

DAÑO PUNITIVO: PREVENCIÓN Y JUSTICIA EN EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES*

JONATHAN M. BRODSKY**

Resumen: El presente ensayo aborda los daños punitivos, recientemente introducidos en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor en virtud de la Ley 26.361. Se analizará por un lado si corresponde ubicarlos en el ámbito del Derecho Civil, como lo hace la norma, o en el marco del ordenamiento penal; para ello se hará hincapié, principalmente, en las finalidades que persigue la institución. Por otra parte, se examinarán los distintos aspectos de la regulación legal de la figura, teniendo en mira los objetivos propios del daño punitivo y su importancia en la relación de consumo.

Palabras clave: Daño punitivo – Derecho Civil – Responsabilidad Civil – Derecho de los Consumidores – Ley de Defensa del Consumidor – Multa civil

Abstract: This paper deals with punitive damages, very recently comprised in the Consumer Protection Act through its last reform. On one hand, we will address the issue whether they belong to civil law (as the regulation in force establishes) or to criminal law, depending on the very purpose of the institution. On the other hand, we will examine the diverse aspects of their legal regulation, according to the aims of punitive damages and their relevance in the consumer relationship.

Key words: Punitive damages – Civil law – Civil liability – Consumer protection law – Consumer Protection Act – Civil penalty

*El presente trabajo obtuvo el segundo premio en el IX Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Civil.

N. del A.: Este ensayo fue presentado el 15 de febrero de 2011, es decir, con más de un año de anterioridad al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por el decreto 191/2011 (integrada por el Dr. Ricardo L. Lorenzetti –como presidente– y las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Aída R. Kemelmajer de Carlucci). Con motivo de la normativa proyectada, se ha incluido un *addendum* hacia el final del trabajo, en el que se refieren –en el breve espacio que nos es dado– los cambios propuestos en la regulación de los daños punitivos en el Derecho de los Consumidores.

**Estudiante de Abogacía (UBA) y Ayudante Alumno de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho – UBA). Agradezco a los Dres. Juan C. Boragina, Jorge A. Meza y Gabriela A. Iturbide, a quienes por su constante generosidad y confianza desde la cátedra debo buena parte de mi formación en Derecho Civil. Y dedico este trabajo, con infinita gratitud, a mis padres Gustavo y Sonia; a ellos, por todo, debo buena parte de mi formación como persona y de todo cuanto soy y alcance a ser.

I. INTRODUCCIÓN

El daño punitivo es una institución reciente en nuestro ordenamiento jurídico: fue incorporado a la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor –como artículo 52 bis– en abril de 2008, en virtud de la Ley 26.361. El precepto legal dispone que “[a]l proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta Ley”.

Desde su aparición en el plexo normativo nacional, y en particular en el marco del Derecho Privado, el daño punitivo ha suscitado las opiniones más discrepantes.

Por un lado, se encuentran los juristas que lo rechazan de plano. Sostienen que la condena por daños punitivos representa un castigo de naturaleza penal, siendo una institución extraña a la responsabilidad civil –de corte netamente resarcitorio–. A su vez, al tratarse de la imposición de una pena en el ámbito del Derecho Civil, no se observan las estrictas garantías que rigen en materia criminal a favor del imputado. Se sigue de ello la inconstitucionalidad del daño punitivo como multa civil.

En opuesta tesitura, otros doctrinarios entienden que –a pesar de su denominación– los daños punitivos no tienen como finalidad principal sancionar al infractor, sino prevenir conductas lesivas y dismantelar los efectos de los actos ilícitos. Por otra parte, la condena por un monto mayor al perjuicio sufrido por el damnificado no tiene por qué escapar a la esfera privada; por el contrario, el Derecho de Daños moderno no debe apuntar solamente a la reparación de las lesiones, sino también a su prevención. Y máxime cuando se trata de casos en los que, como ocurre en el consumo, determinados hechos pueden afectar a la sociedad toda.

La jurisprudencia nacional sobre el tema es escasa, lo cual resulta lógico tratándose de una figura flamante en nuestro plexo normativo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha tenido, en los casi tres años de vigencia de la Ley 26.361, oportunidad de pronunciarse al respecto. Sí existen precedentes en instancias inferiores: el de mayor relevancia lo ha sentado la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.”, a través del fallo dictado el 18 de noviembre de 2009. En este decisorio, que por cierto sintetiza las dos posiciones comentadas, el tribunal de segunda instancia asigna a los daños punitivos dos funciones. Una principal, cual es la de prevenir futuros daños similares provocados por inconductas graves y socialmente intolerables. Y

una accesoría, que no obstante determina la naturaleza punitiva de la institución: la sanción al dañador, ínsita por definición en toda multa civil.

En otro nivel de análisis, más allá del acierto o desacierto de la incorporación de los daños punitivos en la órbita civil, se halla la crítica a la redacción del precepto legal. En este punto, los doctrinarios especializados han señalado (en ciertos casos, también con divergencias) diversos defectos en la norma: desde la terminología empleada hasta el tope de la condena por daños punitivos, pasando por sus presupuestos de admisibilidad, su procedencia a pedido de parte, el destino de la multa a favor del consumidor, su graduación y la solidaridad entre los proveedores.

Nuestro trabajo pretende analizar tanto la conveniencia de los daños punitivos y su consistencia en el Derecho Civil como la regulación legal que resulta necesaria para que la figura cumpla satisfactoriamente sus funciones. Por ello, y congruentemente con la exposición de la cuestión, el ensayo se dividirá en dos partes: el análisis del daño punitivo en el Derecho Privado, y el examen del dispositivo que los regla.

Antes de comenzar con dicho estudio, nos permitimos destacar que el Concurso de Ensayos al que se presenta este trabajo tiene como subtítulo “Reflexiones a 140 años de la entrada en vigor del Código Civil”. Pues bien, la elección del daño punitivo como tema a tratar no es casual, sino que precisamente se vincula con ese lema. Hoy nos toca pensar: ¿queremos un Derecho Civil netamente individualista que solo cumpla su tradicional función de indemnizar? ¿O es deseable exigirle además que prevenga futuros daños y sirva a la justicia y a la equidad, con miras al bienestar social? El daño punitivo, analizado sin prejuicios y más allá de las apariencias, invita a reflexionar sobre ello.

II. PRIMERA PARTE: EL DAÑO PUNITIVO EN EL DERECHO CIVIL

II.1. El daño punitivo como sanción y su pertenencia al Derecho Penal

Según anticipamos, existe una corriente doctrinaria que se opone a la aplicación de daños punitivos en el ámbito privado. Comenzaremos por examinar los argumentos vertidos en esta postura.

Se parte en primer lugar de la clásica distinción entre Derecho Penal y Derecho Civil, y de las diversas funciones propias de cada uno. “Esa diferenciación de ramas del derecho constituye una manifestación de la evolución del derecho continental

(al que pertenece nuestro derecho) que, a lo largo de los siglos, fue separando la función indemnizatoria de la punitiva –asignada al ámbito del derecho penal–.¹

A continuación, se asigna la finalidad de castigo (y de manera secundaria, la de disuasión) al daño punitivo.² No hay duda de que este rubro de la condena excede el perjuicio sufrido por el damnificado-actor: es un hecho objetivo e incuestionable, ligado a la esencia misma de la institución. Los juristas que se enrolan en esta corriente entienden que este *plus* tiene como meta la punición del infractor: “[l]os ‘daños punitivos’ tienen entonces un propósito netamente sancionatorio. [...] No cabe ninguna duda de que los llamados ‘daños punitivos’, en tanto no tienden a resarcir un daño sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y de prevención general, tienen la naturaleza de una pena”.³

Así, si el Derecho Civil se encarga de la compensación por el daño causado y el Derecho Penal se ocupa de las penas que corresponde aplicar al autor del hecho, es evidente que una institución sancionadora solo puede pertenecer a la esfera criminal.

El interés de la cuestión no es meramente teórico, ya que en el ámbito penal el imputado goza de una serie de garantías mucho más fuertes que las reconocidas por el ordenamiento privado.

Por ejemplo, de acuerdo al principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), una pena solo puede aplicarse si una Ley previamente detalla, en términos estrictos, la conducta punible. El “incumplimiento de una obligación de fuente legal o contractual” que la Ley determina como presupuesto para la aplicación de daños punitivos es una descripción demasiado amplia; los tipos penales deben ser precisos.

Otro problema, que se manifiesta en el terreno procesal, es el de la autoincriminación. En el juicio civil se admite la absolución de posiciones, y la incomparecencia del absolvente o su negativa a contestar constituyen presunciones (*juris tantum*) en su contra. En un proceso penal, la índole de los derechos en juego torna ilegítima toda confesión ficta, en razón del estado de inocencia del que goza el imputado hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad.

1. DIEZ PICASO, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 44, citado en IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D'ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, N° 5, mayo de 2009, p. 32.

2. Como adelantamos en la introducción, en el caso “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.” se destacó la finalidad sancionatoria del daño punitivo, aunque como función accesorio de la figura –a diferencia de la prevención, que constituye la meta principal–.

3. PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en ANAYA, Jaime L. y ALEGRÍA, Héctor, *Derecho Comercial. Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. V, pp. 832-837.

Por último, de acuerdo al principio *non bis in idem*, nadie puede ser condenado (ni perseguido penalmente) más de una vez por el mismo hecho. Y cuando una única conducta del proveedor afecta a varios consumidores que accionan y alcanzan una condena por daños punitivos, se conculca aquel principio (un mismo acto motiva múltiples sanciones).⁴

Los principios de legalidad y de no autoincriminación emanan directamente del art. 18 de la Constitución Nacional, en tanto que la prohibición de la persecución penal múltiple, al margen de su consideración como garantía constitucional no enumerada (art. 33, CN) está dispuesta tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su art. 14.7) como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en su art. 8.4), ambos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). La violación de estas garantías lleva así a los autores enrolados en esta línea de opinión a sostener la inconstitucionalidad del daño punitivo como multa civil.

Finalmente, se ha señalado que en nuestro sistema legal no existen las penas privadas; el autor del daño solo está obligado a la reparación del mismo, pero en modo alguno a sufrir una pena o castigo, ni siquiera si actuó con dolo (independientemente de la mayor extensión del resarcimiento).⁵

II.2. El daño punitivo como prevención y justicia y su pertenencia al Derecho Civil

Como también anticipamos, existe otra amplia gama de juristas que, más allá de la redacción del texto legal –de la que nos ocuparemos más adelante–, aplauden la incorporación del daño punitivo en el Derecho del Consumo sin advertir inconvenientes en su carácter de multa civil, es decir, en su emplazamiento en la esfera privada.

Desde ya, adelantamos que participamos plenamente de esta postura, y dedicaremos los próximos párrafos a responder a las razones expuestas por los participantes de la corriente detractora.

II.2.1. La división entre Derecho Civil y Derecho Penal

Primeramente, como señala con agudez MOISÁ, tanto delito como pena son conceptos empíricos, por lo que solo es posible fundar la distinción entre Derecho

4. Los tres ejemplos son explicados, aunque con otras palabras, en IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D'ANDRÉ, Ignacio M., art. cit, pp. 34-38.

5. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en LL 1994-B, pp. 867-868.

Penal y Civil en ciertas determinaciones dogmático-contingentes, de orden histórico-axiológico, variables a tenor de los distintos ordenamientos jurídico-positivos. Ello, desde luego, no importa igualar ramas distintas como lo son, en efecto, el Derecho Civil y el Criminal. Cuando la sanción es de prisión, su carácter penal no es controvertido. Pero cuando se trata de consecuencias pecuniarias, en la práctica suele haber dificultades para determinar la naturaleza civil o penal de ciertas multas, y eso se debe a la identidad ontológica de ambos tipos de norma.⁶

Por otra parte, es cierto que, como principio general y en la gran mayoría de los casos, es posible trazar una división entre Derecho Civil y Penal y entre sus funciones típicas: normar la reparación de perjuicios y punir hechos delictivos, respectivamente. Sin embargo, la separación no es absoluta: por ejemplo, puede haber regulación de daños en sede criminal si así lo demanda la víctima (conf. Código Penal, art. 29; conf. Código Procesal Penal de la Nación, arts. 87 y ss. donde se prevén las novedosas figuras del actor civil y el civilmente demandado), y también existen penas en la esfera privada (tema que abordaremos hacia el final del presente acápite).

II.2.2. El propósito de los daños punitivos

De todas maneras, el punto decisivo está en la verdadera finalidad de los daños punitivos. Consideramos que esta institución no apunta sino a dos objetivos esenciales: por un lado, favorecer la prevención de futuras lesiones; por otro, desmantelar los beneficios subsistentes de actos ilícitos lesivos ya perpetrados.

Consecuentemente, descartamos la idea de que el daño punitivo tenga como meta castigar al proveedor infractor. El hecho de que las sanciones penales tengan para la mayoría de los doctrinarios una finalidad preventiva (ya sea general o especial, positiva o negativa)⁷ no implica que, a la inversa, toda figura preventiva sea de naturaleza penal. Por lo demás, quitarle al incumplidor lo que percibió defraudando a toda una masa de consumidores no constituye ningún “*plus-castigo*”, sino la reposición de la situación (tanto la del damnificado como la del responsable) a su estado anterior al hecho ilegítimo. Ello se compadece con una inteligencia coherente del art. 1083 del Código Civil y con la más elemental noción de justicia, como luego profundizaremos.

6. MOISÁ, Benjamín, “Los llamados ‘daños punitivos’ en la reforma a la Ley 24.240”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año X, N° VIII, agosto de 2008, pp. 32-33.

7. El desarrollo de las teorías de la pena excede el marco de este ensayo. Al respecto, puede consultarse la clara explicación de RIGHI, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 25-45.

II.2.2.1. Prevención

La prevención es hoy un objetivo crucial del Derecho Civil. Han pasado ciento cuarenta años desde la entrada en vigor del Código de VÉLEZ SARSFIELD, y mucho ha cambiado desde entonces. Por ejemplo, ha cedido la noción liberal según la cual no hay responsabilidad civil sin culpa, frente a una noción más solidaria, centrada en el daño y en el perjudicado, acompañada de factores objetivos de atribución de responsabilidad. Pues bien, lo mismo debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, puesto que en la sociedad actual, en su avanzado estadio de globalización y desarrollo tecnológico, es imprescindible prevenir al máximo la causación de futuras lesiones. Y especialmente debe procurarse desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo.

En este orden de ideas, señalan PIZARRO y VALLESPINOS que “[l]a función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. [...] [u]n adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la Ley”.⁸

Con igual criterio se ha indicado que “[t]eniendo en vista ciertos daños particularmente graves [...], que son muchas veces irreversibles, ya no alcanza con tratar de repararlos *a posteriori*, sino que deben ponerse todos los medios para prevenir que ellos se produzcan. La idea de responsabilidad aparece como el telón de fondo de estos nuevos desafíos que le toca vivir a la sociedad moderna”.⁹

En el fallo dictado en la causa “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señaló que el daño punitivo se impone ante “una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente” y que su función principal es la disuasión de daños conforme con dichos niveles. La mención de este extremo nos parece significativo; sin embargo, no creemos que el castigo al dañador sea una finalidad propia de los daños punitivos (ni siquiera accesoria), tal como se afirma en el decisorio.

8. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2, p. 462.

9. NALLAR, Florencia y otros, “Nuevas tendencias de la responsabilidad civil: la prevención del daño. Efecto disuasorio de los daños punitivos y medidas autosatisfactivas”, publicación exclusiva en *Doctrina Judicial La Ley online*, [<http://www.laleyonline.com.ar/>] consultado el 02/02/2011.

Es en cambio acertada la cita de la Cámara 1^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, en los autos “Anglada, Noercí A. c. Bristol Medicine S.R.L.” según la que los daños punitivos consisten “en una reparación que se concede al damnificado no para indemnizarlo por el daño padecido sino para disuadir al demandado, y a otros, de que intente conductas similares en lo sucesivo”.

No obstante, en ambas sentencias se omite mencionar el otro gran propósito de la institución, que desarrollaremos a continuación.

II.2.2.2. Justicia

Hemos dicho que los daños punitivos tienen un segundo propósito genuino: dismantelar los efectos del acto ilícito cuando subsiste para el infractor un beneficio obtenido como consecuencia de su conducta dañosa. Se trata de una cuestión de crucial importancia y es, sin embargo, frecuentemente olvidada o minimizada.

En materia de consumo, este supuesto es muy sencillo de observar. Imaginemos el caso de un proveedor que ha calculado cuánto dinero ganaría al incumplir una o varias de sus obligaciones legales o contractuales frente a los consumidores. Por ejemplo, una empresa productora de alimentos que utilizó ingredientes o procedimientos de elaboración de menor calidad que los anunciados en el envase, o bien una compañía telefónica que facturó una suma de dinero por un cargo que no corresponde.

A continuación, el mismo proveedor estimó cuánto desembolsaría en virtud de condenas judiciales que obliguen a indemnizar al perjudicado. Sabía, *a priori*, que ni todos los consumidores afectados interpondrían una demanda, ni la totalidad de estos arribarían a una sentencia estimatoria y a ejecutarla exitosamente. En efecto, no todos los consumidores conocen sus derechos como tales y cómo hacerlos operativos, y otros tantos no tendrán interés en emprender pleito.¹⁰

Ahora bien, si la condena obligara a resarcir solo el daño individualmente sufrido por esa fracción de consumidores que accionó y venció en juicio, ¿no se volvería rentable, para el proveedor, la defraudación a los consumidores? Las empresas

10. Más allá de que estamos planteando un ejemplo genérico, este cálculo costo (condenas) - beneficio (ganancia por el incumplimiento) no es en absoluto ajeno a la realidad. Todo lo contrario: en el *leading case* norteamericano “Grimshaw vs. Ford Motors Co.” de 1981, un Ford Pinto se incendió por un grave defecto de fabricación y provocó quemaduras graves a una niña que viajaba en él. Se demostró que la fábrica conocía la falla, pero decidió no rescatar los vehículos en circulación por ser más económico indemnizar a las pocas víctimas que pudieran reclamar por los daños sufridos.

Otro tanto se observa en el célebre caso de la jurisprudencia inglesa, “Rookes vs. Barnard” de 1964: aun en un sistema que admite restrictivamente la condena por daños punitivos, se prevé expresamente su procedencia cuando el demandado ha calculado que obtendría un beneficio superior a la reparación pasible de ser atribuida al actor.

se motivan, en general, por el fin de lucro; ¿qué razones (más allá de las de índole moral) habría entonces para no dañar a miles de personas, sabiendo de antemano que ello generará un enriquecimiento?

Pues bien: el daño punitivo es la herramienta que permite combatir esta clase de proceder. La posibilidad de condenar no en función del perjuicio sufrido individualmente por el actor, sino de acuerdo al beneficio percibido por una conducta dañosa e ilegítima, es el factor que vuelve no rentable al acto lesivo.

La función preventiva de los daños punitivos se hace aquí patente: obligando al proveedor (como corresponde) a devolver todo su enriquecimiento ilícito, se desalientan futuras defraudaciones al consumidor.

Pero de esta función ya nos hemos ocupado. Ahora suponemos que el daño ya ha sido causado, es decir, la empresa ha obrado dañosamente y ha lucrado en consecuencia. ¿Debe el ordenamiento jurídico amparar este modo ilegítimo de enriquecerse?

La respuesta negativa se impone: nadie puede beneficiarse de su propio accionar ilícito. Ello encuentra asidero no solo en la más pura y elemental noción de justicia, sino también en una interpretación razonable del art. 1083 de nuestro Código Civil, según el cual “[e]l resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior [...]”. En efecto, con excelente criterio explica ZAVALA DE GONZÁLEZ: “[a]sí como el resarcimiento busca reponer a la víctima a la situación anterior al hecho lesivo, eliminando el perjuicio injusto (art. 1083, C. Civil), igualmente debe retrotraerse jurídicamente la situación fáctica del responsable, borrándose el beneficio injusto”.¹¹

II.2.2.3. Corolario

De todas las cuestiones desarrolladas en esta parte del ensayo, nos parece que la finalidad del daño punitivo es la que reviste mayor relevancia; en definitiva, es la que da cuenta de la verdadera naturaleza de la figura. De acuerdo a la exposición desarrollada, sostenemos que el propósito de la institución bajo estudio es doble: prevenir futuros daños e impartir justicia en relación a perjuicios ya causados. Y como vimos, el Derecho Civil, independientemente de su tradicional corte resarcitorio, no es extraño en absoluto –más bien al contrario, debe perseguir también– a estas funciones.

11. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, p. 578, citado en BRUN, Carlos A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados ‘daños punitivos’)”, en *Doctrina Judicial* 2004-3, p. 1228.

II.2.3. La argüida inconstitucionalidad de los daños punitivos

Habiendo establecido la naturaleza civil de los daños punitivos, es evidente que mal puede ser inconstitucional la inobservancia de garantías penales en una materia no criminal. En efecto, “[l]a Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los *punitive damages* no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del proceso penal”.¹²

II.2.4. Las penas en el Derecho Privado

Finalmente, daremos respuesta al argumento expuesto en la primera de las corrientes mentadas según el cual las penas privadas no tienen cabida en nuestro sistema de responsabilidad civil.

No controvertimos que, como regla general, la punición suele manifestarse en el ámbito criminal y no en el civil. Sin embargo, este principio no es absoluto. Por ejemplo, pactando de antemano intereses punitivos, el deudor puede obligarse a responder en caso de mora a una tasa generalmente superior a la compensación por el uso del capital ajeno. A su vez, aunque las astreintes que los jueces pueden imponer a quienes incumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial son definidas como condenaciones conminatorias, es posible observar en aquéllas un costado punitivo. Y en cualquier caso, se trata de sumas atribuidas al damnificado que son independientes del perjuicio sufrido.

Estos son casos de instituciones pacíficamente aplicadas en la órbita civil que combinan un aspecto ciertamente sancionatorio con otro u otros de diferente índole (disuasorio, compulsivo, estimulativo, etc.). Ello conduce a concluir que, aun si aceptáramos (aunque no lo hacemos) que los daños punitivos tienen como función primordial el castigo al infractor, ello *per se* no sería óbice para excluir su admisibilidad en el Derecho Privado.

II.3. El daño punitivo como institución indispensable en el Derecho del Consumo

A esta altura del desarrollo científico en la materia, es unánime el consenso en que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad frente al proveedor. La relación de consumo no vincula a sujetos en pie de igualdad con absoluta

12. PIZARRO, Ramón D., *Daño Moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 538 y ss., citado en MOISÁ, Benjamín, art. cit., pp. 33-34.

libertad de negociación y contratación –como en el clásico esquema del codificador–, sino a personas que se hallan en planos desiguales.

Por un lado, desde un punto de vista económico o material, el patrimonio del proveedor resulta por lo general mucho mayor que el del consumidor. En consecuencia, aquél suele contar con asesoramiento profesional en áreas contables, jurídicas y técnicas a las que el consumidor difícilmente tiene acceso, por carecer de los recursos necesarios para ello.¹³

Por otra parte, desde una perspectiva subjetiva, el consumidor no puede –sin sufrir un importante menoscabo– dejar de consumir bienes y servicios: debe alimentarse, vestirse, trasladarse, adquirir medicamentos; puede necesitar un teléfono, una computadora o de acceso a Internet para desarrollar su actividad laboral, etc. Los ejemplos son incontables. En cambio, a la mayoría de los proveedores, contar con un cliente más o un cliente menos no le afecta, virtualmente, en lo más mínimo.

Lo dicho hasta aquí se cristaliza, en la práctica, en el contrato por excelencia en la relación de consumo: el de adhesión. El proveedor dispone unilateralmente, previo asesoramiento profesional, las condiciones bajo las cuales contratará; el consumidor opta entre aceptarlas sin más, o, en muchos casos, quedarse fuera de la realidad.

Es por ello que, antes de abordar en detalle el tratamiento legal de los daños punitivos, nos parece apropiado finalizar esta parte del trabajo señalando un hecho fundamental: debido a las características propias de la relación de consumo, la vigencia de instituciones preventivas y aptas para dismantelar los efectos de las conductas dañosas es indispensable. Desde luego, en todo el ámbito civil aquéllos son propósitos deseables y necesarios; pero en el Derecho del Consumo, dado que los sujetos se hallan genéticamente en una situación muy desemejante y que las conductas lesivas de los proveedores pueden afectar a toda la sociedad o a una gran masa de personas, los daños punitivos resultan verdaderamente imprescindibles.

III. SEGUNDA PARTE: EL DAÑO PUNITIVO EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La incorporación de los daños punitivos al Derecho del Consumo como multa civil y el estudio de su introducción como tal –particularmente en atención a las finalidades de la figura– es uno de los dos grandes temas que analizamos. El otro es el precepto que los norma, y si este permite efectivamente que la institución cumpla sus relevantes metas.

13. RUSCONI, Dante D. (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 13.

Es así que ocuparemos la segunda parte de nuestro ensayo en examinar distintos aspectos del tratamiento legal del daño punitivo. Realizaremos el análisis crítico del artículo teniendo siempre como norte la prevención y el desbaratamiento del enriquecimiento ilícito que los daños punitivos deben perseguir.

III.1. Terminología

El art. 52 bis incorporado a la Ley 24.240 comienza con la denominación de la figura: “Daño Punitivo”. Ya este primer punto es criticado por la mayor parte de la doctrina especializada. El término surge de la traducción de los *punitive damages* del *Common Law*,¹⁴ pero en rigor lo que se “sanciona” no es el daño mismo sino actos ilícitos.¹⁵

Coincidimos con la crítica señalada, y agregamos a nuestra vez que llamarlos “daños punitivos” induce a pensar que su finalidad esencial en nuestro Derecho es castigar o sancionar. Como hemos señalado, no nos parece que ello sea así.

III.2. Presupuestos de viabilidad

El precepto normativo prevé la aplicación de la multa civil “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”.

Qué presupuesto debe verificarse para que proceda una condena por daños punitivos es un extremo de suma importancia. Los autores han señalado, en general, que la previsión legal es demasiado amplia, y que no cualquier incumplimiento debería motivar la multa civil del art. 52 bis.

Así, PIZARRO habla de “graves inconductas”;¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, de “un hecho particularmente grave y reprobable”;¹⁷ BRUN se refiere a un incumplimiento “con el propósito deliberado de obtener un rédito o beneficio” o a un hecho que

14. Aunque como enseña KEMELMAJER DE CARLUCCI, allí se conocen también con el nombre de *exemplary damages, non compensatory damages, penal damages, additional damages, aggravated damages, plenary damages, imaginary damages, presumptive damages*, y *smart money* (Sesión pública del 26 de agosto de 1993 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, citado en MOISÁ, Benjamín, art. cit., pp. 36-37).

15. Cfr. PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas. Segunda parte*, Buenos Aires, La Rocca, 1993, p. 292, nota 8, citado en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, art. cit., p. 862.

16. PIZARRO, Ramón D., art. cit., p. 302, citado en PICASSO, Sebastián, art. cit., p. 837.

17. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino?”, en *Anales, Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XXXVIII, N° 31, 1993, pp. 78-79, citado en NALLAR, Florencia y otros, art. y loc. cit.

“haya sido extremadamente injusto, evidenciando el autor una conducta totalmente disvaliosa y altamente desinteresada de la integridad y dignidad humanas”.^{18,19} En suma, se trata de un serio reproche subjetivo al autor, ya sea a título de dolo o de culpa grave.

Por otro lado, ZAVALA DE GONZÁLEZ sostiene que el presupuesto esencial de procedencia de la condena por daños punitivos es la obtención de beneficios económicos con motivo del hecho ilícito: “(...) Nos parece inexorable pues brinda la principal razón de ser a la institución: la indemnización punitiva tiende a eliminar o dismantelar aquellos frutos del árbol envenenado”.²⁰

Nosotros entendemos que existen dos supuestos que deben ser diferenciados. En primer lugar, desde la función preventiva del daño punitivo, nos parece sensato exigir del infractor un reproche grave, que en efecto puede ser tanto dolo como una negligencia grosera o temeraria. Ello es así por cuanto del daño punitivo se debe usar pero no abusar: su aplicación ante cualquier incumplimiento (por insignificante que sea) no solo sería injusto sino que también, desde un punto de vista económico, conduciría a que las empresas trasladen sistemáticamente el riesgo a los precios ofrecidos al consumidor. El daño punitivo debe entonces cumplir su propósito disuasorio aplicándose en casos de malicia del proveedor o de culpa marcadamente indiferente o desinteresada respecto de derechos de los consumidores.

Ahora bien, existe una segunda situación, y para analizarla nos centramos en el enriquecimiento incausado del proveedor con fundamento en una defraudación a los consumidores. En este supuesto, probado el beneficio ilícitamente obtenido, que fue percibido a costa del consumidor, y la relación de causalidad adecuada entre ambos extremos, debe proceder el daño punitivo en la medida del enriquecimiento indebido. este es un factor objetivo que funda *per se* la restitución de dicha ganancia, ya que el ordenamiento jurídico no puede amparar el lucro obtenido de forma antijurídica. Y ello con total abstracción de que exista conducta reprochable –dolo o culpa– del proveedor.

18. BRUN, Carlos A., “Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, año XXIV, N° 23, 4 de junio de 2008, p. 371.

19. La conculcación del derecho del consumidor a un trato digno como presupuesto de aplicación de daños punitivos puede observarse en la escasa jurisprudencia existente sobre la materia. Ver el fallo “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina” dictado por la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II; y “Ríos, Juan Carlos c. Lemano S.R.L. Altas Cumbres” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca.

20. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *op. cit.*, t. 4, p. 581, citado en BRUN, Carlos A., “¿Hacia un derecho de daños...”, *cit.*, p. 1.233.

III.3. Procedencia a pedido de parte

Es clara la norma en cuanto a que el juez podrá condenar por daños punitivos “a instancia del damnificado”. Se deduce que, entonces, se encuentra impedido de hacerlo *ex officio*.

En este punto, coincidimos al pie de la letra con la precisa explicación de SÁNCHEZ COSTA: la solución “es coherente con la idea de que el monto de los daños punitivos sea destinado al patrimonio del consumidor. Como son fijados en su interés, pues que los solicite. Esto permite además que el demandado pueda ejercer plenamente su derecho de defensa”. Pero “pese a esa coherencia del sistema, a los efectos del instituto de los daños punitivos dicha solución es incorrecta, puesto que si el obrar del demandado fue malicioso y desinteresado respecto de la comunidad, es el Estado (esa comunidad jurídicamente organizada) el que debe reclamar y aplicar el castigo al autor del daño. De lo contrario, pareciera que al Estado no le importara que ciertas conductas maliciosas causaran graves daños a la comunidad y entonces los que deben preocuparse por su castigo son los particulares. Claro está que aun en el supuesto de que en alguna futura reforma se permitiera aplicar la sanción de oficio se debe garantizar al demandado ofrecer prueba y ejercer lo más ampliamente posible su derecho de defensa”.²¹

La procedencia a petición de parte es coherente con el destino de la multa a favor del consumidor. Pero lo apropiado sería que, toda vez que determinadas inconductas del proveedor afectan o pueden afectar a la comunidad en su conjunto, la Ley habilitara al juez para regular daños punitivos de oficio (se halla en juego el interés público). Aun así, por la fracción de la multa que –por la razón que enseguida abordaremos– se debe destinar al patrimonio del actor, la condena solo procedería a su pedido.

En ambos casos se mantiene la coherencia interna del sistema: como el porcentaje asignado al consumidor constituye un interés particular de este, es necesario que lo haya solicitado en la demanda. El tramo de la condena destinado al Estado o a un fondo público representa, en cambio, un interés público, de modo que corresponde su regulación de oficio por el juzgador.

III.4. Destino del daño punitivo a favor del consumidor

Continúa preceptuando el art. 52 bis que “el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor”. Desde luego, por “podrá” no debe entenderse que el juez haya de decidir arbitrariamente condenar o no por daños punitivos. La interpretación

21. SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., “Los daños punitivos y su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor”, en LL 2009-D, p. 1124.

lógica del término es que el sentenciante tiene un margen de apreciación, en cada caso particular, de si corresponde o no aplicar la multa civil, de acuerdo a los hechos, a las pruebas y a las reglas de la sana crítica. Por lo demás, es evidente que el decisorio debe estar fundado en derecho bajo pena de nulidad (arts. 36, inc. 4; 163, inc. 5 y conec., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Muy discutido es, por el contrario, si es correcto que el monto resultante de la condena por daños punitivos sea destinado al patrimonio del consumidor-demandante.

Quienes defienden la solución legal, como ÁLVAREZ LARRONDO²² o COLOMBRES,²³ sostienen que esta es necesaria para que los incumplimientos del proveedor sean efectivamente denunciados por los consumidores. Aunque en la causación masiva de pequeños daños la empresa pueda ganar una cifra millonaria, es muy probable que el consumidor no tenga interés en demandar por una lesión menor. La solución sería la perspectiva de embolsar el monto de una elevada condena por daños punitivos.

En la postura opuesta, se señala que la víctima no debe enriquecerse a expensas del responsable, ni el acto ilícito debe ser una fuente de lucro para la víctima.²⁴ Es claro que al recibir lo regulado por daño punitivo, el consumidor está obteniendo una riqueza *extra* y su patrimonio es ahora mayor que al momento de producida la lesión (el menoscabo quedaría compensado con la indemnización resarcitoria).

Nuestro parecer es que, en este punto, en ambas posiciones hay parte de razón. Es tan cierto que sin un *plus* muchas veces no hay incentivo para demandar, como que el enriquecimiento del consumidor es incausado.

¿Cómo resolver entonces la cuestión? Pues bien, entendemos que la mejor solución sería adoptar un criterio mixto. Es decir, destinar una parte de la multa civil a favor del consumidor, y otra al Estado o a un fin público²⁵ (por ejemplo, como ha propuesto ALTERINI, al fondo especial para la Educación al Consumidor previsto en el art. 47 de la Ley 24.240).²⁶

22. *Cfr.* ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La consistencia de los daños punitivos”, en LL 2009-B, pp. 1165-1167.

23. *Cfr.* COLOMBRES, Fernando M., “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, en LL 2008-E, p. 1165.

24. TRIGO REPRESAS, Félix. A., “La prevención y el daño punitivo”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo L. (dirs.), *Revista de Derecho de Daños. Prevención del Daño*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, Vol. 2008-2, p. 44.

25. Correspondería al legislador decidir cómo determinar cada fracción. Para que no se destine al consumidor una parte excesiva, nos parecería lógico establecer un tope máximo y/o porcentajes regresivos, es decir, menores cuanto mayor sea la condena en daños punitivos.

26. ALTERINI, Atilio A., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después”, en *Diario La Ley* del 9 de abril de 2008. El autor sugiere el destino exclusivo de la condena al mentado fondo; el criterio mixto es nuestro.

Esta solución tiene tres virtudes. Por un lado, permite mantener el incentivo a demandar por parte del consumidor, aun cuando la infracción consista en una lesión pequeña considerada individualmente. Por otra parte, hace que ante la comisión de un acto ilícito antisocial, que afecta a la comunidad en su conjunto y por ende vulnera un interés público, el destino de la condena sea también público (como es lógico).

Pero en tercer lugar, y esto es crucial, permite que los jueces dicten condenas millonarias cuando el enriquecimiento ilícito de la empresa infractora haya sido también millonario. No decimos “permite” porque actualmente los magistrados no puedan hacerlo; nos referimos a que, de hecho, no lo hacen porque destinar cinco millones de pesos a un consumidor que fue defraudado por una suma pequeña es un grosero enriquecimiento incausado, tanto como el del proveedor. Y mientras sea chocante ordenar la restitución del beneficio ilícito aun cuando este sea elevadísimo, el daño punitivo no puede cumplir la función preventiva ni desmanteladora del lucro ilegítimo que está llamado a cumplir.

Se nos dirá que cualquier fracción de la multa que reciba el consumidor, por mínima que sea, será un enriquecimiento sin causa. Y es cierto. Pero es una injusticia mucho menor que una parte del beneficio ilegítimo vaya a parar a algunos de los defraudados (los cuales, además, se encontraban en una posición de inferioridad en la relación jurídica), que la otra iniquidad, en la cual la empresa, en ocasiones merced a un cálculo malicioso, retiene la totalidad de esa ganancia fraudulentamente obtenida.

III.5. Graduación del daño punitivo

De acuerdo al artículo que venimos analizando, la multa civil “se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

Es correcto que la norma otorgue al juez un margen razonable para evaluar, en cada situación en particular, la cuantía por la que corresponde condenar en daños punitivos. Sin embargo, la norma es demasiado vaga e imprecisa, y salvo que se logren probar todos los extremos del enriquecimiento indebido (en cuyo caso la responsabilidad ha de imputarse de forma objetiva), la gravedad de la conducta del infractor debe considerarse como presupuesto mismo de aplicación la multa civil.

Por otra parte, es lógica la independencia de esta última de la indemnización que corresponda, ya que el daño resarcitorio y el punitivo persiguen finalidades distintas.²⁷

27. En rigor, el texto no debería decir “otras indemnizaciones”, ya que el daño punitivo no tiene un propósito resarcitorio.

III.6. Solidaridad ante el consumidor

La redacción del art. 52 bis continúa: “Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan”.

Coincidimos con la mayoría de la doctrina²⁸ en que si se requiere del incumplidor de una norma legal o convencional, una conducta dolosa o gravemente culposa (dejamos a salvo: excepto que se pruebe un enriquecimiento incausado), sería injusto que cualquiera de los proveedores se viera obligado a responder íntegramente frente al consumidor. Por el contrario, este debería demostrar quiénes infringieron la Ley o el contrato, y accionar contra estos proveedores (los que serían, ahora sí, solidariamente responsables).

En relación a las acciones de regreso, estas no procederían entre los responsables que hubieran actuado con dolo (conf. art. 1082, Código Civil). Tratándose de delitos civiles, “La justicia no puede estar al servicio de los delincuentes, para facilitarles que ellos arreglen cuentas con sus cómplices. Si uno solo paga lo que todos debían, peor para él. Quizás ello le sirva de lección”.²⁹

III.7. El tope de la condena por daños punitivos

Finalmente, culmina el art. 52 bis disponiendo que “La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta Ley”. De la lectura de este último surge que el tope de la condena es de cinco millones de pesos.

No solo nos parece arbitrario este límite, sino que nos oponemos a la existencia misma de un techo para los daños punitivos. No hay razón para que, si en el caso se determina que el enriquecimiento indebido a costa del consumidor ha sido de tal magnitud que su desbaratamiento implica una condena por daño punitivo superior a cinco millones de pesos, el juez se vea impedido de hacerlo por un inexplicable límite legal.

Del mismo modo, también se ve obstaculizada la prevención de daños futuros, cuando el proveedor pueda calcular que, por ser limitada la cuantía máxima de la multa civil del art. 52 bis, la ganancia que obtendrá con el incumplimiento ante los consumidores será mayor.

28. Por ejemplo, entre los autores citados, BRUN, Carlos A., “Los llamados daños punitivos...” cit, p. 371; COLOMBRES, Fernando M., art. cit., pp. 1166-1167; SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., art. cit., p. 1126, etc.

29. BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3A, p. 239.

IV. CONCLUSIONES

A ciento cuarenta años de la entrada en vigor del Código redactado por VÉLEZ SANSFIELD, el Derecho Civil ha cambiado. No es otro, en el sentido de que no ha sido descartado y reemplazado por uno nuevo, pero sí ha mutado considerablemente. El ejemplo más importante, desafío en buena medida cumplido, es el alejamiento de una noción absolutamente liberal de la responsabilidad civil, basada casi exclusivamente en el reproche subjetivo, hacia la admisión y proliferación de factores de objetivos atribución que ponen el foco en el damnificado y en la lesión que ha sufrido.

De la misma manera, creemos que también es un desafío –este, aún por lograr– abandonar la noción exclusivamente individualista y resarcitoria del Derecho Civil. Hoy vivimos en una sociedad globalizada y tecnificada que, más que nunca, nos llama a utilizar el Derecho como un medio para alcanzar el bienestar de la sociedad. Es por eso que debemos pretender del Derecho Civil no solo la reparación, sino también otras funciones igualmente importantes, como la prevención y la realización de la justicia y de la equidad.

La incorporación del daño punitivo es un gran paso en esta dirección. Y más aún en el ámbito del consumo, que es una de las mayores expresiones de las referidas globalización y tecnificación. Nadie puede dejar de consumir; no puede ignorarse la inferior posición en que se halla casi inexorablemente el consumidor respecto del proveedor; y es evidente que determinadas inconductas pueden afectar a la comunidad toda. En el Derecho de los Consumidores debe celebrarse, incluso con más vigor que en otras ramas, la admisión de una institución jurídica como el daño punitivo, que permite prevenir futuras lesiones a las personas y hacer desaparecer el enriquecimiento obtenido ilícitamente –y a costa de los consumidores– por parte de las empresas.

Pero no es suficiente con la recepción de los daños punitivos en nuestro Derecho Civil: otra cuestión crucial es la Ley que los regula y la interpretación que se hace de ella. Y en nuestro caso, aunque la intención de la norma es noble, lo cierto es que regla el daño punitivo de manera muy ineficaz. Solo con una nueva redacción legal, y hasta que ello ocurra, con una lectura de la norma coherente, siempre orientada por las finalidades de disuasión y desmantelamiento del lucro ilegítimo, el daño punitivo funcionará eficientemente para cumplir dichos objetivos.

V. ADDENDUM A PROPÓSITO DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN³⁰

El mismo anteproyecto de Ley que propone la aprobación –como Anexo I– del Código Civil y Comercial de la Nación referido en la nota al título de este trabajo, también prevé –en su Anexo II– la sustitución de determinados artículos de leyes específicas.³¹ En el tema que nos ocupa, este último Anexo reformula el art. 52 bis de la Ley 24.240 modificada por la Ley 26.361 de la siguiente manera:

“Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañado, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.”

El precepto normativo proyectado merece, desde luego, un análisis *in extenso* que por razones de espacio nos resulta imposible desarrollar aquí. De todas formas, consideramos valioso realizar una breve reseña de sus disposiciones; confiamos en que nuestras breves valoraciones encontrarán asidero suficiente en los fundamentos, las explicaciones y las perspectivas desarrolladas a lo largo del presente ensayo.

En primer lugar, forzoso es comenzar señalando la que entendemos como virtud fundamental de la nueva redacción: la resignificación de los daños punitivos en punto a su finalidad. Si bien subsistirían resabios de la noción de castigo,³² no cabe

30. Agregado el 24 de julio de 2012.

31. Cabe recalcar que el art. 45 de la “legislación complementaria” al Anteproyecto elevado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión de Reformas preveía la derogación del art. 52 bis de la Ley 24.240 incorporado por la Ley 26.361. La reformulación del precepto –en lugar de su eliminación– constituye uno de los cambios introducidos por el Ejecutivo, y desde luego nos parece plausible más allá de las imperfecciones de la nueva redacción.

32. Tal es el caso de los vocablos “sanción” y “punición”, así como la consideración del patrimonio del dañado en punto a la valuación de la condena. A diferencia del beneficio obtenido, que se vincula con el perjuicio causado y el lucro percibido en el supuesto dado –y cuya atención hace a las finalidades propias del daño punitivo–, la condenación en función del patrimonio del infractor tiene un tinte claramente

duda –dados el título mismo del artículo y su primera oración– de que el foco de la institución recae, como corresponde, en sus fines preventivos. También aplaudimos la recepción, aun entre los factores de cuantificación y con menor intensidad, del otro extremo de vital importancia, cual es el desmantelamiento de los beneficios ilícitamente obtenidos. Y constituyen también aciertos de la norma proyectada la no fijación de un tope pecuniario y la previsión, al momento de la determinación del monto, de la repercusión social y los efectos disuasivos de la medida –por cuanto hacen a su función preventiva– y de la existencia de condenas anteriores –cuya no consideración podría configurar, dada la posibilidad de múltiples condenaciones millonarias por el mismo hecho, un perjuicio grave e irrazonable en el patrimonio del infractor–.

Empero, como adelantamos anteriormente, la nueva redacción del art. 52 bis presentaría también imperfecciones, que a nuestro entender se vinculan principalmente con la excesiva latitud con que se enuncian ciertos parámetros y con el margen demasiado amplio para la discrecionalidad judicial. Lo primero puede verse en fórmulas como “grave menosprecio [hacia los derechos de los consumidores]” –nada menos que como requisito de procedencia–, “prudencialmente”, “circunstancias del caso”, “gravedad de la conducta” y “excesiva”, sin que se brinden en ningún caso mayores precisiones. Lo segundo surge también del punto anterior (a mayor vaguedad de la norma, mayor arbitrio judicial), pero encuentra su pináculo en el hecho de que el destino de la multa sea decidido por el sentenciante en cada caso concreto. Por más disímiles que puedan resultar los casos que se susciten y sin importar cuántos o cuán buenos fundamentos puedan contener las resoluciones judiciales, lo cierto es que un extremo tan relevante como el destino de la multa debe ser necesariamente regulado por el legislador y nunca librado a la discrecionalidad de los magistrados. Esta disposición de la Ley constituye, a nuestro juicio, un desatino muy grave que generaría una inseguridad jurídica inaceptable, especialmente para los consumidores.³³

En fin, sin pretender en absoluto haber agotado el estudio del precepto reformulado, podemos decir que la nueva redacción presenta una virtud esencial –redefinir la figura a través de su finalidad– y un desacierto igualmente crucial –someter

sancionatorio que debe deslindarse de la figura bajo examen. En todo caso, la desigualdad patrimonial entre las partes de la relación de consumo (así como la de carácter técnico, jurídico, fáctico, etc.) justifica la existencia de instituciones como los daños punitivos en el Derecho del Consumo, mas no por ello debe influir en su cuantificación.

33. Inseguridad que, por otra parte, podría desalentar las demandas ante pequeños daños –muchas veces causados masivamente–, ante la incertidumbre de obtener el actor, para sí, una suma que eventualmente justifique el esfuerzo de emprender la litis. A su vez, tampoco es coherente que el consumidor exija daños punitivos que no le serán asignados, ni que aquéllos solo procedan a instancia de parte cuando el Estado podría ser destinatario del monto de la condena; remitimos aquí a los puntos III.3 y III.4 del trabajo.

el destino de la condenación a la decisión de los jueces—. Por lo demás, se observa la introducción de mejoras y la subsistencia de defectos, que respectivamente celebramos y deseamos sean enmendados en oportunidad de su tratamiento legislativo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio A., “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, en *Diario La Ley* del 9 de abril de 2008.
- *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año X, N° VIII, agosto de 2008.
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La consistencia de los daños punitivos”, en *LL* 2009-B, pp. 1165-1167.
- BRUN, Carlos A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados ‘daños punitivos’)”, en *Doctrina Judicial* 2004-3.
- “Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, año XXIV, N° 23, 4 de junio de 2008.
- BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en *LL* 1994-B.
- COLOMBRES, Fernando M., “Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, en *LL* 2008-E.
- DIEZ PICASO, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D’ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, N° 5, mayo de 2009.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino?”, en *Anales, Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XXXVIII, N° 31, 1993.
- MOISÁ, Benjamín, “Los llamados ‘daños punitivos’ en la reforma a la Ley 24.240”, en NALLAR, Florencia y otros, “Nuevas tendencias de la responsabilidad civil: la prevención del daño. Efecto disuasorio de los daños punitivos y medidas

- autosatisfactivas”, publicación exclusiva en *Doctrina Judicial La Ley online*, <<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document?rs=&vr=&src=search&docguid=i410ED3BE9B30438E9A3E4F11EC1FF9E7>> consultado el 02/02/2011.
- PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, en ANAYA, Jaime L. y ALEGRÍA, Héctor, *Derecho Comercial. Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- *Daño Moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- “Daños punitivos”, en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas. Segunda parte*, Buenos Aires, La Rocca, 1993.
- RUSCONI, Dante D. (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., “Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor”, en *LL* 2009-D.
- TRIGO REPRESAS, Félix. A., “La prevención y el daño punitivo”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo L. (dirs.), *Revista de Derecho de Daños. Prevención del Daño*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, Vol. 2008-2.
- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.