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health, Unites State, Public Health Service, Office of the Suergeon General, 1998, cit. 24 en "Cigarrillos, publicidad e información...").

En consecuencia, la inclusión de una advertencia sobre el carácter adictivo del cigarrillo no es irrelevante y que la reforma introducida por la ley 26.687 en tal sentido satisface una necesidad existente (conf. Inc. "c" art. 7°).

Circunstancia que no fuera contemplada por la ley 23.344 del año 1986, la que tan sólo contaba con cuatro artículos y en ninguno de ellos se hacía mención a los recaudos que ahora impone el nuevo texto legal, sin perjuicio que el Código Alimentario Argentino -vigente a dicha fecha- dispusiera otra cosa. Sobre el cual el Ministerio Público a fs. 5975 vta. Dijo: "...la simple leyenda o información contenida en los envases o atados de cigarrillos según el cual el fumar es perjudicial para su salud -art. 1 ley 23.344-, sin más aclaraciones o precisiones sobre cuáles posibles enfermedades ocasiona el tabaquismo, resulta insuficiente a la luz de los principios propios del Derecho a la información de los consumidores, y el Derecho a la Salud que hoy tiene jerarquía constitucional" (v. Fs. 5975, 3° párr..).

Además, ha sido demostrado que existe una relación causal entre la exposición a publicidad de productos elaborados con tabaco y la iniciación en el hábito de fumar (v. Nota. 28, ob. Cit.).

Con ello, la amplia prohibición que introduce la ley 26.687 parte de esta convicción y busca eliminar de raíz la causa principal de inicio temprano de consumo, al tiempo que desde un principio las empresas tabacaleras no tuvieron ningún tipo de restricción en cuanto a la publicidad que podían realizar de sus productos logrando posicionar a las distintas marcas e incrementar la demanda (G. Lovece, ob. Cit).

Viendo la situación del caso de autos, si Lespada comenzó a hacer uso del tabaco por cigarrillos a partir de la década del 70 y recién en el año 1986 se dictó la ley 23.344 que, como se viene explicando, fue claramente deficitaria en cuanto al cumplimiento del deber de informar, aún sin la vigencia de la ley 24.240 del año 1993, pero que por aplicación del art. 1198 del Código Civil igual debía hacerlo, se advierte que transcurrieron 16 años sin que dicha parte tuviera mediana información por parte del proveedor sobre los alcances perjudiciales -adictivos- de la sustancia que estaba ingiriendo.

Es cierto que la demandada acompañó profusa información documental y bibliográfica, vinculada tanto con literatura gauchesca, histórica, científica y de información general, como distintas publicaciones periodísticas, que diera cuenta al público en general sobre los efectos nocivos que genera el consumo compulsivo de dicho producto (v.gr fs. 38/466; 467/962; 968/1351; 1881/2067, 2468/2644;

2463/2464; 2465/2466; 2471/2472; 2482/2488; 2496/2504; 2506/2511; 2539/2543; 2564/2567; 2586/2589/2601/2605; 2661/2668; 2687/2688; 2771/2775; 2807/2906; 2921; 3201/3229; 3230/3231; 3233/3237; 3238/3239; 3240/3246; 3247/3251; 3252/3255; 3256/3258; 3259/3267; 3269/3272; 3273/3279; 3280/3287; 3288/3301; 3302/3306; 3008/3313; 3314/3317; 3318/3319; 3320/3322; 3323/3324; 3325/3327; 3328/3334; 3335; 336/3338; 3339/; 3340/3346; 3347/3348; 3349/3356; 3357/3363; 3365/3366; 3367/3369; 3371/3374; 3375/3379; 3380/3381; 3382/3385; 3387/3394; 3396/3402/3405; 3406, 3407/3414; 3415/3418; 3415/3418; 3419/3425; 3426/3431; 3433/3439; 3433/3439; 3440/3442; 3443/3448; 3449/3456; 3457/3459; 3460/3462; 3463/3465; 3466/3469; 3470/3473; 3474/3475; 3476/3481; 3482/3485; 3486/3489; 3490/3495; 3496/3504; 3505/3510; 3511/3515; 3516/3524; 3525/3530; 3531/3532; 3533/3534; 3535/3537; 3538/3541; 3549/3550; 3551/3563; 3564/3587; 3584/3600; 3602/3611; 3612/3623; 3625/3637; 3638/3643; 3644/3659; 3660/3664; 3666/3669; 3670/3691; 3692/3698; 3699/3700; 3701/3707; 3708/3712; 3713/3717; 3718/3720; 3721/3730; 3731/3733; 3736/3741; 3742/3748; 3750/3764; 3765/3769; 3770; 3771/3776; 3777/3780; 3781; 3783/3798; 3799; 3800/3806; 3807/3816; 3917/3818; 3819/3821; 3822/3826; 3827/3833; 3834/3840; 3841/3847; 3848/3854; 3855/3860; 3861/3863; 3864/3866; 3867/3870; 3871/3872; 3873/3878; 3879/3886; 3887/3893; 3894/3898; 3898/3903; 3904/39121; 3913/3927; 3928/3933; 3934/3947; 3948/3956; 3957/3963; 3964/3969; 3970/3978; 3979/3982; 3983/3988; 3989/3994; 3995/3998; 4017/4024; 4039/4042; 4095/4665; 4505/ 4510; 4511/4512; 4514/4516; 4517/4520; 4521/4522; 4523/4528; 4529/4532; 4533/4536; 4537/4542; 4543; 4544/4547; 4548; 4550/4553; 4554/4562; 4563/4577; 4578/4583; 4584; 4585/4589; 4590/4598; 4599/4606; 4607/4614; 4615/4618; 4620; 4621; 4623/4628; 4629/4632; 4633/4638; 4639/4644; 4647/4648; 4649/4654; 4655/466; 4663/4665; 4675/4676; 4682/4685; 4689; 4690; ; 4691; 4692; 4719/4746; 4750/4763; 4766/4781; 4782/4795; 4797/4810; 4815/4884; 4887/4888; 4889/4890; 4891/4894; 4895/4909; 4900/4936; 4937/4958; 4959/4969; 4970/4982; 4983/4995; 4996/5001; 5002/5005; 5003/5005; 5007/5018/ 5019/5024; 5025/5028; 5029; 5030; 5031/5050; 5051/5057; 5058/5063; 5064/5070; 5071/5075; 5076/5079; 5080/5082; 5083/5092; 5094/5097; 5098/5106; 5107/5112; 5113/5126; 5127/5132; 5133/5138; 5139/5142; 5143/5144; 5145/5148; 5150/5160; 5161/5163; 5164/5171; 5172/5173; 5174/5181; 5182/5188; 5190/5191; 5192/5194; 5195/5197; 5198/5199; 5200/5203; 5205/5206; 5208/5221; 5222/5231; 5232/5240; 5241/5244; 5245/5251; 5252/5258; 5259/5265; 5266/5267; 5269/5274; 5275/5282; 5282/5284; 5285/5288; 5289/5291; 5292/5294; 5296/5299; 5300/5301; 5302/5307; 5308/5315; 5316/5321; 5322/5330; 5331/5337; 5338/5345; 5346/5349; 5350/5355; 5356/5368; 5369/5375; 5376/5378; 5388/5498; 5500/5612; 5653/5654; 5657/5685).

Sobre el cual da cuenta, además, la prueba informativa producida a fs. 2458/2644, 2669, 2734, 2768, 2802, 2910, 2912/2913, 2921, 3538/3541, 3549/4016, 4043, 4095/4665, 4750/4811, 4815/5612, 5655, 5686, 5704/05, tendiente a demostrar sobre la autenticidad de la documental que fuera aduntada tanto en aquella oportunidad, como al tiempo de responder la demanda (v. Fs. 38/1351, art. 394 del C.P.C.).

Y que con ello intentó demostrar que era público y notorio el conocimiento que se tenía en aquella época sobre tales efectos perjudiciales y adictivos que ahora reprocha el actor.

Tesis ésta que mereciera su respaldo de cierta doctrina autoral, al tiempo que hoy, en forma reciente al dictado del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 29/IX/2015, Prieto Molinero precisar que “bien puede considerarse que alguien que fuma está debidamente advertido de los problemas que el tabaco

provoca en la salud; de forma tal, que la posterior alegación de daños implicaría hacer valer la concreción de riesgos previamente asumidos en forma voluntaria y, en la práctica, la propia torpeza” (v. LL 9/11/2015, AR/DOC/3880/2015)

Pero también lo es que fue recién en el año 2011 con el dictado de la ley 26.687 cuando se obliga por parte del Estado a brindar suficiente y acabada información sobre los alcances del producto consumidor.

Obsérvese que de la prueba informativa producida a fs. 2962 (Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires), fs. 3004/3006 (Gobierno de la ciudad de Buenos Aires), fs. 3015/3018 (Jefatura de Estado Mayor Fuerza Aerea); fs. 4063 (Fuerza Aerea); fs. 4690/91 (Dirección General de Cultura); fs. 4704, 4706, 4709 (Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires), resulta que Hugo César Lespada no asistió a escuelas primarias y secundarias (art. 394 del C.P.C.).

Es decir, dicho medio probatorio da cuenta de la ausencia de educación formal recibida por el actor, a pesar en del informe psiquiátrico producido a fs. 1830/1864 se precisara que “Tiene estudios secundarios incompletos, sin problemas académicos ni de conducta significativos” (v. Fs. 1830 vta.).

Así, más allá de la información periodística adjuntada en autos, como de los programas oficiales tendientes a reducir el consumo del tabaco que resultan de los informes de fs. 1660/1668; 2289/2290; 2387/2388; 2657; 2936 lo central aquí -a mi juicio- es el efectivo conocimiento que tuvo Lespada acerca de que el consumo de cigarrillos que comenzara en la década del ´70 contenía las propiedades adictivas que se denuncian.

No hay duda la dañosidad genérica del consumo de tabaco es conocida desde hace siglos, y que como lo sentenciará el Tribunal de Roma en 4 de abril de 2005 “la circunstancia que el fumar cigarrillos es perjudicial para la salud es un hecho socialmente notorio” (E. L. Guastalla “El daño...” Cit., p. 19, nota. 20), sobre el cual -agrego ahora- no es preciso contar con educación especial para conocer sobre sus alcances.

Por lo cual, a pesar que Lespada no hubiera contado con títulos oficiales de educación, y que desde el momento que iniciara el consumo de cigarrillos ya existía suficiente información sobre la dañosidad del producto, la prueba aquí colectada (pericial psiquiátrica) demuestra a las claras que no pudo -ni actualmente tampoco- abandonar dicho consumo, permaneciendo víctima de tal dependencia.

El perito médico especialista y psicología y psiquiatría, Claudio Jorge Guascone, en el dictamen rendido a fs. 1830/1864 -sobre el cual más adelante haré expresa referencia- dijo: “El Sr. Lespada está afectado psíquicamente” (fs. 1845 vta.), encontrando “...nexo causal entre la dependencia nicotínica la abstinencia nicotínica y el consumo de cigarrillos...” (v. Fs. 1846).

Es decir, desde que el actor comenzara con el vicio que lo aqueja -materia sobre el cual da cuenta la experticia médica de fs. 1889/92- han transcurrido más de cuarenta años hasta que se sancionara una ley que tuviera por fin regular la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados por el tabaco.

Norma legal que cuenta con 42 artículos y su correspondiente decreto reglamentario.

Y si efectivamente toda la información que aquí aportara la demandada hubiese sido efectiva para los fines que inspiraran a dicho cuerpo legal, cuál habría sido la necesidad de su dictado?

Obviamente, todo el trabajo publicitario y de marketing que durante años se hizo a fin de inculcar el consumo indicado, superó con creces aquella información que pudo brindarse a quienes recién se iniciaran en su consumo.

A pesar que el problema del consumo de tabaco se remonta a unos 1500 años antes de Cristo en los pueblos Originarios de América y al siglo XVI en la llamada “civilización occidental”, y que se trata de una práctica desarrollada durante siglos que, cuando al fin se descubrió su nocividad, ya formaba parte de la vida cotidiana de buena parte de las personas (v. LL 9/11/2015 “Fumadores, cigarrillos...”, P. Molinero), en paralelo la industria del tabaco -entre las que está la aquí demandada- promovió su consumo sin importar las consecuencias sanitarias que el mismo importaba.

A la luz de la publicidad inductiva promovida por la demandada, como por otras empresas tabacaleras, que consiste, por ejemplo, en “asociar al fumar circunstancias placenteras”, el razonamiento es que el mensaje que el consumidor recibe es contradictorio, ya que la advertencia legal coexiste con formas publicitarias destinadas a exaltar el placer derivado de ese consumo.

Se ha dicho que la noción de publicidad inductiva es equívoca: no hay publicidad que no pretenda motivar al consumidor; podría entenderse que cierto tipo de publicidad desdibuja la severidad de las advertencias legales. Esto está vinculado a la claridad de la información debida: el mensaje no cumpliría con el estándar del art. 4º de la LDC si lo contradicen sus circunstancias. El hecho podría ser más grave cuando la advertencia carece de detalle, como ocurría con la ley 23.344 y su poder de convicción es menor (G. Ríos, ob. Cit.).

Se afirma con razón que “la publicidad se ha convertido lisa y llanamente en la industria de la persuasión” (Kemelmajer de Carlucci “Publicidad y consumidores”, Revista de Derecho Privado y Comunitario”, nro. 5).

En un estado ideal de cosas, la publicidad debería cumplir una finalidad informativa (Lorenzetti “Consumidores”, p. 152); más, si bien la información encuentra en la actividad publicitaria un canal de expresión natural, debe advertirse que responden a funciones y objetivos esencialmente diversos. La información apunta a ilustrar, a iluminar, al discernimiento, a aportar datos objetivos, veraces y suficientes al consumidor respecto de los bienes o servicios ofrecidos.

La publicidad, por su parte, orienta sus esfuerzos a la persuasión, la seducción y la captación del público; se ha comprobado que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información (Kemelmajer de Carlucci, ob. Cit.).

Explica Japaze que en la racionalidad del marketing, lo prioritario es capturar la atención, instalar el deseo del consumidor y determinarlo a la adquisición del producto o del servicio. Se entiende que la información que necesariamente deberá suministrar tendrá otro momento, en el que la decisión de concretar el acto de consumo sea difícilmente removible (“Sobreendeudamiento del consumidor” en “Tratado de Derecho del Consumidor”, Hernández y ot. T. II, p. 390).

De tal forma, se impone arbitrar dispositivos legales que, bajo el paradigma tutelar, contemplen la situación de los consumidores; porque en el campo de la actividad publicitaria es donde suelen manifestarse situaciones de desequilibrio y vulnerabilidad (M.B. Japaze “Publicidad y prácticas comerciales”, en Rusconi “Manual...”, p. 310).

Recientemente, la sala II de la Exma. Cámara de Apelaciones Departamental sostuvo que “Si bien debe reconocerse que la información objetiva es raramente brindada por la publicidad comercial, que por sus objetivos lucrativos apunta a alcanzar la mayor rentabilidad del producto o servicio promocionado, ello no le resta relevancia; juega un rol importantísimo en todo el proceso de la relación de consumo, pues a través de ella se atrae, persuade y seduce al consumidor” (in re “Chavarría Jonatan German c/ Autocredito S.A. De Capitalización s/ Nulidad de Contrato”, 21/VI/2016, nro. 160.599).

Con ello, la técnica que utiliza ahora el legislador con la ley 26.687 tiende a brindar información al consumidor y en la prohibición genérica de publicitar estos productos; de este modo se procura que el consumidor efectúe una decisión informada, evaluando costos y beneficios.

Así, siguiendo las recomendaciones de la Organización Panamericana de la Salud, instando a los países a requerir a las tabacaleras la inclusión de advertencias gráficas en los paquetes de cigarrillos con el fin de ilustrar las enfermedades que genera el hábito, fue adoptada por Canadá desde el año 2001; Brasil (2001); Venezuela (2006); Chile, Panamá y Uruguay 2006.

A su vez, tras su adopción por la 56ª Asamblea Mundial de la Salud, en mayo de 2003, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT de la OMS) adoptado el 21/V/2003, suscripto por la Argentina el 25/9/2003, y que entrara en vigencia el 27/II/2005, constituye el primer tratado internacional en esta materia.

Circunstancia que fuera, además, denunciada por el actor en su presentación de fs. 5876.

Dicho instrumento fue elaborado en respuesta al problema generado por el consumo de tabaco, recientemente la Corte Federal sostuvo que el mismo “abre nuevas perspectivas jurídicas de cooperación internacional en este campo” (27/X/2015).

En cuanto a los deberes de información dispone que “Todos deben estar informados de las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco” (art. 4º, pto. 1º).

El art. 10º indica que “Cada parte adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para exigir que los fabricantes e importadores de productos de tabaco revelen a las autoridades gubernamentales la información relativa al contenido y las emisiones de los productos de tabaco”.

También, en el punto 2 del art. 11º se dispuso que “Todos los paquetes...contendrán información sobre los componentes pertinentes de los productos de tabaco y de sus emisiones de conformidad con lo definido por las autoridades nacionales”.

Con lo cual, a tenor de lo dispuesto por el art. 2º del Cod. Civ. Y Com., todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso (R. Lorenzetti “Código Civil y Comercial de la Nación”, t. I, p. 36).

H.- En función de todo ello, no hay duda que desde el comienzo que el accionante comenzara con el hábito que lo aqueja -década del '70- no existió una clara y concisa información sobre los efectos adictivos de la sustancia que ingiriera durante todo el período que se denuncia, más allá de la información general y de alcance público que fuera de notorio conocimiento.

Es decir, a pesar que los estudios sobre la dañinidad genérica del consumo de tabaco es conocida desde hace siglos (v. E. Guastalla “El daño causado por el consumo de tabaco en la experiencia italiana”, Revista Jurídica -Uces-), se ha dicho que “la circunstancia de que se trata de riesgos notorios para la comunidad científica”, no exime al productor de vigilar dicha información, haciéndola conocer a los consumidores finales menos informados (Cafaggi “Inmunita per i produttori di sigarette: barriere culturale e pre-giudizi di una giurisprudenza debole”).

Así, sin perjuicio de no desconocer que jurisprudencialmente se sostuvo que “la información brindada por los medios de comunicación ha llegado desde hace ya muchos años a un grado de desarrollo tal, que nadie puede creer con ingenuidad que el hábito de fumar carece de consecuencias perjudiciales en la salud del fumador; incluso, los efectos nocivos que puede acarrear el consumo del tabaco - entre ellas, la adicción- han sido difundidos públicamente de maneras superabundante a través de los medios de comunicación y hasta en los establecimientos educativos de todos los niveles” (conf. Cnciv., sala H, 26/2/91 “Lodoli, Roberto c/ Massalín Particulares S.A.”), el marco legal que sustenta el presente reclamo y la solución que se propicia a la luz del estatuto del consumidor -constitucionalmente consagrado- lleva a no compartir la solución que reiteradamente fuera invocada como de suficiente información.

Vuelvo a señalar que dicho enfoque tuvo en miras únicamente ese lado del conflicto (la información general) pero sin considerar el otro componente esencial de la comercialización, cual es la publicidad abusiva e inductiva que las tabacaleras volcaron durante años en distintos medios habilitados, tergiversando realmente cuales eran los efectos generativos del producto que comercializaron.

Considero que se incurre en un reduccionismo difícil de conciliar arribar a la conclusión antes indicada, al tiempo que hoy existen mandatos legales, constitucionales y convencionales que obligan al proveedor de tales productos a brindar una información clara, precisa y veraz sobre tales artículos; pero sin incurrir en engaños y dirigidos siempre -durante muchísimos años- a un público hipervulnerable que la doctrina viene insistiendo en su protección.

I.- Reitero -de acuerdo a la posición que vengo exponiendo- es recién a partir del año 2011 -a pesar del compromiso internacional asumido por la Argentina desde la firma del convenio marco indicado- donde efectivamente se impuso un estándar preciso y contundente de información a fin que el llamado “hipervulnerable” fuera debidamente informado en cuanto a los alcances y consecuencias que generaría en su salud el sometimiento voluntario del consumo del producto que lícitamente comercializa la demandada.

Así, no obstante conocer sobre la nocividad de fumar -circunstancia expresamente desconocida por el actor al tiempo de absolver la posición 1ª del pliego de fs. 2252/2253, v. Fs. 2254- las estadísticas demuestran que muchos fumadores no logran abandonar el cigarrillo, permaneciendo víctimas de tal dependencia (v. Nota. 25 en “El daño causado por el consumo del tabaco...”, cit., p. 21).

Pero también se ha informado que las empresas tabacaleras lo saben desde hace tiempo, dado que datan de los años ´60 los primeros análisis y estudios científicos conducidos por ellas (los cuales permanecieran reservados) de los que surgía con claridad la dependencia a la nicotina provocada por el cigarrillo (Emanuele L. Guastalla, cit., p. 20).

Con lo cual, entendiendo que desde el momento de la publicación oficial de la legislación indicada (B.O. 14/6/2011) recién operó una información adecuada y veraz en los términos de los arts. 4º de la LDC y 42 de la CN, no comparto el criterio de la demandada en cuanto que la acción interpuesta con fecha 2/IV/2004 se encuentre prescripta, ponderando para esta solución las pautas de interpretación brindadas en el punto “c” del presente considerando (arts. 344 del C.P.C. y 4037 del C.Civil).

Por lo dicho no hay duda que al tiempo de computar el plazo de prescripción (s/ art. 2560 del C.Civ. Y Com.) A partir del mes de junio de 2011, y que desde dicha fecha el proceso no fue abandonado por la parte reclamante, la acción interpuesta no se encuentra prescripta.

Ello, sin perjuicio de insistir en señalar que el planteo de prescripción aquí analizado fue el que siempre utilizó las tabacaleras para eximirse del pago de las indemnizaciones reclamadas respecto de las demandas de los consumidores fumadores (e/otros: C.Nac. Civ., sala K “Minisi Verdi, Luis c/ Nobleza Piccardo S.A., 1/2/2000, JA 2001-III-630; C. Nac. Civ., sala F, 26/12/2000 “Taraborelli, Hugo M. C/ Massalin Particulres S.A.”, JA 2001-II-633; C.Nac. Civ., sala H, 19/10/2002 “B. C. R. C/ Nobleza Piccardo S.A.I.C.F.”, LL 2003-B, 470; C.Nac. Civ., sala B, 5/5/2005, “F., C.A. c/ Massalin Particulares S.A.”, LL 2005-D, 16/8/05; Cam. Nac. Civ., sala B, 5/5/2005, “F., C.A. c/ Massalin Particulares S.A.”, LL 2005-D, 16/8/05; Cam. Nac. Civ., sala B, 5/5/2005, “F”, C.A. c/ Massalin Particulares S.A.”, LL 2005-D, 16/08/05; Cam. Nac. Civ., sala H, 22/06/05 “Smolar, Angel c/ Massalin Particulares S.A.”, JA 2005-III fasc. 7, 17/8/2005), y que en su momento contaran con la correspondiente nota aprobatoria (v.gr. Mosset Iturraspe “La prescripción extintiva en las acciones promovidas por fumadores”, JA 2001-II-365). Es cierto que innovar es más trabajoso que repetir; y que el “juez rebelde”, al decir de González Zavala, asume una mayor carga argumentativa, sobre todo si se está frente a una línea jurisprudencial consolidada (“Cómo no debe ser una sentencia”, LL 29/07/2016).

Por ello, y en función al desarrollo argumentativo aquí volcado, estimo conveniente señalar que un caso difícil no es lo mismo que un caso complicado. Para los casos complicados están la atención, el análisis y la síntesis: un esfuerzo principalmente cognoscitivo. Para los difíciles, la cavilación, la preferencia y el compromiso: una decisión profundamente valorativa (v. LL, t. 2007-A, p. 1178).

IV) Responsabilidad civil (análisis probatorio).-

A.- Entendiendo que el presente conflicto debe ser juzgado bajo el marco de la ley de defensa del consumidor, corresponde ahora avocarme al estudio de los

presupuestos que conforman la responsabilidad civil (art. 40 LDC).

Para ello no dejo de sopesar que el dictado de la ley 24.240 data del año 1993 (B.O. 15/X/93) y que el actor denuncia que comenzó a consumir cigarrillos de la marca que comercializa la demandada a partir de los años 70 (v. Fs. Cits.).

Es decir, transcurrieron más de veinte años desde que Lespada denuncia haber comenzado con el consumo de dicho producto hasta que se dictara el primer régimen consumeril.

Sin embargo, de acuerdo a los fundamentos que se esbozarán, los principios generales existentes dentro del Código Civil también sustentaron los que luego consagrara la primer ley de defensa del consumidor.

Explica Pizarro que el Código Civil vigente al momento que se denuncia en la demanda, no contenía, como es obvio, una regulación orgánica y específica para los daños causados por productos defectuosos. La búsqueda de respuestas jurídicas, sobre todo a partir de la década de los años 70, se canalizó a través de su normativa general y de algunas pocas leyes especiales que de manera incidental y fragmentaria abordaban la cuestión (“Responsabilidad por productos y por servicios en la ley de defensa del consumidor” en Stiglitz-Hernández “Tratado...”, t. III, p. 324; Trigo Represas-López Mesa “Tratado...”, t. III, p. 497).

Aun así, en los supuestos de no mediar -como en el caso- relación contractual directa entre el fabricante y el consumidor que sufría el daño, el panorama no era homogéneo.

Como se encargara de exponerlo la demandada en su extenso responde de fs. 1361/1436, existía consenso dominante en el carácter extracontractual de dicha responsabilidad, no así en torno al fundamento de la misma (Pizarro).

Pero la realidad llevó por delante dicha discusión y terminó consolidando de manera lógica la tesis de la responsabilidad objetiva con basamento en el riesgo creado (art. 1113). Esta orientación se vio consolidada luego de la sanción de la LDC.

Con ello, hay una correspondencia estricta y estrecha entre el art. 40 de la LDC, el art. 1113 del C.Civil y los arts. 1757, 1758 y concs. Del nuevo Código Civil y Comercial (Pizarro, ob. Cit., p. 338).

El Derecho del Consumidor, como sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, recién llegará a completarse en nuestro país, en los años 1993-1994 a través del establecimiento de soluciones sustanciales del derecho de fondo y mecanismos de instrumentación; y el reconocimiento normativo o declaración de los derechos de los consumidores (art. 42 CN).

Antes que ello ocurriera, en una primera etapa, la protección jurídica del consumidor se desenvolvía a través de normas generales, no específicas.

Especialmente, a partir de la vigencia de las reformas al Código Civil y leyes especiales regulatorias del mercado, fue factible diseñar un sistema de protección del consumidor, a través de soluciones que, aunque genéricas y no específicamente dirigidas a aquel fin, importaban de todos modos un avance

notorio en orden a la equidad en las relaciones de consumo (G. Stiglitz “Protección jurídica del consumidor”, 2ª ed, 1990, p. 69 y ss.).

Así, estaban las reglas de justicia contractual, esencialmente de la buena fe (art. 1198) y el abuso del derecho (art. 1071), incorporadas al originario Código Civil por la reforma del año 1968, que habilitaban el control judicial de equidad, sobre prácticas y cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

También, el régimen de responsabilidad objetiva por daños derivados por productos elaborados, implícitamente emergente de los arts. 1198 del Cod. Civ. (deber de seguridad) en el ámbito contractual, y 1113 (cosas riesgosas o viciosas) en el campo extracontractual.

A su vez, la prohibición del engaño a través de la identificación de mercaderías y publicidad comercial (arts. 5º y 9º), el control de las ofertas con premios (art. 10) y el régimen de garantías (art. 12), soluciones todas previstas por la ley de lealtad comercial 22.802.

Como también el régimen de represión de conductas anticompetitivas (ley 22.262); control de los sistemas y contratos de ahorros (leyes 22.315, 22.370) etc. (v. G. Stiglitz “Evolución del Derecho del Consumidor en Argentina” en Stiglitz-Hernández “Tratado de Derecho del Consumidor”, t. I p. 231).

Es más, para la misma época que se señala en la demanda como inicial en el consumo de cigarrillos por el actor, ya en la doctrina comenzaron a florecer aportes que fueron fijando los primeros cimientos para la construcción del derecho del consumidor (v.gr. López Cabana; N. Lloveras; R. Stiglitz; A. Morello e/otros). Es decir, durante los más de veinte años en que el actor consumiera los productos de la demandada sin haber tenido vigencia el estatuto legal del consumidor, no es obstativo para eximir a quien actuando como proveedor de un producto le correspondían los alcances de seguridad genéricos, sea por el art. 184 del Código de Comercio o 1198 y concordantes del Código Civil.

Lo que hizo la ley 24.240 fue organizar un sistema general de responsabilidad del proveedor, con eje en los arts. 5, 10 bis y 40 para los supuestos en que el daño haya sido causado por una cosa o servicio riesgoso (J. Prevot “La obligación de seguridad en el derecho del consumo” en Picasso-Vazquez Ferreyra “Ley de defensa del consumidor”, t. III, p. 575).

Y en todos estos casos, es opinión común que la responsabilidad tiene naturaleza objetiva, lo que se compadece con el carácter de parte débil y la finalidad tuitiva que inspiró el dictado de la ley (Picasso “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo”, LL 2/6/2008, p. 6).

B.- Sentado lo expuesto, debe señalarse que en nuestro sistema, las eximentes admisibles en materia de responsabilidad por productos guardan estricta coherencia con el carácter objetivo que fundamenta la misma.

De allí que sólo se admita el hecho del damnificado (arts. 1111 del C.Civil; 1729 del Cod. Civ. Y Com.), el hecho de un tercero extraño (art. 1731) y el caso fortuito o de fuerza mayor extraño al riesgo de la actividad desplegada (arts. 1730 y 1733 del Cod. Civ. Y Com).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que a la hora de ponderar la incidencia del

hecho o culpa de la víctima, que éste debe tener incidencia causal en la producción del resultado y, sobre todo, que no debe serle imputable al sindicado como responsable.

Pero tratándose de daños causados por productos, dicha exigencia debe ser ponderada con criterio muy estricto, atendiendo entre otros aspectos, a la naturaleza del producto, a su uso normal y previsible, a las condiciones personales de su destinatario (v.gr. Por razones de edad, condición cultural, etc.) Y a los mensajes contenidos en la publicidad y en la información brindada al consumidor.

Frente a ello, la doctrina precisa que un supuesto de particular interés se presenta en el marco de acciones resarcitorias promovidas por fumadores en contra de tabacaleras, por los daños derivados del consumo de cigarrillos (v. Stiglitz-Hernández, ob. Cit., p. 342).

La jurisprudencia de nuestro país -como ya fuera adelantado- se ha mostrado adversa a tales reclamos con base a la eximente en estudio: “Es improcedente el reclamo de una indemnización a la empresa elaboradora de cigarrillos por los daños causados a la salud por el consumo de tales productos, toda vez que no puede recompensarse la falta de voluntad para dejar un hábito perjudicial y no es claro que la nicotina provoque una adicción semejante a la de la droga, existiendo múltiples tratamientos que enmiendan o curan el hábito de fumar (cnciv., sala K, 1/12/2001, RC y S 2001-623).

Recientemente se sostuvo que “Los problemas que más inquietan a las empresas tabacaleras no transitan por reclamos formulados por consumidores -en donde disponen de la eximente basada en la culpa de la víctima como instrumento más o menos eficaz, aun cuando luzca superficial la aseveración de que el tabaco no genera adicción similar a una droga-. El centro de la cuestión, para aquéllas, anida en las demandas promovidas por los sistemas de salud, públicos y privados, orientadas a recuperar los montos que ellos han tenido que gastar para atender a afiliados fumadores” (Pizarro en Stiglitz Hernández, ob. Cit., nota. 21, p. 342). Sobre esta base, las tabacaleras han armado un esquema defensivo general, que repiten en los diferentes países, fundados en la prescripción de la acción, el cumplimiento de las normas aplicables, la ausencia de causalidad adecuada entre el fumar y el daño y la asunción del riesgo de enfermarse por parte del fumador (conf. F. Márquez “Responsabilidad por daños producidos por el tabaco” cit., p. 685 y notas 1234 y 1235).

Es así que los fundamentos se repiten, con distintos matices, en los fallos que en la Argentina rechazaron las demandas de fumadores individuales (v.gr. Cnciv., sala H, 26/2/01; cnciv., sala L, 14/12/09; cnciv., sala K, 1/12/2000; cfed. Apel. Cdba., sala A, 12/9/2006; cnciv., sala C, 30/10/2008 e/otros).

C.- De acuerdo con el marco conceptual descripto, ante un supuesto de responsabilidad objetiva por producto elaborado por la demandada, corresponde analizar cada uno de los planteos defensivos formulados por la misma, tendientes todos a interrumpir el nexo causal invocado.

Para ello debo señalar que a pesar de la negativa expresa realizada por la demandada a fs. 1373 vta. (pto. 2º) en cuanto que “el actor haya fumado alguna vez y en su caso haya comenzado a fumar a muy temprana edad”, la prueba que ahora se analizará informa sobre lo contrario (arts. 354 inc. 1º y 375 del C.P.C.). En primer término, de la copia de la Historia Clínica correspondiente el actor, extendida por Policlínico SMATA a fs. 1637, conforme prueba informativa

producida en autos resulta informado sobre el problema de “tabaquismo” que presentara el actor al tiempo de realizarse el diagnostico de fecha 13 de abril de 2011; sin perjuicio que por el informe brindado a fs. 2349 por “Sanatorio San Cayetano” no obren constancias sobre Historia Clínica de asistencia ambulatoria “ni de internación, ni registros de atención por guardia en esta institución” (art. 394 del C.P.C.).

Y en segundo lugar, corresponde hacer mención a la prueba testimonial producida a fs. 1679/1681, 1683/1684, 1685/1686, 1690/1691, 1695/1696m 1697/1698 y 1699/1700 (art. 456 del C.P.C.).

José Adilqui Bustos (fs. 1679/1681) indicó que conoce a Lespada desde el año 2004, con motivo de una “relación laboral indirecta”, y que el mismo desde que lo conoce “tiene el hábito de fumar” (ptas. 1ª, 2ª, 3ª y 4ª). Fuma mucho, es casi constante es prender terminarlo y no pasan más de 5 minutos que prende otro, eso mientras yo lo he visto Precisando que “...fuma mucho, es casi constante, es prender terminarlo y no pasa más de 5 minutos que prende otro, eso mientras yo lo he visto...” (pta. 3ª).

German Antonio Pérez (fs. 1683/1684) puso de manifiesto que conoce a Lespada desde hace “aprox. 7 años” por razones comerciales; y luego señaló que “fuma demasiado. Me consta cuando me visita, sobre todo por el olor que tiene” (ptas. 1ª y 2ª); añadiendo que “durante los 7 años que lo conozco siempre con el cigarrillo en la mano” (pta. 5ª).

Alejandro Daniel Porchia (fs. 1690/1691), quien también conoce al actor por relaciones laborales, admitió sobre el hábito de fumar del mismo: “...lo veo bastante fumar, no es mucho lo que compartimos en el ámbito laboral, pero en ese ratito que estamos dos cigarrillos mínimo se los fuma...” (3ª); admitiendo que dicha conducta es reiterada desde el momento que lo conoce (5ª).

Adrián Guillermo Erazarret (fs. 1695/1696) señaló que conoce a Lespada por iguales circunstancias desde “más o menos hace 7 años” (pta. 1ª), y que lo vio siempre fumar “desde que lo conozco está fumando” (pta. 2ª); “viene dos veces por semana y está media hora cada vez que viene, está siempre fumando” (3ª y 5ª).

Norberto Armando Radicioni (fs. 1697/1698) explicó sobre iguales circunstancias: “él vivía fumando, he visto las colillas por todos lados” (3ª), y “desde que lo conozco -hace 7 años- lo he visto fumar” (5ª).

Por último, Juan Carlos Assef (fs. 1699/1700) reconoció que conoce a Lespada desde el año 2006 (1ª) y que “...lo vi fumar mucho porque siempre anda con un pucho en la mano, pero no cantidad específica” (ptas. 3ª y 4ª); “siempre fuma” (5ª).

Igualmente, dentro de la prueba testimonial rendida, no puedo dejar de señalar ahora la declaración brindada por quien se identificara como Natalia Gonzalez Otharan (fs. 1685/1687), actuando como médica clínica de “Smata”, lugar donde el actor recibiera atención desde el año 2008.

Así, sin perjuicio que dicho testimonio será analizado en extenso en considerandos posteriores, aquí resulta útil destacar la información brindada a la pregunta 3ª. De tal forma, y en lo que aquí importa, a fs. 1687 vta. Sostuvo que: “...No soy neumonóloga ni especialista en tabaco ni cardióloga para hacer una apreciación

exacta. Como clínica puedo decir que Lespada presenta un riesgo cardiovascular elevado. Dentro de ese riesgo existen muchos factores que influyen y dentro de los factores el cigarrillo es uno más...”.

Precisando, luego, que en varias oportunidades tomó conocimiento que el actor realizó distintos intentos para dejar el hábito de fumar (pta. 5ª). Con lo cual, la profesional indicada pudo informar sobre el hábito que precisaran los testigos antes citados, pero agregando las consecuencias médicas vinculadas con dicho consumo (art. 456 del C.P.C.). Seguidamente, a los fines de dar cuenta sobre la conducta de Lespada respecto a esto último, es relevante hacer mención a la prueba pericial psiquiátrica de fs. 1830/1864.

Y si bien sobre este medio probatorio me detendré en otro punto, la mención que aquí se hace es para tener en claro el desconocimiento hecho por la demandada referente a la negativa del consumo del tabaco por parte del actor (fs. 1373, pto. 2º).

A fs. 1833 sostuvo que el actor presentó “Trastornos relacionados con nicotina”; y que “El consumo de cigarrillos tiene entidad suficiente desde el punto objetivo (médico legal) para provocar los cuadros diagnosticados como dependencia y abstinencia nicotínica” (fs. 1835 vta.).

También sostuvo que “El Sr. Lespada al momento del examen (noviembre/diciembre 2012, v. Fs. 1830 vta) consume unos 40 cigarrillos diarios” (v. Fs. 1836 vta.).

Más adelante hizo mención que “De la anamnesis el examinado manifiesta que fumó por primera vez entre los 14 y 15 años de edad, que el acto de fumar inicialmente fue solo a escondidas, luego de un tiempo en grupos de pertenencia...y que su patrón de consumo de cigarrillos fue estable refiere un promedio de 40 cigarrillos diarios” (v. Fs. 1853 vta./1854) (arts. 473/4 del C.P.C.).

En la pericial médica del neumonólogo Carlos María de la Vega (fs. 2132/2138) se puso de manifiesto que “...dada la carga tabáquica que ostenta el actor a lo largo de toda su vida se haya generado una transformación de su mucosa traqueobronquial llamada metaplasia escamosa, que es una transformación de carácter reactivo a la toxicidad del humo sobre la superficie de la vía aérea...” (fs. 2134, pto. 5ª).

A su vez, en el punto 6º de fs. 2134 hizo referencia a la afectación funcional respiratoria típica “ligada al tabaquismo crónico”.

Mientras que en el punto 17º de fs. 2136 expuso que: “Si bien el examen físico no es un método sensible para estimar los años de fumador, este sugiere...que el actor es un fumador de muchos años”; agregando en el punto 19º que es un “fumador de larga data” (fs. 2136 vta.).

Y en el punto 23 de fs. 2137 sostuvo: “Dada la historia de tabaquismo de comienzo a los 15 años y la imposibilidad de dejar de fumar a pesar del consejo médico y del deseo del propio actor es manifiesto que éste padece una adicción al tabaco”.

Al igual que la experticia anterior, sobre esta volveré el puntos subsiguientes a los fines de ilustra sobre uno de los presupuestos de la responsabilidad civil en

cuestión (relación de causalidad).

Pero para lo que aquí importa, ambos informes periciales ilustran al suscripto que Hugo Cesar Lespada comenzó a consumir cigarrillos desde muy temprana edad. Es decir, sin tener precisión si ello fue a inicios o fines de los años '70, los medios probatorios recién indicados avalan la postura volcada en la demanda y desvirtúan el desconocimiento formulado por la demanda en su responde de referencia v. Fs. 1631 y ss.).

D.- Con lo cual, teniendo por reconocido dicho presupuesto fáctico, corresponde ahora detenerme en cada uno de los argumentos defensivos propuestos por la accionada, independientemente del planteo de prescripción que ya fuera decidido.

Entre los planteos de defensa, la demandada afirma que la actividad comercial de desarrolla es lícita, avalada por la ley 19.800, como por las leyes 20.132, 20.687, 21.140, 22.517, 22.867, 23.074, 23.684 y 24.291 (v. Fs. 1406 y vta.).

De tal forma, interpreta que la fabricación y venta de cigarrillos es un hecho voluntario lícito (art. 898 del C.Civil) y que su industria está expresamente contemplada por la ley que la regula y sujeta a impuestos especiales (fs. 1408 vta.).

Dicha parte produjo distinta prueba informativa a fin de avalar tales extremos.

Así, a fs. 2215/2216 luce el oficio respondido por el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, donde se informó que “los subsidios o ayudas a los productores tabacaleros se otorgan según los casos y con fondos del Fondo Especial del Tabaco (FET) conforme los artículos 15, 16, 20 y 21 de la ley 19.800, sus modificatorias y reglamentaciones”.

También, allí se puso de manifiesto que “la comercialización del tabaco se rige por los arts. 15, 16, 20 y 21 de la ley 19.800, sus modificatorias y sus reglamentaciones”.

A fs. 2744 el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) informó sobre la variedad de tabaco cultivadas en distintas provincias del país, y que “El INTA es la institución del Estado que brinda asistencia técnica sobre los cultivos más importantes en cada región. El cultivo de tabaco es relevante, como fuente de vida en provincias como Salta, Jujuy, Misiones, Corrientes; por lo tanto tienen personal entrenado para satisfacer las demandas de esos productores” (v. Fs. 2746).

Informe que es reiterado por el oficio de fs. 2783/2785.

También, a fs. 4036 obra respondido el oficio dirigido a la AFIP referente a la alícuota del impuesto interno por la comercialización del tabaco (v. Fs. 4029/4035).

A su vez, del oficio dirigido a la Cámara de la Industria del Tabaco de fs. 4082 se desprende sobre la comercialización del producto durante los años 1969, 1970 y 1971.

Es más, a fs. 5838/5840 luce el informe pericial contable que da cuenta sobre la contabilidad llevada por la demandada, sobre así también sobre el pago de los distintos tributos fiscales que realiza a raíz de la comercialización del producto en cuestión (arts. 473/4 del C.P.C.).

E.- Con todo ello, dicha parte intentó justificar en autos sobre la licitud de la industria que ejercita, vinculado con la venta, explotación y comercialización del producto derivado del tabaco.

Frente a esto, la pregunta que corresponde hacerse es si aun estando frente a una industria legalmente reglamentada, y con la correspondiente tutela constitucional (art. 14 CN), las consecuencias de tal comercialización no pueden generar responsabilidad civil por el producto elaborado?

La respuesta a dicho interrogante consta de varias aristas.

Conforme fuera acreditado con la prueba informativa en mención, la producción y venta de cigarrillos no sólo es una actividad lícita y regulada sino, también, subsidiada muchas veces por el propio Estado.

En Argentina diversas leyes no sólo autorizan sino que podría decirse promueven la producción de tabaco, tal como la ley 19.800, que creó el Fondo Especial del Tabaco. Y en el mensaje de elevación se dijo que la producción de tabaco se encuentra radicada en zonas que requieren la preferente atención del Estado, pues las unidades productivas son de reducida extensión y con sobreproducción, de modo tal, que la legislación procura lograr una calidad uniforme de producción y asegurar la corrección de deficiencias estructurales de la industria.

Ello aparecería como un inconveniente para la procedencia de un reclamo por daños causados por el consumo de cigarrillos, pues uno de los presupuestos que debe hallarse presente en el marco de la teoría general del Derecho de Daños, es la antijuridicidad.

Aunque en la actualidad no se circunscribe a la violación de normas (legales o contractuales) sino que comprende la transgresión de valores y principios jurídicos (Rinesi-Rey "Antijuridicidad", Rub. Culz. "Problemática actual de la responsabilidad civil", 2014-1, p. 297 y ss.) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus fallos, con fundamento en el art. 19 de la CN, traza una antijuridicidad objetiva basada en la violación del deber general de no dañar, cualquiera sea el hecho que daña y con independencia de si media culpa o dolo en el obrar material, pues la producción del año es ilícita por contravenir el principio alterum non laedere y sin necesidad de que haya otra norma que prohíba expresamente la conducta nociva (Fallos: 326:2749; 330:2464)

La antijuridicidad desborda la ilegalidad para aproximarse a la descalificación como injusta de la conducta adversa al ordenamiento jurídico (Zavala de González). Claramente se ha dicho que "es toda conducta contraria al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad y no con relación a sectores normativos en particular. Es el carácter de un acto en cuanto infringe o viola el derecho objetivo considerado en su totalidad" (V. Ferreyra "Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código", LL 14/10/2015).

Por ello, al encontrarse en crisis dicho presupuesto de la responsabilidad, ya no es considerada por la doctrina mayoritaria como presupuesto cuya presencia resulte ineludible para la procedencia de la demanda reparatoria.

En virtud de lo cual, siendo que como más adelante será expuesto, al tiempo de encontrarse conformados el resto de los recaudos de la responsabilidad (relación causal y daño) aún frente una actividad comercial lícita, ello no es obstativo para la admisibilidad del reclamo impetrado.

Pero además de esto, debo señalar que en materia de responsabilidad por daños, aquellas normas administrativas se integran con las normas del Código Civil vigente al momento del reclamo y por la Ley de Defensa del consumidor, por lo que, tratándose de un producto peligroso, se debió informar en forma adecuada, detallada, suficiente, inteligible, accesible, sobre todos los riesgos a los que se ve expuesto el fumador, especialmente la adicción que genera (arts. 4, 5 y concs. LDC; 42 CN).

Dice Márquez que si además de no informar en forma suficiente, se ocultaron los caracteres del producto, a través de publicidad que realza placeres a los cuales puede accederse por fumar (por supuesto inalcanzables para la gran mayoría de los fumadores), entonces no puede predicarse, con fundamento, que el producto cumplió con las normas aplicables a su actividad (ob. Cit., p. 695/6).

En el precedente jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Roma indicado en puntos anteriores (7/III/2005) al tiempo de condenar a la empresa tabacalera, se expuso que se debió “realizar una sistemática campaña de información, dando noticias a la generalidad de los consumidores, sobre los aspectos negativos del fumar y sugiriendo limitaciones y cautela; debió informar sobre la composición del tabaco y sobre todos sobre las sustancias nocivas y sobre los riesgos de fumar para la salud, aplicando analógicamente los principios y normas referidos al consentimiento en los médicos y de las sustancias tóxicas para usos varios”. En España, el Tribunal de Sección 1ª de Barcelona expuso, en voto de Antonio Nuño de la Rosa que “...Conforme a la teoría de los efectos del contrato, en combinación con la del riesgo empresarial, cabe reprochar el negligente proceder del que se deriva el daño más que al fumador que no controla su vicio como consecuencia de su adicción, a la tabacalera que lo posibilita y no extrema su deber de información avisando de forma rotunda de las consecuencias de la adicción y sus peligros” (SAP de Barcelona, Sección 1ª, 1/12/2003).

Pero analizar la teoría del consentimiento aislándose de la dimensión normativa es un claro ejemplo de reduccionismo jurídico.

Distintos autores se han preguntado: Acaso puede pasar inadvertido para el derecho un fenómeno tan evidente como la publicidad moderna y su virulenta irrupción en la psiquis de las sociedades modernas? (Hersalis, Martínez Garbino, ob. Cit.).

Y en el caso de Hugo Cesar Lespada, a la luz de la prueba rendida, debo responder negativamente.

Así, a pesar que de conformidad con la prueba informativa producida a fs. 2994/5 al Ministerio de Economía y Producción, la parte demandada al mes de abril de no registró infracción a las disposiciones de las leyes 23.344 y 24.240, la antijuricidad de su conducta debe ser juzgada bajo los parámetros amplios -objetivos- correspondientes.

El fumador, informado por ley de los riesgos de la actividad, supone que cuando lo desee dejará de fumar, tal como lo pusiera de manifiesto la demandada a fs. 1355 vta.

Para ello debo detenerme en el dictamen pericial psiquiátrico de fs. 1830/1864, el que a pesar de la observación realizada por la demandada en la pieza de fs. 2119/2124, ilustró claramente que el actor presenta su voluntad viciada a raíz de

la ingesta de nicotina contenida en el producto comercializado por aquella (arts. 473/4 del C.P.C.).

Luego de indicar que Lespada “no se halla deteriorado, ni desviado, ni suspendido...y que al momento del examen -nov-/dic. 2012- no tiene alteraciones de conciencia...” (v. Fs. 1831 vta.), puso de manifiesto que presenta “trastornos de ansiedad relacionados con nicotina” (fs. 1833).

Después, sostuvo que “Del análisis médico legal se concluye que el estado psíquico del examinado se corresponde con la definición de daño psíquico tomada por el Dr. Castex” (fs. 1835); y que “...los cuadros que presenta el Sr. Lespada son auténticos cuadros psicopatológicos y se consideran que son procesos psicógenos (elaboración psicológica) y psicorgánicos (dependencia y abstinencia)” (vs. 1835 in fine).

Puntualizó que “El consumo de cigarrillos tiene entidad suficiente desde el punto de vista objetivo (médico legal) para provocar los cuadros diagnosticados como dependencia y abstinencia nicotínica” (fs. 1835 vta.).

Y que “...el Sr. Lespada se encuentra afectado psíquicamente...”; “se puede atribuir al consumo de cigarrillos los estados diagnosticados según el Manual Diagnóstico de las Enfermedades de la Asociación Psiquiátrica Americana” (fs. 1845 vta.).

En otro punto sostuvo que “...con la metodología descrita se entiende nexo causal entre la dependencia nicotínica la abstinencia nicotínica y el consumo de cigarrillos...” (fs. 1846, pto. “h”).

Más adelante, en el punto “11” de fs. 1849 dijo que “El examinado reúne criterios suficientes para dependencia de nicotina y abstinencia de nicotina”. Todo ello a pesar de concluir finalmente que “El juicio del Sr. Lespada no se halla deteriorado, ni desviado, ni suspendido” y que al momento del examen “no tiene alteraciones de conciencia” (fs. 1864); con el agregado que “El examinado tiene el juicio conservado, tiene crítica y autocrítica de situación, Comprende la consecuencia de sus actos, su estado no comporta alienación mental” (fs. 1864).

Circunstancia, ésta última, sobre la cual la demandada hiciera referencia a fs. 2119/2124 para entender que la voluntad del actor no se encontró viciada por el consumo del producto en cuestión.

F. 1.- Otro de los capítulos por los cuales la demandada intentó demostrar la interrupción del nexo causal, está centrado en la hipótesis de la asunción del riesgo por el propio actor reclamante (v. Fs. 1415 y ss.).

Y ello fundado, principalmente, en la doctrina emergente del art. 1111 del Código de Vélez y en lo que disponía la ley 23.344.

Ante dicho planteo, extensamente desarrollado desde fs. 1415 a 1422, lleva a realizar el siguiente interrogante: el fumador, informado por ley que el fumar es perjudicial para su salud, supone que cuando lo desee dejará de fumar?

A la luz del dictamen pericial psiquiátrico recién analizado, claramente se advierte que ello no fue así; aquella información brindada versaba sobre la dañosidad de la sustancia, más nada decía acerca de su adictividad: los paquetes no informaban antes del año 2007 que el fumar era adictivo.

La asunción de riesgos como eximente de responsabilidad -hoy prevista en el art. 1719 del Cod. Civ. Y Com.- viene siendo reflexionado por la doctrina argentina desde hace tiempo. En palabras de Mosset Iturraspe, es “la aceptación voluntaria y consentida de las consecuencias dañosas futuras derivadas del hecho determinado” (“Estudios sobre la responsabilidad por daños”, Rub. Culz., 1980, p. 115).

Sea en el campo de la responsabilidad extracontractual (cuando la ley impone la responsabilidad objetiva en virtud del riesgo creado), sea en el campo de la responsabilidad contractual (ante la presencia de una obligación legal o tácita de seguridad), la pregunta a dilucidar es si el conocimiento por parte del perjudicado (o la posibilidad de adquirirlo) del riesgo implicado en una determinada actividad o contrato, causa del cual se produjo un daño, excluye la responsabilidad del sindicado como responsable (Márquez).

La doctrina argentina mayoritaria se ha manifestado en contra de conferir a la aceptación de riesgos el carácter de una causa de justificación, o de fundar en ella la exclusión del factor de atribución objeto que resulte aplicable en el caso.

Se dice, en ese sentido, que no es lo mismo exponerse a un riesgo que aceptarlo; que la naturaleza humana es reacia a los sufrimientos, razón por la cual mal podría presumirse que se ha aceptado tácitamente sufrir un daños (v. R. Lorenzetti “Código Civil y Comercial de la Nación”, t. VIII, p. 377/8).

En algún precedente se dijo: “La decisión de fumar es libre, el fumador está informado de los riesgos de un consumo excesivo y en consecuencia puede prever su posterior estado y tomar las precauciones para evitarlo y controlarlo” (v. Nota. 1250, p. 697 Picasso-Vazquez Ferreyra cit.).

Y dicha defensa fue utilizada, con éxito, en los pleitos particulares promovidos en EE.UU (v. “El pleito del tabaco en EE.UU y la responsabilidad civil II”, Ruiz García, nota. 1250 ob. Cit.).

Pero el tema debe ser estudiado desde otro enfoque frente a una relación de consumo.

Así, como principio, el conocimiento de la nocividad del producto por parte del consumidor, no puede hacer presumir la asunción de riesgos. Se deberá indagar cuál es la información que se le ha brindado al consumidor a la hora de ponerse el producto en circulación. El mero hecho de que ciertas características sean en general conocidas, no exime al productor de hacerlo saber en forma particular en cada producto que circula.

Con ello, asumir el riesgo implica poder conocer los verdaderos alcances de su obrar, poder enterarse con amplitud de todas y cada una de las características que el producto tiene y los riesgos que implica, entenderlos y comprenderlos, estar informado por el productor sobre quien pesa el deber de informar y no solo sobre el Estado, sobre el cual la demanda produjo distinta prueba informativa a fin de ilustrar sobre el material documental existente en distintos establecimientos educativos sobre la nocividad del producto.

Sobre el productor pesó el deber de informar, tanto desde la época que Lespada iniciara el consumo de Cigarrillos (años ´70) a la luz de los principios emergentes del art. 1198 del C.Civil, como a partir del año 1993 con el dictado de la primer ley de defensa del consumidor (arts. 4, 5 y concs. LDC).

De ahí que para atribuir una conducta culposa al consumidor víctima por omisión de las diligencias necesarias para conocer las características del producto, habría que posicionarse en su situación personal, individualizando sus posibles conocimientos y las informaciones reales que el productor le brindó al poner a su disposición el producto.

Como quedó demostrado, el actor recibió escasa educación, tanto primaria como secundaria, tal como resulta de la informativa antes indicada (v. Fs. 2962, 3004, 3005, 3015, 3016/17/18, 4063, 4690/91, 4704, 4706, 4709, art. 394 del C.P.C.).

Y a pesar de conocimiento público que podría haber tenido el mismo, era el proveedor quien tenía la carga de informarle debidamente de las consecuencias del consumo de tabaco y no limitarse -cumpliendo una reglamentación legal- con advertir que el mismo era “perjudicial para su salud”.

Pero desde los años ´70 al 1986, fecha en que se sanciona la ley 23.334, cuál fue la conducta del proveedor? Netamente agresiva con las campañas publicitarias engañosas e inductivas que llevaran a convencer sobre la conveniencia del consumo de cigarrillos.

Cómodamente la demandada se respaldó -al decir de su posición en este proceso- en que se trataba de un producto que desde siglos era conocida su dañinidad; aun así, actuó ofreciendo el consumo que no tendrías el resultado prometido en su publicidad.

En el mismo momento que se previene al fumador sobre la peligrosidad, se muestra el placer de fumar a orillas de las mejores costas de los mares más azules del mundo, o se lo relaciona con los lugares cuya visita constituye un deseo de cualquier habitante de este planeta, conectando al producto con los íconos del éxito de principios de siglo. El mensaje es contradictorio y, aun, engañoso (N. Nicolau, ob. Cit.)

Por ello, en cuanto la información que debió brindarse, dice Márquez que la misma debe ser completa y suficiente, no bastando una leyenda que aclare que el producto es perjudicial o potencialmente peligroso.

El mismo autor, compartiendo el criterio de Vázquez Ferrerya, precisa conocimiento general de la población sobre la perjudicialidad abstracta de su consumo o la simple leyenda colocada en el recipiente sobre dicha circunstancia, supla el deber de información particularizado que la ley impone que en el caso del tabaco no se acepta que el “” (ob. Cit. Y “Responsabilidad...”, LL 2007-F-603).

Con ello, los ingentes esfuerzos desplegados por la demandada a fin de ilustrar la información existente en el país sobre el conocimiento público existente sobre la dañinidad del producto que comercializa, basta para que entener que Hugo Cesar Lespada se sometía voluntariamente a ser un esclavo de la nicotina por un lapso indefinido de su vida?

Dice Vazquez Ferreyra: “...A la hora de juzgar una actividad tan nociva como la tabacalera, que sólo es productora de perjuicios en la salud, se utilizan todo tipo de argumentos para eximirse de responsabilidad. Y aun cuando la industria tabacalera no importa beneficio alguno para el conjunto de la sociedad, percibe sumas millonarias por la comercialización de sus productos, y es plenamente

concedora del daño que el cigarrillo ocasiona a la salud del consumidor, se la trata con una indulgencia nunca vista en otros sectores de la responsabilidad civil...” (“Responsabilidades civil...” Cit. LL 21/11/2007).

F. 2.- En el ámbito del derecho del consumo la noción de asunción de riesgos debe ser analizada con estrictez y siempre bajo el prisma de la mayor protección posible al consumidor.

Existe una notable desproporción entre los medios de publicidad utilizados y los recursos disponibles por los consumidores para descifrar la veracidad del mensaje.

Aquí, el eje de la discusión está centrado en la naturaleza jurídica de los actos realizados por una persona adicta, como es el fumador compulsivo (a la fecha de la prueba psiquiátrica, nov.-dic. 2012- Lespada consumía 40 cigarrillos diarios, v. Fs. 1854).

Las consecuencias del tabaquismo excesivo deben imputarse al adicto si sus actos pueden ser calificados como actos voluntarios, es decir, realizados con discernimiento, intención y libertad.

Por ello, la cuestión a dilucidar es la voluntariedad del acto de fumar de modo compulsivo; en este sentido debería pensarse si el adicto no merece igual tratamiento y protección que los subconsumidores, a quienes se considera personas vulnerables por la influencia que en ellos tiene el marketing y la publicidad (Márquez, ob. Cit.).

Se ha dicho que si la mera aceptación del riesgo bastara para excusar en todo o en parte la responsabilidad del autor de un acto ilícito, se llegaría hasta suprimir la responsabilidad civil, pues todo en la actividad humana implica una aceptación de riesgos (Trigo Represas-Campagnicchi de Caso “Responsabilidad civil...”, t. 1, 1992, p. 126).

Y que la asunción de riesgos constituye una figura inútil, carente de sentido, que debe ser rechazada de plano, pues conduce, en la mayoría de los casos, a situaciones reñidas con la justicia y la equidad (Pizarro “Responsabilidad civil por riesgo...”, 1983, p. 471 y ss.).

En consecuencia, concluyo el punto señalando que en el caso el consumidor, hasta el año 2011 -fecha del dictado de la ley 26.687, B.O. 14/6/11- no fue suficientemente informado por el proveedor demandado sobre los riesgos que asume al fumar y aún dirigido dolosamente al consumo, por lo que, no podrán ser consideradas como eximentes la asunción de riesgo o la culpa de la víctima.

G. 1.- A partir del desarrollo defensivo de fs. 1408 vta. Y ss., como de la fundamentación brindada a fs. 1413/1415, la demandada se introduce en el capítulo de la relación de causalidad entre el hecho y el daño invocado por el actor, al tiempo de precisar que: “...la parte actora deberá probar en primer lugar que el Sr. Lespada no fue dueño de sus actos con relación a su decisión de fumar y que el producto le ha producido los daños a la salud física y mental alegados; y recién una vez acreditados estos hechos deberá determinarse si las consecuencias de los mismos pueden serle imputadas a mi mandante generando la obligación de resarcir...” (v. Fs. 1409).

Sin embargo, a pesar de la interpretación dada por la accionada, ante la presencia de una enfermedad que generalmente tiene su causa en el fumar, la carga de

probar la falta de causalidad debe correr por la legitimada pasiva demandada; la misma está en cabeza de quien la alega, salvo que la ley la impute o presuma (art. 375 del C.P.C.; V. Ferreyra “Los presupuestos de la responsabilidad civil...”, LL 14/10/2015) En el caso en estudio, la pretensión de atribuir responsabilidad a la tabacalera se fundó principalmente en que la cosa riesgosa no es el tabaco en sí mismo, sino la nicotina que las tabacaleras se incorporaría ex profeso con el fin de desarrollar e incrementar la adicción del fumador.

Recientemente, el Máximo Tribunal Nacional se expidió en la causa “M. De G., A.M. y ots. C/ EN-M E. Secretaría de Estado de I. Y C. Y ot. S/ Daños y Perjuicios” del 29/IX/2015, rechazando la demanda indemnizatoria promovida contra Massalin Particulares S.A., Nobleza Piccardo S.A. y el Estado Nacional, con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de esposo y padre de las actoras-

En las instancias originarias la demanda fue desestimada y en el seno de dicho Tribunal también fue rechazada, frente a la ausencia de la acreditación de la mentada relación de causalidad.

Así, entre otros puntos se indicó que “...si no se prueba el nexo causal entre el consumo de cigarrillos y la enfermedad padecida por el señor G, ello resulta suficiente para sellar la suerte negativa de la demanda y torna innecesario el tratamiento de los restantes agravios...”.

Y que “...el peritaje es manifiestamente insuficiente para demostrar, en este caso, la relación causal entre el consumo de cigarrillos por parte del causante y el carcinoma bronquioloalveolar que padeció. Ello así, pues la perito no solo no hace referencia alguna a las circunstancias particulares del fallecido...sino que, además, al enumerar los tipos de tumores, manifiesta -en forma abstracta y sin mayores explicaciones- que los carcinomas bronquioloalveolares no suelen tener relación con los antecedentes tabáquicos...”.

Dicho presente mereció distintas notas de doctrina (v.gr. C. Werlen, LL 9/11/2015; R. Prieto Molinero, LL 9/11/2015).

Cristian Werlen sostuvo que la indagación de la relación de causalidad que se realizó en este fallo era una labor compleja pero insoslayable a la vez. Se análisis exige el reconocimiento que este presupuestos de la responsabilidad civil tiene dos funciones: una a nivel de autoría y otra como medio que permite calibrar la extensión del resarcimiento; es decir, delimita si el daño debe ser resarcido y con qué alcances corresponde determinarlo.

Precisó que la doctrina coincide en señalar que la omisión en formular estos distingos respecto de las consecuencias resarcibles, llevaría al absurdo y desembocaría en la afirmación de que todos son culpables de todo (Goldemberg “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, LL, p. 17).

Aceptado este principio, no debe existir condena resarcitoria a cargo de los demandados si estos no colocaron la causa, por lo que tampoco resultan responsables de consecuencias que están más allá del nexo adecuado y el rechazo de la demanda es el resultado del pleito que se ajusta a Derecho en estas hipótesis.

Es decir, a tenor del fallo de la Corte Federal, se ratifica que la acreditación del vínculo causal entre el consumo de tabaco y la enfermedad o muerte -según el

caso- puede constituir un obstáculo insalvable para la procedencia de estas acciones resarcitorias.

En otros términos: se deberá desarrollar un amplio abanico probatorio para acreditar el concreto nexo entre el consumo (como causa) y el resultado dañoso que se imputa como consecuencia resarcible (C. Weiler, ob. Cit. P. 39).

G. 2.- A tal fin, en el caso en estudio se rindieron distintos dictámenes periciales (fs. 1830/1864; fs. 1889/1892 y 2132/2138).

Comenzando por el informe del perito médico neumonólogo de fs. 2132/2138, se logra advertir la ausencia de dicho presupuesto con relación a las distintas patologías médicas que presenta el actor.

Entre otras consideraciones, el experto sostuvo que "...en la persona del actor se evidencia la presencia de una alteración ventilatoria de tipo restrictivo en la cual la obesidad aparece como el factor más relevante como factor causal de la misma..." (fs. 2133); y que "No obstante los años de exposición al humo de tabaco no se pone de manifiesto al momento de realizar la presente evaluación pericial, una enfermedad pulmonar ligado al tabaco en grado significativo o manifiesto" (fs. 2133 vta.).

En otro punto sostuvo que: "La capacidad pulmonar del actor medida a través del estudio Espirometría Computarizada presenta una moderada restricción pulmonar, la cual en conjunto con los demás datos derivados del interrogatorio, examen físico y análisis de las imágenes pulmonares ponen a la obesidad del paciente como principal responsable de dicha limitación" (fs. 2134).

En igual sentido: "El actor presenta una restricción pulmonar en la que la obesidad se presenta como la causal más probable dada la ausencia de otras patologías del parénquima o tejido pulmonar y la caja torácica" (fs. 2135).

Es más: "...las evaluaciones practicadas y las conclusiones derivadas de estas, no puede asumirse en la patología respiratoria detectada en la persona del actor una relación causal directa con el tabaco..." (fs. 2135 vta. In fine).

Añadiendo que "...a pesar de ser un fumador de larga data no se evidencian claras deficiencias pulmonares que pudieran ser adjudicadas al consumo de tabaco..." (fs. 2136 vta.).

Y que "...Si bien la historia del tabaquismo crónico provoca cambios orgánicos en todos los consumidores, no se evidencia en el actor el desarrollo de patologías suficientes para producir secuelas en forma irreversible..." (v. Fs. 2137).

Mientras que en la ampliación de dictamen de fs. 2147/8 agregó que "el actor presenta una restricción pulmonar en que la obesidad se presenta como la causal más probable dada la ausencia de otras patologías" (fs. 2147 vta. In fine).

A la luz de tal experticia se advierte que el especialista concluye en la ausencia de relación causal entre el consumo de cigarrillos que realiza el actor y las dolencias físicas descriptas (arts. 473/4).

Circunstancias éstas que avalarían la posición de cierta doctrina autoral, al haber precisado muy recientemente que "...hay casos de fumadores que, aun teniendo

ese hábito durante buena parte de su existencia, gozan de una salud envidiable y viven muchos años...” (Prieto Molinero, ob. Cit., p. 13).

G. 3.- Distintas son las conclusiones a las que arriba el perito médico psiquiatra a fs. 1830/1864.

Pero antes de volver a detenerme en su dictamen, deviene ilustrativo, aunque no sea definitorio para la suerte del litigio, el informe brindado por la auxiliar bioquímica a fs. 1889/1892.

Así, haciendo mención a los efectos de la nicotina entre los productos que contienen los cigarrillos, sostuvo que la “Nicotina es el alcaloide principal de la planta nicotiana tabacum. Es la responsable de los efectos psicoactivos y es la sustancia responsable de la mayor parte de los efectos inmediatos del tabaco sobre el organismo y la que le confiere el carácter de potente droga generadora de dependencia” (v. Fs. 1890).

Indicó también que “La nicotina se une selectivamente a los receptores de acetilcolina de los ganglios autonómicos, la corteza adrenal y el cerebro. Provoca en el sistema nervioso central un efecto estimulante sobre la vigilancia, alerta y rendimiento cognitivo (dosis bajas) y un efecto reforzador o de recompensa sobre el sistema límbico, mediado por la vía neuronal del placer (efecto adictivo)” (fs. 1890 vta.).

Concluyendo que “El componente enunciado anteriormente que produce adicción es la nicotina, que sumado a sustancias como el amonio, el cacao y el azúcar, que se adicionan para mejorar los caracteres organolépticos del cigarrillo, aumentan el grado de adicción y los efectos psicoactivos propios de la nicotina” (fs. 1892).

Mientras que en la pericial psiquiátrica que me referiré más abajo se plasmó que “...un 8% de las personas que prueban el tabaco, acaban siendo dependientes de la nicotina...” (fs. 1851).

En virtud de dicho informe, que mereciera su ampliación de fs. 2079/2080, la especialista interviniente explicó sobre los efectos adictivos del componente indicado, tal como fuera informado en la demanda interpuesta (art. 474 del C.P.C.)..

Es decir, dentro de un plano objetivo se brindó aquella información que, al decir de la demandada, es un hecho público y notorio que no merece comprobación (v. Fs. Cits.).

G. 4.- Pero lo central aquí es precisar que a la luz del siguiente dictamen pericial de fs. 1830/1864, se acreditó la relación de causalidad entre el consumo del tabaco efectuado por Lespada desde muy temprana edad (aprox. 15 años) y el daño en su persona afectado su capacidad volitiva (arts. 375 y 384 del C.P.C.). Y si bien en puntos anteriores se transcribieron los capítulos destacados de la experticia en mención, ineludiblemente aquí vuelvo a hacer referencia sobre los que son decisivos para la suerte de la presente resolución.

Parto por señalar, como bien se pone de manifiesto en dicho dictamen, que “El juicio del Sr. Lespada no se halla deteriorado, ni desviado, ni suspendido” (v. Fs. 1831 vta.); y que “al momento del examen no tiene alteraciones de la conciencia. Lucido” (fs. 1864).

Pero a partir del desarrollo posterior, el profesional da cuenta sobre el grado de

dependencia y abstinencia nicotínica generada por consumo de cigarrillos (fs. 1835 vta.).

Con ello, luego de haber explicado que Lespada es un consumidor de “unos 40 cigarrillos diarios” (fs. 1836 vta.) Preciso que “está afectado psíquicamente” (fs. 1845 vta.); y que “...se entiende un nexo causal entre la dependencia nicotínica y el consumo de cigarrillos...” (fs. 1846 in fine).

Adicionando que “El examinado reúne criterios suficientes para dependencia de nicotina y abstinencia de nicotina” (fs. 1849).

Y concluyendo dijo, al igual que al inicio de la pericia, que “El examinado tiene el juicio conservado, tiene crítica y autocrítica de situación. Comprende la consecuencia de sus actos, su estado no comporta alineación mental” (fs. 1864 in fine).

Esta última circunstancia del informe es la que toma la demandada a fs. 2119/2124 para entender que no existe eximición de responsabilidad en el actor. Considero que al comprender la consecuencia de sus actos, importó que Lespada falseó en su reclamo, ya que la voluntariedad y la decisión de fumar y su responsabilidad exclusiva por las posibles consecuencias de dicha decisión, no se ven afectadas de modo alguno por algún diagnóstico o abstinencia a la nicotina (v. Fs. 2119 vta.).

Circunstancia que también fuera puesto de manifiesto en los alegatos de fs. 5911 y ss.

No comparto dicha conclusión.

A mi juicio, el dictamen pericial psiquiátrico es sumamente ilustrativo para advertir que el grado de dependencia psíquica que la nicotina generó en la persona del actor, hace que el mismo no pueda decidir sobre su voluntad para interrumpir sobre su consumo (arts. 473/4 del C.P.C.).

Aquí no se está juzgando sobre la capacidad de Lespada -en los términos de los arts. 140, 141 y concs. Del C.Civil y 31/32 del Cod. Civ. Y Com.- como se encarga de señalarlo la demandada a fs. 5918 vta., sino en demostrar que su voluntad se encuentra afectada a raíz del consumo de la sustancia indicada y de su imposibilidad de lograr interrumpir su consumo de manera deliberada.

Es cierto, tal como resulta de la prueba informativa producida a fs. 2280/2290 (“Asociación Argentina de los Adventistas”), fs. 2387/2388 y 2657 (“Liga Argentina de la Lucha contra el Cáncer”); 2687/2688; 2936 (Ministerio de Salud de la Nación); y 5641/5651 y 5724/5733 (Ministerio de Salud y Acción Social), existieron -y existen- distintos programas públicos y oficiales a fin de lograr tratamientos a fin de abandonar y hábito del consumo de cigarrillos, también lo es que, de acuerdo al informe pericial psiquiátrico en mención, “aunque más del 80% de los sujetos que fuman expresan el deseo de dejar de fumar y el 35% lo intenta cada año, sólo el 5% lo consigue” (v. Fs. 1842 vta.).

Estadística ésta que tiene estrecha correspondencia con otras fuentes de consulta, no obstante lo que fuera informado a fs. 2289/2290 por la Asociación Argentina de los Adventistas del 7º Día.

Así, “Se estima que en algún momento de su vida, uno de cada tres fumadores se plantea dejar de fumar. Entre los que lo intentan, un 25% no alcanza las 24 hs. Sin volver a probar un cigarrillo, el 40% resiste entre dos y siete días y sólo un 12% supera los tres meses sin hacerlo” (v. D. “La Nación”, sup. Del 31/V/2016 “Dejar de fumar ¿una meta posible?”)

Y si bien en autos no existe prueba a fin de acreditar que el actor intentó realizar tratamientos tendientes a romper con el hábito adquirido, ello en modo alguno es obstativo para responsabilizar a la demandada quien, comercializando la sustancia adictiva denunciada, logró viciar el discernimiento y voluntad de aquél. De acuerdo con lo prescripto por la ley 23.334 y por la interpretación dada por la demandada, el fumador informado por los riesgos de la actividad, supone que cuando lo desee dejará de fumar; pero la publicidad que se hiciera en tales términos nada dijo sobre su adictividad: los paquetes comercializados a dicha época no informaron que el fumar es adictivo en los términos que ilustra la pericial bioquímica rendida en autos.

Es más, aun cuando la prueba informativa de referencia ilustró sobre la existencia de distintos tratamientos públicos tendientes a tal fin, en el caso el daño -psíquico- ya se encuentra consumado y, desde allí, quien debió haber tomado las pautas de prevención y precaución era la comercializadora del producto. Desde dicha mirada, y a pesar de las conclusiones de la demanda en sus alegatos, la prueba analizada lleva a tener por conformado en autos este presupuesto esencial de la responsabilidad civil, cual es el nexo de causalidad necesario entre el consumo de cigarrillos y el daño psíquico que generara en el actor.

V) Conclusión.- De conformidad con el análisis de la totalidad de las constancias obrantes en autos, la profusa prueba documental anexada, la prueba informativa rendida a lo largo de los veintitrés cuerpos que componen el presente expediente, la testimonial antes descripta, los tres informes periciales que fueran individualizados, las testimoniales estudiadas, y las posiciones asumidas por las partes en sus escritos postulatorios, además de lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal a fs. 5972/5977, considero que en este especial supuesto en tratamiento se encuentran conformados los extremos que llevan a considerar a la demandada responsable civilmente por los daños y perjuicios denunciados, sin que estas última lograra demostrar la interrupción del nexo causal denunciado a fin de imputar la totalidad -o parcialmente- la culpa en la víctima del daño (arts. 163, 330, 364, 375, 384, 394, 409, 456, 473 y 474 del C.P.C.; 52 ley 26.361). Circunstancia por la cual corresponde ahora el análisis particularizado de cada uno de los parciales indemnizatorios.

VI) Daños y Perjuicios.-

1º.- Daño emergente.-

A.- De conformidad con los argumentos vertidos a partir de fs. 15/16 vta., se advierte que el actor peticiona la indemnización por la suma de \$ 70.000 en concepto de “daño emergente”, con motivo de las dolencias físicas generadas a raíz del consumo de cigarrillos a partir del momento que fuera denunciado.

Así, en dicho capítulo realizó una descripción pormenorizado de los problemas físicos que fueran generados -según su entender- por el consumo de dicho producto.

Con ello sostuvo que el mismo generó complicaciones en su “sistema nervioso

central”, “severa disfunción sexual”, “aumento de glucosa y lípidos”, “proceso degenerativo de arterias”, además de la “dicción insuperable” (v. Fs. Cits.).

Y a los fines de precisar sobre la relación causal existente entre tales daños a la salud y el consumo del tabaco por parte del actor, creo conveniente detenerme, primeramente, en la prueba pericial de fs. 2132/2138.

En dicha experticia, sobre la cual hiciera mención en puntos anteriores, el perito médico neumonólogo Carlos María de la Vega informó sobre los problemas médicos que presentara el actor al momento de su evaluación.

Si bien allí puso de manifiesto sobre las distintas dolencias presentadas, como alteración ventilatoria (fs. 2133 y 2134), moderada restricción pulmonar (fs. 2132), obesidad (fs. 2134 vta.), en ningún momento el profesional concluyó que ello tuviera estrecha vinculación con el consumo del tabaco por el actor. En cambio, categóricamente admitió que “padece una adicción al tabaco” (fs. 2137), fundado en que “La nicotina es una sustancia altamente adictiva que cuando se inhala a través del cigarrillo puede generar dependencia a la sustancia” (fs. 2137 vta.).

Asimismo, en cuanto a los efectos adictivos de la nicotina y sus consecuencias sobre la salud del actor, resultan ilustrativos los otros informes periciales (fs. 1830/1864 y 1889/1892), en especial el psiquiátrico donde, de acuerdo a como fuera explicado en puntos anteriores, se precisó sobre el daño a la voluntad que dicho consumo generó en la persona de Lespada (v. Pts. Cits.).

Pero además de todo ello, creo conveniente detenerme en la declaración testimonial de fs. 1685/1688, correspondiente a quien se identificara como Natalia Gonzalez Otharan, médica clínica que asistiera al actor en la clínica de Smata desde el año 2008 (pta. 1ª).

Sin perjuicio de las observaciones y cuestionamientos que la parte demandada oportunamente hiciera sobre dicho testigo, de su exposición se advierte que arriba a iguales conclusiones que el médico neumonólogo respecto a la patología que presenta el actor (art. 456 del C.P.C.).

Así, entre otros argumentos dijo que Lespada “presenta un riesgo cardiovascular elevado. Dentro de ese riesgo existen muchos factores que influyen y dentro de los factores el cigarrillo es uno más. Como otros factores estoy hablando de hipertensión, sobrepeso, sedentarismo, la dislipemia” (fs. 1687 vta., pta. 3ª). También, reconoció que el actor oportunamente fue derivado a un psicólogo y después a psiquiátrica a raíz de presentar claros síntomas de ansiedad generalizada (pta. 3ª, fs. 1688).

Sostuvo que en alguna oportunidad el actor propuso iniciar tratamiento para dejar de fumar “...pero a los pocos meses reincidió en el tabaquismo. En ese momento estaba muy ansioso, obviamente por el cuadro de abstinencia, por eso mismo le indicaron clonacepam y además fue derivado para hacer un tratamiento psiquiátrico...” (pta. 5ª, fs. 1688).

B.- Frente al escenario descripto, advierto que, como ya fuera adelantado, no existe una clara relación causal entre los daños denunciados por el actor vinculados con su salud física y el consumo del tabaco.

Precisamente, de la prueba indicada no pudo desprenderse que todas las dolencias denunciadas tuvieran relación causal con el consumo del tabaco durante el período en cuestión.

Sin embargo, dentro del mismo capítulo indemnizatorio también se peticiona daño emergente por la “dicción insuperable” que el consumo de nicotina generara en su persona.

Con lo cual, siendo que sobre ello existe prueba suficiente que informa sobre su existencia y vinculación estrecha con el consumo en mención (v. Dictamen fs. 1830/1864), estimo ajustado receptor el rubro indemnizatorio en concepto de daño emergente, comprensivo del eventual tratamiento médico al que deberá someterse el actor a raíz de la adicción generada por el consumo del producto comercializado por la demandada (arts. 375, 384, 456, 473 y 474 del C.P.C.; 901, 906, 1067 y concs. Del C.Civil; 1716, 1725, 1726 y concs. Del Cod. Civ. Y Com.).

En consecuencia, atento lo solicitado, fijo la indemnización por este parcial en la suma de PESOS SETENTA MIL (\$ 70.000), con más los intereses que más abajo serán dispuestos, computados a partir del momento de la notificación del traslado de la demanda (arts. 165 del C.P.C.; 622 del C.Civil y 768 del Cod. Civ. Y Com.).

2º.- Daño moral.-

A los fines del abordaje de éste rubro, he de señalar que conforme lo sostiene la Excm. Cámara Departamental en los autos caratulados “Bes Enrique Damián c/ Plan Ovalo S.A. de ahorro para Fines Determinados y Otra s/ Reclamo contra actos de particulares”, sentencia del 26/8/2014, el daño moral, para las nuevas concepciones consumeriles, constituye una consecuencia inmediata del incumplimiento en una relación de consumo y, como tal, deberá ser reparado, pues la LDC es amplia y abarca todo perjuicio causado al consumidor o usuario, teniendo en claro que en caso de duda, debe estarse por la procedencia del daño - art. 3 de la LDC-, incluyendo los daños materiales, a la personalidad, etc.; y dentro de estos últimos tanto la afeción a los derechos personalísimos, como también la reparación de los agravios al estado de ánimo, el mal estar, en suma, la afeción al espíritu que el incumplimiento genera (Molina Sandoval Carlos “Reformas Sustanciales” obra colectiva “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor” Director, Dr. Vázquez Ferreira Roberto, Ed. La Ley p. 107; Álvarez Larrondo Federico “El Impacto Procesal y de Fondo de la Nueva Ley 26.631 en el Derecho de Consumo” obra colectiva “Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor”).

El incumplimiento en una relación de consumo puede generar una afeción espiritual que, cuando ocurre, no debe quedar impune y solamente puede estar cubierta con la reparación del agravio moral (Gelli María “Constitución de la Nación Argentina” comentada y concordada art. 42 La Ley p. 462; arg. Cám. 5º Civ. Y Com Minas de Paz y Tributaria de Mendoza 28/12/2010 in re “Rodríguez Juan Alberto c/ Disco S.A.” 28/10/2010 rcys 2011-V,170).

De conformidad con tales ideas y de acuerdo con lo que resulta de los distintos medios probatorios rendidos a lo largo del presente proceso, advierto que está sobradamente comprobado la magnitud e importancia de los daños generados en la persona del actor a raíz del consumo de cigarrillos desde los años ´70 (arts. 375 y 384 del C.P.C.).

Como así también el perjuicio psíquico que generara la nicotina incorporada en el

producto comercializado por la demandada, como causa fuente principal e inmediata de dicha patología.

Desde allí, ponderando las particularidades del presente proceso, donde la prueba habla por sí sola sobre las dolencias que presenta el actor luego de haber consumido por más de cuatro décadas los productos ofrecidos por la demandada al consumo del público en general, estimo acertado receptar el planteo indemnizatorio reclamado por la suma de PESOS CUARENTA MIL (\$ 40.000), con más sus intereses que se calcularán a partir del traslado de la demanda. Dejase sentado que la solución que aquí se propone se compadece con la tesitura que adopta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, referido a la indemnización de consecuencias no patrimoniales, en cuanto dispone que “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Recogiendo así el nuevo texto legal la opinión mayoritaria en el sentido de que esta indemnización tiene una función satisfactiva y compensatoria (conf. Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Azul, Sala I, en autos: “Zampieri, Miguel Angel c/ Banco de Galicia Suc. Tandil s/ Daños y Perjuicios “sentencia del 22/12/2014; G. Iturbe “Breve análisis sobre los alcances de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código” LL 4/6/2014, AR/DOC/2285/2013; Rivera-Medina “Código Civil y Comercial de la Nación”, t. IV, p. 1075/6; y art. 522 del Cód. Civil y art. 165 del C.P.C.C)

3.- Ley 23.928.- Tasa de interés.- a.- Conforme el planteo del punto “X” de fs. 19 y vta., el actor peticiona la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 7 y 9 de la ley 23.928, citando a tal fin distintos precedentes jurisprudenciales que intentan justificar su postura.

Sin embargo, el reclamo deviene improponible a la luz de la jurisprudencia uniforme sobre la materia.

No hay duda que hay un fuerte rasgo de inconstitucionalidad de las normas que prohíben actualizar, frente a una economía inflacionaria; señalándose que es evidente que el acreedor, al que se obliga a recibir una suma de dinero depreciada, ve vulnerado su derecho de propiedad (arts. 14 y 17 de la CN; J. F. Márquez “Obligaciones dinerarias en el Código Civil y Comercial”, p. 108/9).

A pesar de ello, se ha dicho que “El interés público comprometido en la actual emergencia y la ostensible finalidad de aventar las nefastas consecuencias de una descontrolada inflación, presupone que la norma que veda la indexación se ajusta al principio de razonabilidad contenido en el art. 28 de la CN, esto es, que responda a pautas de valor suficientes”, y que “En las actuales circunstancias, entonces, no luce ostensiblemente irrazonable la prohibición de indexar si lo que se pretende con ello es, precisamente, eludir el fantasma de la hiperinflación, cuya instalación sería de imprevisibles consecuencias para la sociedad en su conjunto” (S.C.B.A., 29/8/07, Lexis 14/117864; S.C.B.A., causa B. 58.655, 17/8/2011; Cam. Adm. Fed., sala III, 21/10/2008, Lexis 8/192288; cnciv. Y Com., sala III, 1/6/2004, causa 2143/03; Cam. Lab. Nac., sala VI, 55.238, 6/9/2002).

Criterio éste recientemente volcado en autos “Ubertalli” de la Suprema Corte Provincial con fecha 18/V/2016 (B. 62.488).

Precisamente, en el voto del Dr. Soria, que hiciera mayoría del Tribunal, se

sostuvo que "...de acudir a la actualización, reajuste o indexación se quebrantaría la prohibición contenida en el art. 7 de la ley 23.928, doctrina plenamente aplicable en la especie en atención al mantenimiento de tal precepto luego del abandono de la paridad cambiaria dispuesta por la ley 25.561...".

Por lo tanto, corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad aquí propuesto.

B.- Y en cuanto al planteo subsidiario de aplicación de tasa activa al presente, tal como fuera volcado en el punto XIII de fs. 20, también corresponde su desestimación.

Justamente, teniendo en consideración la doctrina trazada por la Suprema Corte de Justicia en distintos precedentes jurisprudenciales ("Ponce, Manuel Lorenzo y ot. S/ daños" Ac. 101.774 del 21/X/2009, "Ferreyra de Zeppa, Petrona y ot. C/ Hospital s/ daños" Ac. 100.228 del 16/XII/2009, entre otros) la tasa de interés aplicable será la pasiva que liquida el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, en los términos que seguidamente se detallan (art. 622 del Cód. Civil).

Asimismo, entiendo prudente seguir el criterio trazado por la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental en autos "Arce María Luisa c/ Loria Jorge Oscar s/ daños y perjuicios" (causa 155.923 del 9/IX/2014, sala II) y "Campos, Juan Horacio c/ Maccio, Marcela s/ daños y perjuicios" (causa 150.012 del 21/X/2014, sala III); el cual fuera seguido asimismo por la Cámara de Apelaciones de Junín (expte. N° 7847/2010, sentencia del 4/XI/2014) en autos "Remy, Juan Domingo c/ Viora, Orlando s/ daños y perjuicios", en donde, sin apartarse de la doctrina de la Suprema Corte Provincial, se determinó aplicable la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días tipo "tradicional" formalizados por medio de sus sistema "Banca Internet Provincia" (BIP), y para el período en que no exista tasa BIP se aplicará la tasa pasiva del Banco Provincial (art. 622 del C.Civil; arg. SCBA, causa 118615, en autos "Zocaró, Tomás Alberto c/ Provincia A.R.T. S.A. y otro s/ Daños y perjuicios, del 11 de marzo de 2015).

Es más, recientemente el Máximo Tribunal Provincial en autos "Cabrera" (C.119.176) por mayoría sostuvo que, dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, la tasa de interés moratorio judicial "debe calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago" (arts. 622 y 623 del C.Civil; 7 y 768 inc. "c" del Cod. Civ. Y Com; 7 y 10 ley 23.928).

En consecuencia, siendo la tasa pasiva BIP asimilable a la "tasa pasiva más alta", la misma debe ser ponderada para la liquidación de los accesorios del capital (arts. 278/9 del C.P.C.).

VII) Costas.- Sin perjuicio que de acuerdo a doctrina y jurisprudencia recibida, todo cambio jurisprudencial sobre una materia judicialmente consolidada conlleva a ponderar la distribución de costas a las partes de acuerdo a lo dispuesto en el art. 68 -2° párr.- del C.P.C. (conf. Louftay Ranea; Gozaíni e/otros), soy de la opinión que en este caso particular, aún frente a jurisprudencia inédiata que hubiera

receptado demandas indemnizatorias contra empresas tabacaleras, frente al resultado del presente litigio y la posición asumida por la demandada durante el curso de los doce (12) años que durara el mismo, corresponde mantener el principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.).

VIII) Por todo lo expuesto, citas legales, lo dispuesto en los arts. 163 del C.P.C. y 3 del Cod. Civ. Y Com., y lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal a fs. 5972/5977, FALLO:

1°.- Rechazando la excepción de prescripción opuesta a fs. 1362 vta./1372 por la firma “Massalín Particulares S.A.”, con costas (arts. 68, 69 y 344 del C.P.C.); 2°.- Haciendo lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por Hugo César Lespada contra la firma “Massalín Particulares S.A.” y, como consecuencia de ello, condenando a esta última a abonar al actor, dentro del plazo de diez (10) días de encontrarse firme el presente y bajo apercibimiento de ejecución (art. 163 inc. 7° del C.P.C.), la suma de PESOS CIENTO DIEZ MIL (\$) 110.000), con más intereses judicialmente dispuestos (arts. 622 C.Civil; 768 y 771 del Cod. Civ. Y Com.); 3°.- Imponiendo las costas a la vencida (art. 68 del C.P.C.); 4°.- Postergando la regulación de los honorarios de la totalidad de los profesionales intervinientes para el momento procesal oportuno (art. 51 dec. Ley 8904).- REGISTRESE. NOTIFIQUESE personalmente o por cédula (art. 135 inc. 12 del C.P.C.).-

FERNANDO JOSE MENDEZ ACOSTA JUEZ CIVIL Y COMERCIAL