

Tema:

“Una mirada actual a los daños punitivos en la Ley de Defensa al Consumidor”

Subtemas:

- 1.- Introducción.**
- 2.- La naturaleza de los daños punitivos.**
- 3.- La inclusión de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor.**
- 4.- Críticas de la doctrina al art. 52 bis de la Ley 24.240.**
- 5.- La aplicación en casos judiciales.**
- 6.- La “Sanción Pecuniaria Disuasiva” en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Unificación con el Comercial. Algunas falencias.**
- 7.- Conclusión y recomendaciones.**

Autoras:

María Laura Estigarribia Bieber

Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional del Nordeste

Don Bosco N° 265 (H3500AHE) – Resistencia, Chaco, Argentina.

Te. +54-362-4422155, int. 141. E-mail: mlestigarribia@eco.unne.edu.ar

Sandra Natalia Umansky

Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional del Nordeste – CONICET

Pje. Uspallata N° 74 (H3500COI) – Resistencia – Chaco

Te: +54-362-4426678, int. 135. E-mail sandraumansky@yahoo.com.ar

RESUMEN:

En el presente trabajo analizamos la figura de los daños punitivos en el marco de las funciones atribuidas a la responsabilidad civil en el derecho argentino. En tal sentido, se parte de la base que nuestro modelo continental - romanista incluye una responsabilidad principalmente compensatoria y, excepcionalmente, preventiva y punitiva.

El instituto de los daños punitivos reviste una naturaleza evidentemente sancionatoria e impacta en el microsistema de defensa del consumidor con una norma severamente criticada por la doctrina por su deficiente técnica legislativa y por las consecuencias que trae aparejadas en cuanto a la sustancia del Derecho.

Describimos asimismo la evolución que ha tenido el instituto *sub examine* en la jurisprudencia nacional y el tratamiento que ha tenido en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Unificación con el Comercial presentado para su tratamiento legislativo en el año 2012, para concluir ante la inminente reforma en lo atinente a las funciones de la responsabilidad civil y la modificación planteada al art. 52 bis de la LDC, recomendamos:

- 1.- La inclusión de los factores de imputación subjetivos dolo o culpa grave en la violación de los derechos del consumidor.
- 2.- Establecer que la sanción tendrá el destino que le asigne el juez por resolución fundada pudiendo optar por consagrarla al consumidor, al fondo establecido en el art. 47 de la LDC, o a ambos en las proporciones que éste resuelva atendiendo a las circunstancias del caso.
- 3.- Eliminar las dos últimas oraciones del artículo 52 bis de la LDC en el Proyecto en lo relativo a la acumulación de sanciones pecuniarias y la posibilidad judicial de dejarlas sin efecto, en virtud de resultar contradictorias con lo dispuesto por el art. 930 del Código proyectado.

1.- Introducción.

La función de la responsabilidad civil en el Derecho común argentino es eminentemente compensatoria -tiende a borrar las consecuencias del hecho dañoso- y, accesorio y secundariamente, es preventiva y punitiva, sin exceder el límite del daño efectivamente sufrido.

Es decir que, como parámetro general, los jueces -al determinar las indemnizaciones- no pueden extenderse más allá del perjuicio material o moral sufrido y ello es así porque lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa para el damnificado, en detrimento del responsable. Como excepción a dicha regla surgen las funciones preventiva y punitiva.

En virtud de la primera, resulta importante distinguir aquella atribución de responsabilidad que se realiza, con carácter preventivo, antes del hecho, con el fin de evitar que se produzcan daños, de aquella prevención *ex post facto*; en este caso “se supone que hay una condena a pagar y que ésta ha de producir un efecto disuasorio o, en todo caso, que ha de ser un incentivo importante a efectos de que el daño no se vuelva a producir, para lo cual se han de adoptar las precauciones correspondientes... se cree que una sentencia que impone la obligación de indemnizar actúa sobre la sociedad para desincentivar de causar daños a sus integrantes y también percute sobre el sujeto que está obligado a soportar la condena” (BUERES, A. J. y PICASSO, S. 2011), tal como ocurre en el Derecho Penal con la prevención general -para la sociedad- y especial -para el responsable-. Sin embargo, la evolución del derecho de daños se inclina, cada vez más, a implementar la función preventiva. Como explica VÁZQUEZ FERREYRA (2011), “[h]oy la responsabilidad civil ha sido ampliada por el Derecho de Daños, y en esa ampliación juega un rol fundamental la prevención de daños. Es decir que el Derecho ya no se conforma con la reparación de los daños injustamente causados, sino que va más allá, y donde le es factible, busca la propia evitación del perjuicio”.

En tal sentido, la función punitiva de la responsabilidad civil radica en castigar conductas de cierta gravedad para evitar su reiteración en el futuro, fijándose su monto con fundamento en la gravedad de la intención y no en el daño efectivamente causado, con miras a un efecto disuasorio, tendiente a la evitación de su reiteración.

En el Código Civil vigente, la función de dicho sistema es, reiteramos, meramente compensatoria, pues nunca se graduará más allá del daño sufrido por la víctima, si bien podemos decir que sancionar al culpable es un fin deseado por el Derecho de la Responsa-

bilidad Civil en algunas disposiciones legales¹ o contractuales expresas², que incorporan la finalidad preventiva.

En este sentido, la inclusión del instituto de los daños punitivos en el ámbito de la defensa del consumidor³ rompe con el paradigma descrito anteriormente, al incorporar una finalidad de doble carácter –preventiva y sancionatoria-, dejando de lado la limitación de la condena al monto del daño efectivamente sufrido.

En este momento es conveniente definir los daños punitivos⁴ como “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (PIZARRO, R., 1996).

Esta es la figura que motiva el presente análisis y preocupa a la doctrina nacional y extranjera porque rompe con el modelo romanista de responsabilidad civil preeminente-mente compensatoria. Su incorporación en la normativa consumerista encuentra su justificación en la eventual proyección colectiva de los daños que se producen en dicho ámbito.

2.- La naturaleza de los daños punitivos.

Los daños punitivos no están destinados a reparar, sino que se adicionan a las indemnizaciones compensatorias, con la finalidad principal de castigar al dañador⁵.

Tanto la mayoría de la doctrina, como el Proyecto de Unificación de 1998, las trata como *multas civiles* que se imponen al autor de una conducta dañosa - independientemente de las condenas indemnizatorias y de los acuerdos previos entre las partes- tendientes a reponer el estado de cosas al más cercano posible al existente con anterioridad al perjuicio; que se aplican con la finalidad de punición al autor de dicho daño, con carácter ejemplificador, del cual se pretende que resultará una prevención

¹ Caso de los daños punitivos incorporados a la Ley de Defensa del Consumidor por la ley 26.361 o de las astreintes.

² Tales como la cláusula penal o los intereses punitivos.

³ Nótese que la figura de los daños punitivos introducida por la ley 26.361 resulta aplicable únicamente al ámbito del Derecho del Consumo. Sin embargo, la sanción pecuniaria disuasiva planteada en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Unificación con el Comercial la regula tanto para el terreno antes descrito, como para cualquier afectación de los derechos de incidencia colectiva.

⁴ La doctrina critica la denominación “daños punitivos” atento a que la misma responde a una traducción literal, pero imprecisa, del precedente en el idioma inglés *punitive damages* donde la palabra *damage* tiene dos significados relacionados, pero distintos; por un lado, define al perjuicio sufrido por el damnificado como consecuencia de la acción de quien resulte responsable y, por el otro, a la indemnización debida a la víctima por el autor de la conducta ilícita. Conscientes de estas críticas, utilizaremos el término empleado por la ley para referirnos a la figura sub *examine*.

⁵ Algunos autores como VERGARA, L. (2011) piensan que la principal finalidad de los daños punitivos es preventiva y no sancionatoria, afirmación con la cual no estamos de acuerdo.

general y especial de la ocurrencia de futuros menoscabos en los derechos de terceros, por hechos similares.

Coincidiendo con la postura expuesta, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, destacó su naturaleza diciendo que “[e]ste instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un hecho que resulta “intolerable” y su finalidad es punir las graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios y sirven para prevenir que ocurran hechos similares” (CNCiv, Sala F, "Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios", 18/11/2009).

Profundizando el análisis, la doctrina sostiene que con los daños punitivos se persigue “una *tríada* de funciones: a) punir graves inconductas; b) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa, y c) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que se impusiera punición”. (PREVOT, J. M., 2011)

Cabe destacar que en su origen anglosajón, la figura de los daños punitivos ha traído acarreados innumerables problemas por la adecuación del sistema de responsabilidad civil. En tal sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2011), resumiendo los fundamentos esgrimidos por Salvador Cordech y Castiñeira Palou, recalcó las críticas a tal sistema de la siguiente manera:

“los *punitive damages*, en tanto en cuanto son sancionatorios y no compensatorios, alteran la simetría de la ley; comparten la naturaleza de las multas penales pero no se imponen en un proceso que ofrezca las garantías constitucionalmente exigidas para la imposición de sanciones;... si la responsabilidad civil dolosa o gravemente negligente puede ser objeto de un seguro, el infractor puede evitar las consecuencias de la imposición de indemnizaciones sancionatorias... en los casos de daños causados a una pluralidad de personas, los primeros en pleitear podrían quedarse con una parte desproporcionada de los recursos del demandado, o con todos; la impredecibilidad de los *punitive damages* y la posibilidad de que se concedan en cuantías muy elevadas sobreincentivan a los actores potenciales; la mencionada impredecibilidad puede ser un obstáculo a su eficiencia (si se fijan en una cuantía excesivamente elevada, su efecto preventivo es exagerado, pero si son demasiado reducidos, sucede lo inverso); dada la inseguridad y los elevados costes derivados de la defensa en un pleito en el que se ventila una cuestión de indemnizaciones sancionatorias, los precios de los bienes y servicios se incrementan en demasía, la planificación del mercado se ve perturbada y las empresas del país se ven comparativamente perjudicadas en relación con las que trabajan en culturas que desconocen las indemnizaciones punitivas”.

En consecuencia, los daños punitivos resultan ajenos a nuestro sistema de responsabilidad civil y a la cultura jurídica tanto de los sistemas continentales, cuanto de los del *common law* -en los que también se están volviendo de aplicación restrictiva y tienden a desaparecer-; empero en nuestro Derecho nacional, contrariamente, están cobrando fuerza relativa con la inclusión legal expresa y el acogimiento *híbrido* por parte de la jurisprudencia con un alcance de matices diferentes.

3.- La inclusión de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor.

La figura de los daños punitivos fue incluida por primera vez en la legislación argentina en la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor -en adelante LDC-, a través de la reforma introducida por la ley 26.361 cuando incorporó el art. 52 bis, en los siguientes términos:

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

La incorporación legislativa, no responde a una necesidad empírica ni a la cultura del Derecho nacional, ni tampoco, a la evolución que han tenido los daños punitivos en los sistemas jurídicos de origen, lo que ha acarreado un sinnúmero de críticas y una pronta proyección en la reforma legislativa impulsada por el Dto. 191/2011 aunque la misma, adelantamos, tampoco se hizo eco de los impactos de la normativa *sub examine*.

4.- Críticas de la doctrina al art. 52 bis de la Ley 24.240.

Con deficiente técnica legislativa, la norma convierte un supuesto de aplicación excepcional, tradicionalmente empleado en sus raíces⁶ para castigar conductas especialmente dolosas, o al menos con un factor de atribución de culpa grave o lucrativa, cuyo autor demuestre una grave indiferencia por los derechos de terceros, beneficiándose económicamente, o teniendo en miras hacerlo, o cometiendo abusos de su posición dominante en el mercado; en una pena que podría reclamar cualquier damnificado ante el sólo hecho de que el proveedor incurra en incumplimiento, sin ningún otro límite fuera del correspondiente a la definición de su monto. Vale decir que, tal como está previsto, se

⁶ La figura de los daños punitivos se origina en Gran Bretaña, pero su aplicación se ha extendido mayoritariamente en los Estados Unidos, países estos que adoptan sistemas jurídicos del denominado *Common Law*.

trata de un mero agravamiento de la sanción pecuniaria por el incumplimiento, con el agravante que será aplicado “a favor del consumidor” reclamante, con las iniquidades que esto puede acarrear, siendo que están absolutamente librados al arbitrio del juez tanto su aplicación como el monto de la condena.

La norma que comentamos toma a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso como factores de cuantificación de esta multa, pero no como supuestos de procedencia, aclarando que ésta será independiente de otras indemnizaciones que le correspondan al consumidor, tales como la reparación del daño emergente, el lucro cesante o el daño moral efectivamente sufridos.

Como adelantáramos, otra cuestión muy discutida es la relativa al destino de la multa, que fuera determinado a favor del consumidor; ya que, al ser ésta accesoria a las indemnizaciones por los daños efectivamente sufridos por la víctima, la condena a pagar por daños punitivos podría derivar en un enriquecimiento sin causa del consumidor.

“En efecto, toda vez que el damnificado, después de ser indemnizado, se encuentre en una situación en la que obtenga mayores ventajas, menores costos o asuma un riesgo inferior del que tenía antes del hecho dañoso, conseguirá un lucro y no una mera indemnización y habrá una pena privada a cargo del responsable”. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., 1993).

La norma bajo análisis establece, luego, la responsabilidad solidaria de los proveedores responsables del incumplimiento. El problema con la solidaridad está relacionado a la mencionada falencia legislativa en cuanto al presupuesto de procedencia de los daños punitivos; ya que si se hubiese supeditado a la existencia de dolo o culpa grave por parte del proveedor, podría concluirse que la solidaridad recaería sólo sobre aquellos proveedores que se comportaron en orden a tales factores de atribución de la responsabilidad y no en aquellos completamente inocentes⁷ que, sin embargo, también deberán responder en función de un factor objetivo de atribución, lo que les impedirá probar como eximente la falta de dolo o culpa de su parte, limitándose tal posibilidad a la acreditación de la ruptura del nexo causal, salvo en la acción de regreso.

Por último, la norma impone un tope máximo a esta sanción pecuniaria, tal la prevista en el art. 47, inc. b) de la LDC; esto es, cinco millones de pesos. Este tema también resulta cuestionable, ya que este tope puede ser a veces, excesivo -tal el caso de una Pyme que terminaría en quiebra a causa de la sanción punitiva impuesta, lo que no resulta la

⁷ Máxime con el amplísimo alcance que el art. 2° de la LDC le confiere a la figura del proveedor, cuestión que se amplía aún más en el Proyecto de Reforma al Código Civil y unificación con el Comercial.

finalidad de la disposición legal- y otras veces, no resultar suficiente para cumplir con sus funciones punitiva y preventiva -como los casos de empresas con posición dominante en el mercado o supuestos de daños masivos -donde, en los hechos, recibirá una indemnización mayor, quien primero reclame-.

Ahora bien, como ya lo hemos comentado, la figura de los daños punitivos tiene sus orígenes en el *Common Law* y ha tenido poca o nula recepción en los países que siguen la tradición continental – romanista⁸ e impacta en el sistema jurídico argentino en una legislación específica y tuitiva como la LDC .

Cabe destacar que, en el mundo actual, se presentan nuevos problemas sociales que requieren de soluciones legales distintas a las del Derecho clásico; cuestiones tales como las que destacaba BUSTAMANTE ALSINA (1994) hace más de una década, de invasiones a la intimidad privada y ataques al honor por abusos en el ejercicio de la libertad de prensa, la piratería contra los derechos intelectuales; los daños al medioambiente y los derechos del consumidor protegidos constitucionalmente desde la reforma de 1994.

Este problema de compatibilidades fue oportunamente advertido por la Diputada Negra de Alonso en el momento de la discusión parlamentaria del proyecto de la Ley 26.361, al expresar: “Estoy en contra del daño punitivo pues se importa un instituto anglosajón. Considero que la filosofía de nuestra legislación –de origen continental– no es la del daño punitivo, que es un daño ejemplificador. Es decir, se fija un monto ejemplificador y se lo aplica porque se cometió una infracción, más allá del daño directo. La naturaleza jurídica del daño en la República Argentina –el daño que prevé el Código Civil– tiene supuestos para su procedencia... y tiene estadios; los abogados los llamamos “los presupuestos de la responsabilidad”... Esta medida me parece sumamente riesgosa porque no tenemos un proceso de maduración. Además hay que estudiar muy bien a los organismos que aplicarán todo este tipo de sanciones. En este sentido considero que no es momento de sancionar un artículo muy novedoso, pero que no hace a nuestra cultura jurídica...” (VAZQUEZ FERREYRA, R. Dir., 2008).

Resumiendo, la inclusión de los daños punitivos en norma consumerista fue duramente criticada por la doctrina por su deficiente redacción, los supuestos de procedencia - incumplimiento de obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor-, el destino de la multa que podría constituir un enriquecimiento sin causa a favor del consumidor, la solidaridad en la obligación que genera para todos los responsables y el monto

⁸ Excepción hecha al Código de Quebec, que incorpora la figura con distintos ribetes que los normados por nuestra legislación.

impuesto como tope de la multa. La aplicación jurisprudencial tampoco fue muy feliz, contraviniendo la finalidad de la norma, condenándose en la mayoría de los casos a empresas de telefonía celular a un monto mínimo, desdibujándose el propósito ejemplificador y disuasivo del instituto.

Dado el carácter sancionatorio de los daños punitivos, quien los imponga deberá realizar una interpretación restrictiva para su aplicación, excepcional, debiendo estar fundada, respetando las garantías propias del sistema represivo; quizás no los principios generales del Derecho Penal, pero sí a los del Debido Proceso establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional y concordantes en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN). Resulta totalmente laxa la previsión legal del art. 52 bis de la LDC que requiere para su procedencia, solamente, el incumplimiento legal o contractual por parte del proveedor, ya que dejando un presupuesto tan amplio podemos suponer que comenzará a formar parte normal de todas las demandas derivadas de incumplimientos hacia el consumidor.

5.- La aplicación en casos judiciales.

Es de advertir que la aplicación jurisprudencial de este instituto, como lo adelantamos, también contravino la finalidad de los *punitive damages establecidas* en el derecho anglosajón y se impuso con las mismas falencias técnicas de que adolece la norma que comentamos.

El problema lo predijo PICASSO (2009), al poco tiempo de sancionada la norma: “el instituto cumplirá una función bien distinta: pasará, con bastante frecuencia, a ser parte de la cuenta indemnizatoria en los juicios de daños, al lado de los rubros 'tradicionales'. Ni se impondrá en los casos de inusitada gravedad, ni involucrará sumas elevadas (las únicas realmente disuasivas)”.

El primer caso que tuvo resolución en los tribunales argentinos fue el de “Machinandriarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ Reclamo contra actos de particulares, decidido por la Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II, de fecha 27/05/2009.

Se trataba de una persona discapacitada que accionó contra una compañía de telefonía por no haber podido ingresar a realizar un reclamo, en virtud de no contar las instalaciones de dicha empresa con una rampa de acceso para sillas de ruedas. Se impuso la suma de treinta mil pesos en concepto de daños punitivos, expresando el tribunal que “Para que la actuación de un proveedor merezca la sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consu-

midor. *Nada más*⁹". Aclarando, más adelante, que "El daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se dé cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos", confirmando, de esta manera lo predicho por Picasso.

La mayoría de los casos de condenas a daños punitivos fueron en contra de empresas de telefonía celular y su monto fue mínimo, alejándose de la finalidad sancionatoria ejemplificadora y disuasoria de la norma.

Otro fallo relativo a la temática fue el dictado en la provincia de Córdoba, en el que se accionó debido a que el actor encontró flotando en el interior de una botella de gaseosa de marca Pepsi un cuerpo extraño, consistente en un envase de gel íntimo. La juez de primera instancia de la 5ª Nominación hizo lugar a los daños punitivos reclamados ya que la demandada encontrándose en condiciones de hacerlo, no acreditó la ruptura del nexo causal, implicando el hecho generador una negligencia grave, razón por la cual, se impuso el pago de la suma requerida de dos millones de pesos como daño punitivo, poniendo de manifiesto un sesgo hacia el verdadero sentido del instituto analizado.

Sin embargo, la Cámara Civil y Comercial N° 3 de la Provincia de Córdoba revocó el fallo de primera instancia, dejando sin efecto el rubro examinado atento a que consideró que no se había probado en autos la existencia de un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional de carácter sancionatorio, ya que "esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad... Desde esta perspectiva, mientras el solo hecho objetivo comprobado de que la botella de Pepsi que adquirió el actor tiene un vicio que la hace impropia para su destino y que la demandada no ha acreditado culpa ajena como eximente de su responsabilidad, son motivos suficientes para que prospere la acción por la que se persigue el resarcimiento del daño, esas mismas circunstancias no bastan para que se torne aplicable en el caso la multa civil peticionada" ya que "...la prueba rendida demuestra que no estamos frente a lo que se denomina "*daño lucrativo*", es decir, aquellos que se producen por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o

⁹ El resaltado nos pertenece.

incrementar la ganancia. Llego a esa conclusión porque no surge del informe pericial, ni de ningún otro elemento de prueba y, más aún, ni siquiera ha sido invocado por el actor qué medida de precaución o control concreta considera que se omite o que podría añadirse para optimizar el resultado”. (Cám. Civ. y Com. de la Provincia de Córdoba, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICA Y G s/ abreviados - otros”, 17/04/2012, La Ley Online: AR/JUR/8275/2012).

Dados estos casos como muestra, cabe concluir que en el tiempo transcurrido desde su incorporación a la LDC, el instituto no ha sido utilizado por los jueces como herramienta eficiente para producir la evitación de daños al consumidor.

6.- La “Sanción Pecuniaria Disuasiva” en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Unificación con el Comercial. Algunas falencias.

De lo expuesto surge que resulta necesaria una reforma a la figura *sub examine*, para adaptar sus límites a sus reales objetivos. El Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial 2012 trata el tema en el art. 1714 y, asimismo, ordena la sustitución del art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor, en este sentido:

“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 dañador, 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.”

La norma conserva la facultad judicial para decidir sobre la aplicación o no de la multa, siempre a petición de parte; y aclara que la finalidad de la misma es disuasiva, esto es preventiva *ex post facto*, un incentivo importante a los efectos de que el daño no se vuelva a producir.

Permítasenos dudar del cumplimiento de esta finalidad, máxime con el criterio con que los tribunales vienen aplicando este tipo de sanciones -mero incumplimiento legal o

contractual¹⁰. Más allá del monto resultante de la multa, que puede ser fijado con criterios más claros y resultar más severo para el demandado, la función que cumple principalmente esta figura es la de punir y no la de prevenir, como lo expresamos más arriba. La norma proyectada dispone que esta sanción pecuniaria podrá ser impuesta a quien actúe con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor, incorporándose aquí un nuevo factor de atribución subjetivo, cuyo alcance jurídico resulta difuso. Esta resulta una de las cuestiones más criticables de la norma, ya que, al haber optado por un factor de atribución subjetivo, podría haberse limitado a quien actúe de manera dolosa, incluyendo, también, supuestos de culpa grave. Ahora bien, tal vez la disposición del art. 52 bis podría resultar operativa si se admitiese la presunción en contra del proveedor y, consecuentemente y en función del principio de las cargas probatorias dinámicas, se determinase la inversión de la carga de la prueba.

Señala DEMETRIO CHAMATROPULOS (2009) que se han usado distintos términos para definir a la intención subjetiva especial que determina la aplicación de los daños punitivos "... temeridad, malicia, indiferencia hacia el otro, etc. Pero en definitiva, siempre giraremos en torno a las nociones de dolo o culpa grave ("cuasi-dolo"). Es decir, para que se impongan daños punitivos, será necesario que se compruebe que el agente dañador violó deliberadamente un deber a su cargo (dolo), o bien que, sin acreditar tal propósito, la falta de diligencia en el cumplimiento del mismo ha sido tan grosera, que resultaría difícil creer (a menos que seamos muy ingenuos) que se trate de un acto no intencional (culpa grave)".

Más adelante, se aclara que la sanción será fijada siguiendo los parámetros establecidos en el texto legal; esto es, las circunstancias fácticas del caso y, 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 dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales civiles o administrativas*. Además, se prevé que se asignará a la sanción impuesta el destino que establezca fundadamente el juez; pudiendo éste dejar sin efecto total o parcialmente la sanción en el supuesto en que la coexistencia de condenaciones penales, civiles o administrativas tornen a la pena irrazonable o excesiva.

La mencionada compensación resulta contradictoria, ya que el art. 930 del Proyecto, en su inciso h. establece que la obligación de pagar una sanción pecuniaria disuasiva no es

¹⁰ Excepción hecha a la reciente solución de la Cám. Civ. y Com. N° 3 de Córdoba, en los autos comentados *supra*, en el que se requiere un factor subjetivo de atribución de la responsabilidad.

compensable¹¹. Por otra parte, debemos tener en cuenta que las otras sanciones o condenaciones persiguen diferentes objetivos. Entonces, deberán armonizarse los criterios hacia el interior del propio Proyecto de reformas, a fin de proteger su coherencia.

Otra de las cuestiones que resultan criticables es el amplísimo arbitrio judicial que la norma prevé desde su aplicación, fijación del monto, hasta su destino; y es dable en este punto aclarar que tan amplio margen de discrecionalidad judicial traerá consigo dispares resultados en la aplicación de la norma que podrían llegar al *escándalo jurídico*. Por todas estas cuestiones resulta lícito concluir que la reforma proyectada no se ha hecho eco de todos los inconvenientes que la doctrina ha señalado para la justa aplicación de los daños punitivos en el Derecho argentino.

Más aun, los autores del Proyecto se han manifestado contrarios a la incorporación de los daños punitivos en nuestro sistema jurídico¹² aunque, ante la factibilidad de la reforma, eligieron no derogarlos, contrariamente a lo manifestado en sus publicaciones anteriores. Además, extendieron la procedencia del instituto a los casos de daños en los derechos de incidencia colectiva.

7.- Conclusión y recomendaciones.

De lo expuesto hasta aquí, podríamos concluir que no estamos convencidos de la potencialidad preventiva que esta institución pretende cumplir, ante la inminente reforma de la legislación civil y comercial en lo atinente a las funciones de la responsabilidad civil, tal lo proyectado en el Libro Tercero: De los derechos personales, Título V: De otras fuentes de las Obligaciones, Capítulo I: Responsabilidad Civil, Sección 1ª Disposiciones generales y Sección 2ª De la función preventiva y la sanción pecuniaria disuasiva y la modificación planteada al art. 52 bis de la LDC, recomendamos:

- 1.- La inclusión de los factores de imputación subjetivos dolo o culpa grave en la violación de los derechos del consumidor.
- 2.- Establecer que la sanción tendrá el destino que le asigne el juez por resolución fundada, pudiendo optar por consagrarla al consumidor o al fondo establecido en el art. 47 de la LDC, o a ambos, en las proporciones que éste resuelva atendiendo a las circunstancias del caso.
- 3.- Eliminar las dos últimas oraciones del artículo 52 bis de la LDC en el Proyecto en lo relativo a la acumulación de sanciones pecuniarias y la posibilidad judicial de dejarlas

¹¹ Cfr. LOVECE, G. (2012).

¹² Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., 1993 y LORENZETI, R. 2009.

sin efecto, en virtud de resultar contradictorias con lo dispuesto por el art. 930 del Código proyectado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BUERES, A. J. y PICASSO, S. (2011) La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos. *Revista de Derecho de Daños*, 2011 (2). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

BUSTAMANTE ALSINA, J. (1994) Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. Buenos Aires: LA LEY 1994 – B.

CHAMATROPULOS, D. (2009) *Los daños punitivos en la Argentina*. Buenos Aires: Errepar.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2011) Los daños punitivos en el derecho continental europeo. *Revista de Derecho de Daños*, 2011 (2). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1993) ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino? *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XXXVIII, segunda época, Nº 31.

LORENZETTI, R. (2009). *Consumidores*. Segunda Edición Actualizada. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

LOVECE, G. (2012) De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el proyecto de código, p. 3. *La Ley*. Año LXXVI 144, jueves 2 de agosto de 2012.

PICASSO, S. (2009) Comentario al artículo 52 bis de la ley 24.240, en PICASSO, S. y VÁZQUEZ FERREYRA, R. *Ley de defensa del consumidor comentada*. Buenos Aires: LA LEY.

PIZARRO, R. y VALLESPINOS, C. (1999) *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo 3. Buenos Aires: Hammurabi.

PREVOT, J. M. (2011) La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos. *Revista de Derecho de Daños*, 2011 (2). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

VÁZQUEZ FERREYRA, R. (Dir.) (2008) *Reforma a la Ley de Defensa al Consumidor. Doctrina. Texto ordenado de la ley 24.240. Antecedentes parlamentarios. Análisis normativo*. Buenos Aires: LA LEY.

VERGARA, L. (2011) La multa civil. Finalidad de prevención. Condiciones de aplicación en la legislación argentina. *Revista de Derecho de Daños*, 2011 (2). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.