



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO – DEPARTAMENTO DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

TRABAJO FINAL DE INTEGRACIÓN
EL DAÑO PUNITIVO. COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS ARGENTINO E
INGLÉS.

Autora: María Belén Arlotti

Director: Juan Agustín Brusa

Fecha de presentación: 4 de noviembre, 2020

ÍNDICE

Introducción.....	3
Parte I.....	4
Diferencias entre el common law inglés y el ordenamiento jurídico argentino.....	4
Parte II.	6
Capítulo 1 – El daño punitivo en Argentina	6
1) Antecedentes normativos y jurisprudenciales previos a la incorporación del daño punitivo a la legislación argentina.	6
2) El daño punitivo en la legislación argentina vigente.	7
Capítulo 3. La cuestión de la denominación. Definiciones.....	11
Capítulo 4. Características y requisitos de procedencia del daño punitivo.....	15
Capítulo 5. Aplicación del daño punitivo por los tribunales argentinos.	28
Parte III.	33
Capítulo 1. El daño punitivo en el ordenamiento jurídico inglés.....	33
Capítulo 2. Categorías de <i>common law</i> para la procedencia de aplicación del daño punitivo	36
Capítulo 3. Otros lineamientos del <i>common law</i>	39
Capítulo 4. Ámbito de aplicación del daño punitivo en Inglaterra.	41
Capítulo 5. Aplicación del daño punitivo por los tribunales ingleses.....	44
Conclusión.....	46
Bibliografía.....	50

Introducción

El daño punitivo es una figura de corta data en el ordenamiento jurídico argentino. Fue acogida normativamente en el año 2008, cuando a través de la Ley 26.361 fue incorporada como artículo 52 bis a la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Se trata de un instituto controversial, que aún hoy sigue generando debate por su peculiar naturaleza. De su nombre se desprende que se trata de una punición, un castigo. Sin embargo, la función punitiva del estado es propia de la órbita penal, por lo cual el daño punitivo, que tiene las características de una multa civil, ha generado particular interés entre doctrinarios y jueces.

Esta figura - tan novel en nuestro ordenamiento legal - tiene sus antecedentes más remotos en el *common law* inglés. Fue aplicada por primera vez en la historia por un jurado de Inglaterra en el fallo *Wilkes v. Wood*, del año 1763. Los daños punitivos fueron aplicados en ese país con variados criterios desde entonces y durante los dos siglos posteriores, pero no fue sino hasta el año 1964 que la Casa de los Lores, en su carácter de supremo órgano judicial, delimitó con claridad los criterios legales y condiciones para la procedencia de su aplicación a través de tres categorías excluyentes.

El derecho inglés es entonces considerado la cuna del daño punitivo. Su migración hacia el ordenamiento legal argentino (en realidad a través de la experiencia norteamericana) se dio en materia de Derecho del Consumo, mientras que en Inglaterra, como veremos, su aplicación solo procede en materia de lo que en nuestro país llamaríamos Derecho de Daños.

El objeto de este trabajo será identificar las similitudes y diferencias en la aplicación de la figura del daño punitivo en Argentina e Inglaterra. Para ello, se tomarán en consideración la normativa vigente en cada país, sus antecedentes, los requisitos exigidos por las normas para su procedencia, ámbito de aplicación, intereses protegidos y criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

Ello, a fin determinar si la razón de ser de la figura en cada uno de los sistemas apunta a la tutela y protección de intereses similares o si, por el contrario, la figura es aplicada en cada país con propósitos diferentes.

Parte I

Diferencias entre el common law inglés y el ordenamiento jurídico argentino

En este trabajo compararemos los derechos de dos países cuyos sistemas legales pivotan sobre fuentes primarias diferentes, por lo que haremos una breve reseña de las principales diferencias entre ambos sistemas antes de adentrarnos en el estudio del daño punitivo en específico.

En la Argentina, la fuente principal del Derecho es la ley escrita, con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de jerarquía constitucional en la cima de la pirámide normativa.

El artículo 1º del Código Civil y Comercial argentino dice: *"Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho"*.

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial mencionaba expresamente a la jurisprudencia como fuente del derecho en el artículo 1º, previendo que en la aplicación de las leyes ella debía ser tenida en cuenta en consonancia con las circunstancias del caso. Sin mayor explicación, la mención de la jurisprudencia como fuente del derecho ha desaparecido del texto del Código sancionado.¹ Ello no significa por supuesto que la jurisprudencia haya dejado de ser una fuente de absoluta relevancia en nuestro sistema, pero su omisión en el artículo 1º del Código de fondo es una clara muestra de las diferencias con el sistema inglés. Ello, porque en Inglaterra (y el resto del Reino Unido y países del Commonwealth), la fuente fundamental del derecho no es la ley escrita sino la jurisprudencia, que se denomina *common law*.

El principio es que los jueces (y la Casa de los Lores en ejercicio de su función de suprema corte hasta el año 2009) ejercen en el *common law* facultades legislativas, que resultan de observancia y aplicación obligatoria para todos los tribunales inferiores.

En Inglaterra, la ley escrita cumple una función coadyuvante a la jurisprudencia. Las normas que dicte el parlamento serán para modificar ciertos aspectos del *common law* creado por los jueces que necesiten ser actualizados o que no puedan ser aplicados en la práctica por diversas razones.

¹ Rivera, Julio César. Derecho civil y comercial. Derecho Civil: parte general. Capítulo II - Fuentes del derecho civil; IX. Jurisprudencia. 2da edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2018/42620765/v1/document/69B16137-E63E-3EF8-AAB1-93383D636D8C/anchor/34EFB3BF-5CAA-A0E7-BD6F-935AC6733750>

Hasta el año 2009, la Casa de los Lores - cámara alta del parlamento inglés – oficiaba como suprema corte en casos civiles para todo el Reino Unido y en cuestiones penales para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Como resultado de la reforma constitucional de 2005, a partir de octubre de 2009 en el Reino Unido funciona una suprema corte autónoma, independiente del parlamento y del gobierno², con las mismas facultades legislativas que hasta entonces tenía la Casa de Lores.

En base a esto, cuando analicemos el daño punitivo en el derecho argentino, tomaremos como referencia principal la norma escrita (principalmente la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 reformada por la Ley 26.361 mediante la cual se incorpora por primera vez el daño punitivo al sistema legal argentino), mientras que en el caso de Inglaterra nos referiremos exclusivamente a fallos judiciales, principalmente el *leading case Rookes v. Barnard* de la Casa de los Lores de 1964, que sienta los actuales principios del *common law* para la aplicación de daños punitivos en Inglaterra.

² <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html>.

Parte II

Capítulo 1 – El daño punitivo en Argentina

1) Antecedentes normativos y jurisprudenciales previos a la incorporación del daño punitivo a la legislación argentina.

La figura del daño punitivo se encuentra vigente en nuestra legislación desde el año 2008 cuando a través de la sanción de la ley 26.361 fue incorporada por primera vez a la normativa como artículo 52 bis a la ya existente Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC).

Diez años antes, la multa civil se había incorporado a la discusión del anteproyecto de reforma del Código Civil de 1998. Se había previsto la incorporación a través del artículo 1587 de *“una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial, los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”*³. Como sabemos, el anteproyecto no prosperó, pero la discusión acerca de la necesidad de una multa civil quedó implantada desde entonces en los debates doctrinarios.

En cuanto a la jurisprudencia, el antecedente más inmediato previo a la incorporación del daño punitivo en la LDC es el caso *"Tesone de Bozzone, Marta P. y otro v. K, G. y otros"*⁴ del año 2002. Allí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó firme una sanción pecuniaria ejemplar que la sala K de la Cámara Nacional en lo Civil había impuesto a la Clínica Bazterrica de Buenos Aires por no cumplir de modo adecuado con la obligación a su cargo de custodiar la historia clínica de la paciente. La sanción fue calculada en un monto global único en función del tipo y características particulares de la enfermedad padecida, consecuencias resultantes, tratamientos necesarios, peritaje de la causa y lo dispuesto por el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sobre liquidación en las condenas.

Si bien con posterioridad a la incorporación de la figura en el año 2008 (por lo que no se trata de un antecedente), es necesario destacar que el daño punitivo también estuvo a punto de ser incorporado al Código Civil y Comercial de la Nación de 2012. Aunque la propuesta no prosperó, se había propuesto como artículo 1714 del anteproyecto el siguiente texto: *"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 de incidencia colectiva. Pueden petitionarla los legitimados para defender dichos derechos. 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*

<http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/libro4.htm>

⁴ RCyS 2002, 1007

dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

La incorporación al Código Civil y Comercial hubiera significado una expansión por fuera del ámbito de las relaciones de consumo para pasar a defender a todos los derechos de incidencia colectiva en un código de fondo. Sin embargo, el artículo 1714 del anteproyecto fue desestimado sin mayor debate y el daño punitivo sigue siendo aplicable hasta hoy sólo bajo la órbita de la LDC y la Ley de Defensa de la Competencia.

2) El daño punitivo en la legislación argentina vigente.

En el derecho argentino existen tres normas vigentes que refieren al daño punitivo (aunque cada una de ellas utiliza una denominación diferente): la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Responsabilidad del Estado y la Ley de Defensa de la Competencia.

a. El artículo 52 bis de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (incorporado por la Ley 26.361)

Como dijéramos, el daño punitivo ingresó en nuestra legislación en 2008 a través de la sanción de la ley 26.361, cuando fue incorporado por primera vez a la normativa como artículo 52 bis a la ya existente Ley 24.240 de Defensa del Consumidor con el siguiente texto: *“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.”*

El alcance de este artículo será analizado en detalle en el Capítulo 4 de esta Parte II.

b. El artículo 1 de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado

En el año 2014 se sancionó la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado (LRE). La última parte de su artículo 1 establece: *“La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.*

La norma no se refiere a un caso de procedencia para la aplicación del daño punitivo si no por el contrario, de una exención a favor del Estado. Galdós explica que existe cierto debate en la doctrina respecto a si la sanción pecuniaria disuasiva a la que se refiere la norma se trata de las astreintes o sanciones conminatorias del art. 804, Cód. Civ. y Com. o si por el contrario, hace en realidad referencia a los daños punitivos previstos por el art. 52 bis LDC.

Aquellos que se inclinan por la primera opción, se basan en que al momento de sancionarse la LRE, la denominación “*sanción pecuniaria disuasiva*” solo existía en un artículo de lo que aún era el anteproyecto de Código Civil y Comercial y que luego se suprimió, por lo que no hubiera tenido sentido que se prohibiera un instituto aún no previsto en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, debe entenderse que la norma se refiere a las astreintes y, por ende, la aplicación del art. 52 bis LDC sí alcanza al Estado cuando actúa como proveedor de servicios.⁵

Quienes consideran por el contrario que la norma se refiere a la multa civil de la LDC – postura con la que coincidimos – se basan en que las astreintes no tienen una finalidad disuasiva (tal el término elegido en la LRE), sino que son meras condenas ante un incumplimiento judicial. Para esta corriente por lo tanto, la LRE no impide la aplicación de astreintes al Estado pero sí la aplicación de daños punitivos.⁶

c. El artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442

La reciente Ley de Defensa de la Competencia 27.442 del año 2018 incorporó la figura del daño punitivo siguiendo sustancialmente al artículo 52 bis de la LDC.

En su artículo 64 dice que. “*Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*”.

En cuanto a las diferencias entre ambas normativas, como señala Molina Sandoval, “la comparación del art. 64, Ley 27.442, y del art. 52 bis, Ley 24.240, demuestra que el régimen competitivo alude a ‘damnificado’ (y no a consumidor) y no tiene un límite cuantitativo (que

⁵ Galdós, Jorge Mario, “La sanción punitiva en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” en “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, Homenaje a Rubén S. Stiglitz”, compilado por Fulvio G. Santarelli; Demetrio A. Chamatropulos. 1a ed. facsímil. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019. p.553-554

⁶ Perrino, Pablo Esteban “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos - Código Civil y Comercial (Ley 26.944 comentada)”. “Capítulo IV. La prohibición de aplicar al Estado sanciones pecuniarias disuasivas”. 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, 2015

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41858353/v1/document/28853280-1865-CE37-905E-5ECB505E5B16/anchor/FC3E0AC4-AECF-594C-19D3-C605BB41A048>

sí tiene el régimen de consumidor que remite a las sanciones administrativas y que es de cinco millones de pesos).⁷

d. El Proyecto de Código de Defensa del Consumidor

Existe en la actualidad un proyecto de ley de Código de Defensa del Consumidor (que pasaría eventualmente a suplir al actual estatuto) que en su artículo 118⁸ propone modificar sustancialmente la figura del daño punitivo tal como se encuentra actualmente regulado en artículo 52 bis, LDC.

Si bien se encuentra en una instancia prematura en el debate parlamentario, consideramos oportuno resumir lo que se propone para el daño punitivo, a fin de vislumbrar hacia qué dirección se dirige el debate legislativo respecto de los daños punitivos:

- i. Se acuña definitivamente la denominación *daño punitivo*.
- ii. Se requiere para su aplicación un factor subjetivo agravado de *grave menosprecio* a los derechos del consumidor.
- iii. Puede ser requerida por el Ministerio Público Fiscal además del consumidor en las acciones individuales y legitimados activos en caso de acciones colectivas (asociaciones de consumidores).
- iv. El monto de la sanción se fija 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, la reiteración o reincidencia en que haya incurrido el proveedor, la conducta que haya observado durante el proceso y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

⁷ Molina Sandoval, Carlos A., “Daños punitivos en el régimen de defensa de la competencia”, RCyS 2018- VII-41, LL Online: AR/DOC/1113/2018.

⁸ Art. 118. Daño punitivo. Se aplicará una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio, dolo o culpa grave hacia los derechos del consumidor, según las siguientes reglas: 1. En las acciones individuales pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal. En las acciones colectivas, puede solicitarla cualquiera de los legitimados activos para promoverlas. 2. El monto de la sanción se fija 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, la reiteración o reincidencia en que haya incurrido el proveedor, la conducta que haya observado durante el proceso y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. Dicho monto nunca podrá ser inferior a veinte (20) Salarios Mínimos Vitales y Móviles; 3. Cuando sea solicitada por los consumidores, en acciones individuales o colectivas, la multa civil será aplicada a favor de éstos. En el caso de los restantes legitimados activos, se destinará a un fondo especial que será administrado por la ANCON si la acción se sustancia en el Fuero Federal, o la Autoridad de Aplicación Provincial correspondiente si la acción se sustancia ante los Tribunales Provinciales, las que deberán implementar políticas de prevención en la comisión de conductas similares a las que dieron origen a la sanción, en un plazo de 90 días de percibido su importe, informando públicamente todo lo obrado al respecto; 4. Si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria; 5. La obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable.

- v. Se fija un mínimo de 20 salarios mínimos vitales y móviles o el doble de la ganancia obtenida por el incumplidor como resultado del incumplimiento, lo que sea mayor.
- vi. La multa se destina al consumidor como principio con la excepción de cuando ha sido requerido por otros legitimados activos (que no sean consumidores) en acciones colectivas en cuyo caso será destinada a un fondo especial.
- vii. Se mantiene la responsabilidad solidaria.
- viii. Se prohíbe la asegurabilidad de la obligación de pagar la sanción punitiva.

Parte II

Capítulo 3. La cuestión de la denominación. Definiciones

1) La denominación daño punitivo. El problema de la traducción

La denominación daño punitivo proviene de la traducción literal de la expresión inglesa “*punitive damages*”. Esta traducción puede generar cierta confusión y no necesariamente hace justicia al alcance y razón del ser de la figura.

Bustamante Alsina - siguiendo al Black's Law Dictionary - explica que la palabra *damages* (en su forma plural) hace referencia a una compensación pecuniaria, mientras que *damage* (en singular) refiere al daño efectivamente sufrido por una persona como consecuencia de la acción de otra⁹. En nuestro idioma, sin embargo, la palabra *daño*, ya sea en singular o plural, se refiere a la acción de dañar, o al resultado de una acción lesiva¹⁰. Así, en los rubros indemnizatorios hablaremos de daño físico para referirnos al detrimento en la integridad corporal de la víctima, de daño moral como la afección causada a sus sentimientos o de daño patrimonial como menoscabo en su patrimonio.

En el caso del daño punitivo, sin embargo, la referencia no es a la acción de dañar sino a la *multa* que resulta de dicho accionar.

La palabra *punitivo* tiene algo más de sentido, en cuanto a que la figura tiene, como veremos, la finalidad de punir, castigar al agente dañador pero, como dice Brusa, la conjunción de *daño* y *punitivo* desorienta un poco, porque no se sabe si es para resarcir al damnificado o si se trata de dañar a la empresa.¹¹

Si bien como dice Chamatropulos modificar la originaria traducción puede tener alguna importancia de índole académica pero no representaría cambios en su aplicación práctica¹², consideramos que un uso correcto del léxico nunca está de más y es conveniente evitar traducciones literales descontextualizadas, principalmente en figuras tan controversiales como el daño punitivo. Coincidimos entonces con Galdós en cuanto a que “la importancia de

⁹ Bustamante Alsina, Jorge, "Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", La Ley, 1994-B, 860.

¹⁰ <https://dpej.rae.es/lema/da%C3%B1o>

¹¹ Brusa, Juan Agustín, “El daño punitivo diez años después: señales de un futuro mejor y la posibilidad de su aplicación de oficio”, elDial.com, 3-08-2018, Citar: elDial.com - DC258A

¹² Chamatropulos, Demetrio Alejandro en “Legislación Usual Comentada: Derecho Comercial”, Chomer, Héctor Osvaldo y Sícoli, Jorge Silvio, directores. Tomo IV, Capítulo VIII, Ley de Defensa del Consumidor. Sección 2, Denominación de la figura. La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2015

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41797085/v1/document/D583D2F3-12D8-04CC-2EE6-9D583DC7F4F8/anchor/99898D52-8D95-4419-0DD3-2DEA417F3C3F>

la asignación de una denominación clara y precisa no sólo redunda en beneficio del instituto sino que también revela la aceptación de su significado en su sentido corriente y jurídico (...) propiciamos que para evitar confusiones innecesarias se clarifique y unifique la terminología, y que en una futura reforma legislativa se acuda a la denominación de sanción pecuniaria disuasiva, utilizando —también— como sinónimo la expresión multa civil contemplada expresamente en el art. 52 bis, LDC.”¹³

El anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor en su artículo 118 continúa con la denominación daño punitivo, por lo que todo indica que la cuestionada denominación seguirá siendo elegida.

La terminología utilizada en la doctrina para sortear la inexactitud de la expresión daño punitivo es muy variada e incluye denominaciones como sanción punitiva¹⁴, indemnización punitiva¹⁵, pena privada¹⁶, sanción civil extrarreparatoria¹⁷, multa civil por actos desaprensivos, indignantes o antisociales¹⁸, sanción pecuniaria¹⁹, o sanción pecuniaria disuasiva²⁰.

Luego de haber hecho necesaria referencia al problema de la traducción inexacta, las discusiones existentes sobre la terminología daño punitivo y las propuestas doctrinarias para su correcta denominación y, teniendo en cuenta la variedad de terminología utilizada en la doctrina y jurisprudencia, en este trabajo nos referiremos a daño punitivo así como a cualquiera de las expresiones mencionadas más arriba en forma indistinta.

¹³ Galdós, Jorge Mario en “Tratado de Derecho del Consumidor”, Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández, directores. “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”. Tomo III, Responsabilidad civil. Daños a consumidores y usuarios, Capítulo XIX - Principios. Prevención, precaución y punición; II. Noción conceptual; 2. Denominación. La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2015

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41885109/v1/document/2F2BD55B-EC87-AB8B-BB6C-9E21913D1BB2/anchor/1F9528AC-16A4-9272-F44C-017D5BCE96C3>

¹⁴ Molina Sandoval, Carlos - Pizarro, Ramón D., "El daño punitivo en el derecho argentino", DCCE, 1-1-65

¹⁵ Stiglitz, Rubén - Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa de consumidor", LA LEY, 2009-B, 949; Stiglitz, Gabriel A., "Indemnizaciones punitivas. Consumidores y ciudadanía", CyS, 2014-VII-7.

¹⁶ Andrada, Alejandro D. - Hernández, Carlos A., "Reflexiones sobre las llamadas penas privadas. A propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", RCyS, 2000-33

¹⁷ Frugoli, Martín, "Daños punitivos hoy, daños punitivos en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 y el futuro pendiente", MJD6125

¹⁸ Moisés, Benjamín, "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma de la ley 24.240", RCyS, 2008-271

¹⁹ López Herrera, Edgardo, Los daños punitivos. Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor (art. 52 bis, ley 24.240), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 362

²⁰ Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1.714.

2) Definiciones de daño punitivo

Si bien la LDC y la Ley de Defensa de la Competencia se refieren al daño punitivo como una multa civil a favor del consumidor y la LRE como una sanción pecuniaria disuasiva, es de utilidad acudir a definiciones más abarcativas para comprender el verdadero alcance de la figura. Existen en la doctrina argentina vastas y elaboradas definiciones que nos ayudarán a comprender la razón de ser del instituto y los presupuestos para su aplicación. Para mencionar sólo algunas:

Pizarro define a los daños punitivos como *"sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro"*²¹

Para Mosset Iturraspe *"la multa civil es una especie de sanción represiva, afflictiva, en cuanto impone una privación patrimonial que no atiende al daño causado, lo que es propio de la responsabilidad civil, organizada en interés de los particulares, víctimas de un daño"*²²

Galdós entiende que los daños punitivos son una *"condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves causados con culpa grave o dolo."*²³

Chamatropulos los define como *"sanciones de carácter civil y de origen legal, que pueden implicar no sólo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo) disuasiva, accesorio, de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en*

²¹ Pizarro, Ramón D., en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Parellada, Carlos A. (coord.), Derecho de daños. Segunda parte. Homenaje al Dr. Profesor Félix A. Trigo Represas, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291.

²² Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños. Parte general, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 359, 362 y 404.

²³ Galdós, Jorge Mario. *Op.Cit.* "Sección II. Noción conceptual. Denominación 1. Noción conceptual"

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41885109/v1/document/2F2BD55B-EC87-AB8B-BB6C-9E21913D1BB2/anchor/6CE1297F-CFA3-800F-E75F-C00E49A8A406>

*otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad para la sociedad.”*²⁴

En base a la normativa vigente mencionada en el Capítulo 2 y las definiciones de los autores mencionados más arriba, entendemos en este trabajo al daño punitivo como:

- a) Una sanción pecuniaria**
- b) con tope legal**
- c) independiente de la indemnización por daño**
- d) impuesta a instancia de parte**
- e) a favor del reclamante**
- f) en casos de incumplimiento grave**
- g) con finalidad preventiva, disuasiva y punitiva.**

Detallaremos el alcance de cada una de estas características en el Capítulo 4 de esta Parte 2.

²⁴ Chamatropulos, Demetrio Alejandro “Los Daños Punitivos en la Argentina”. Errepar, Buenos Aires, 2009, pág.21.

Parte II

Capítulo 4. Características y requisitos de procedencia del daño punitivo

1) Sanción pecuniaria

La RAE define la palabra sanción como “pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores.”²⁵ En el caso de del daño punitivo la pena es una multa pecuniaria y la infracción consiste en un incumplimiento grave de obligaciones legales o contractuales en el marco de una relación de consumo o de una actividad protegida por la Ley de Defensa de la Competencia.

El artículo 52bis LDC no indica específicamente que la multa civil consista en una obligación de dar una suma de dinero. Autores como Molina Sandoval entienden que, de hecho, la multa podría consistir en una suma de dinero, o en la realización de una conducta, o en la entrega de alguna cosa. Si bien es cierto que la multa consistirá principalmente en la obligación de dar una suma de dinero, dice Molina, no deben desecharse otras alternativas que podrían resultar muy positivas ya que “en algunos casos como, por ejemplo, daños al medio ambiente, la efectiva prestación de servicios por parte del agente dañador puede producir un beneficio considerable que no puede obtenerse de otro modo, debido, v. gr., a los especiales conocimientos del dañador.”²⁶

Galdós entiende por su parte que dada su naturaleza de “castigo pecuniario”, la multa civil simplemente no permite ser reemplazada o sustituida por otras obligaciones de hacer.²⁷

Por nuestra parte, consideramos que, si bien la ley no exige que la multa sea fijada en dinero (por lo que no existiría obstáculo legal para aplicar la sanción por medio de acciones equivalentes, susceptibles de apreciación pecuniaria) lo cierto es que los daños punitivos han sido originalmente pensados por el legislador como multas dinerarias. Tomamos como base de esta afirmación el hecho de que su tope se encuentra cuantificado en una suma específica de dinero. Tampoco hay antecedentes en la jurisprudencia donde se hayan aplicado multas civiles que no consistan en sumas de dinero. Sin embargo, al no ser ello un requisito de ley, nada obsta que en el actual régimen legal un juez pueda imponer una multa consistente en una obligación de hacer, siempre y cuando el beneficiario de la acción sea el damnificado, ya que eso sí es un requisito de ley.

²⁵ <https://dle.rae.es/sanci%C3%B3n>

²⁶ Molina Sandoval, Carlos A., “Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación” *El Derecho - Diario*, Tomo 205, 987. 30-10-2003. ED-DCCLXV-869

²⁷ Galdós, Jorge M. en “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz compilado por Fulvio G. Santarelli; Demetrio A. Chamatropulos”, “La sanción punitiva en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, 1a ed. facsímil. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019, pág.551 y ss.

2) El tope legal.

El artículo 52bis LDC fija un tope para el daño punitivo de cinco millones de pesos (de conformidad con la suma establecida en el artículo 47, inciso “b” de la LDC). El artículo 64 de la Ley de Defensa no fija un máximo y sólo establece que el monto se graduará en base a la “gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”. En ninguno de los dos casos se dan lineamientos específicos para su cuantificación por parte del juez. Indican ambas normas que la ley que la multa se graduará en función de:

a) la gravedad del hecho: no se refiere a la extensión de daño o las consecuencias del hecho dañoso, si no a la gravedad de la conducta por parte del proveedor. Es la actitud reproachable la que se castiga y se pretende evitar en el futuro, y no al daño efectivamente – o no - ocasionado. Es incluso la potencialidad de daño lo que se condena, pero no el efectivamente sufrido. “Esto en atención a que, en definitiva, lo que interesa es castigar y disuadir conductas gravemente reprochables y no meramente hechos, desatendiendo el factor subjetivo, por más que la desafortunada letra del art. 52 bis, LDC, parezca decir otra cosa.”²⁸ Nos referiremos más detalladamente a la gravedad de la conducta en el punto 6 de este Capítulo 4.

b) demás circunstancias del caso: esta redacción es absolutamente imprecisa y por sí sola no permite llegar a ninguna conclusión específica respecto de qué fue lo que se intentó regular.

El artículo 1714 del anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial decía que “*su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado*” (dado el efecto disuasorio de la sanción pecuniaria en atención a la culpa agravada del dañador), “*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*”. Si bien, como sabemos, dicho artículo no fue incorporado finalmente al actual Código Civil y Comercial, lo cierto es que hubiera dado mucha claridad en cuanto a lo que a las “circunstancias del caso”, a los fines de la cuantificación, se refieren.

Un punto que toma especial relevancia respecto del quantum es que actualmente el tope máximo se encuentra fijado en la suma de cinco millones de pesos. Dicho monto fue considerado en el año 2008 cuando el daño punitivo ingresó en el ordenamiento argentino mediante la LDC. Hace 12 años la suma en pesos equivalía aproximadamente a un millón y medio de dólares estadounidenses. Para el año 2020, teniendo en cuenta las feroces y sucesivas devaluaciones del peso en Argentina, dicha suma equivale a [sesenta y cinco mil] dólares estadounidenses. Entendemos esta solución como una torpeza legislativa que podría

²⁸ Chamatropulos, Demetrio Alejandro, en “Legislación Usual Comentada...” *Op. Cit.* Sección 7. Pautas de graduación.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41797085/v1/document/D583D2F3-12D8-04CC-2EE6-9D583DC7F4F8/anchor/6F427C42-EF5D-EB2A-1589-6EAC8FD02D04>

haber sido evitada, ya que para el año 2008 la Argentina ya lidiaba hacía varios años con el retorno a una economía inflacionaria, por lo que el legislador debería haber previsto un sistema sujeto a índices.

Queda claro que en la actualidad, el tope máximo de la multa civil no es eficiente para cumplir propiamente con los fines disuasivos y ejemplificadores, principalmente respecto de grandes empresas de productos y servicios. El actual anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor remediaría esta situación sujetando el tope a un índice: el equivalente al doble de 5.000 sueldos mínimos vitales y móviles o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito si éste último resultase mayor. El monto máximo previsto por el anteproyecto asciende a la fecha de presentación de este trabajo a [168.750.000] de pesos, es decir, más de [2.000.000] de dólares estadounidenses: un monto aún mayor que el previsto en el 2008.

Más allá del tope de ley, en la praxis judicial se advierte la disparidad de cuantificaciones fijadas incluso para supuestos fácticos semejantes (Ver Capítulo 5 de esta Parte II), por lo que doctrinarios y jueces han comenzado a utilizar fórmulas matemáticas a los fines de su cuantificación.

b.1. La fórmula matemática de Irigoyen Testa

Matías Irigoyen Testa ha propuesto la utilización de una fórmula matemática que permita garantizar la función preventiva y disuasiva del daño punitivo. El cálculo está basado en el análisis de probabilidad de condena en porcentaje (por ejemplo, respecto de las posibilidades de acreditar la relación de causalidad) y la especulación que al respecto ha realizado el proveedor al momento del incumplimiento versus la inversión requerida para evitar el perjuicio y que la condena sea inferior a la inversión requerida. Con esta fórmula se busca conseguir que "responsabilidad total esperada" coincida con los "daños reparables esperados".²⁹

“Si bien es discutible la utilización de fórmulas matemáticas en el cálculo a realizarse en una sentencia, se debe reconocer que es interesante su aplicación e instalación como herramienta, por que como indica el propio tribunal, también permite a las partes realizar cuestionamientos precisos al momento de expresar agravios”.³⁰

La fórmula Irigoyen Testa se aplicó por primera vez en el fallo "*Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA sobre nulidad de acto jurídico*" de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental de la ciudad de Bahía Blanca, Sala II, en el año 2014. Se trata de un clásico caso de violación a los derechos de los consumidores

²⁹ Irigoyen Testa, Matías. "Aplicación jurisprudencial de la fórmula para daños punitivos". Publicado en: SJA 03/12/2014 , 137 • JA 2014-IV .Cita Online: AR/DOC/5828/2014

³⁰ Brusa, Juan Agustín. *Op. Cit*

financieros en el cual el banco había prometido a Castelli una tarjeta de crédito en forma gratuita pero terminó por cobrarle costos de manutención, etc. La mora por parte de la damnificada en el pago de dichos gastos resultó en la publicación de su nombre como deudora de alto riesgo en los servicios de antecedentes crediticios. En el fallo, la Cámara aplicó la fórmula matemática “en la que se tiene en cuenta el resarcimiento por daños reparables que corresponden a la víctima (en este caso, se consideraron los \$20.000 establecidos por daño moral, única condena resarcitoria que prosperó) y la probabilidad de que un damnificado decida transitar todo el periplo necesario y logre una condena resarcitoria por los padecimientos infligidos, que incluya daños punitivos: $D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$, en donde D es la condena por daños punitivos a determinar, C es la indemnización compensatoria otorgada en el caso concreto, P_c es la probabilidad de condena por indemnización compensatoria y P_d es la probabilidad de ser condenado por daños punitivos, agregándose este último elemento, ya que la probabilidad de ser condenado por daños punitivos varía según las circunstancias, mientras que la fórmula tradicional del análisis económico del derecho parecería asumir que esta es siempre del 100%.”³¹

En este punto, coincidimos con la conclusión del XI Congreso Internacional de Derecho de Daños (2011), donde por unanimidad se entendió que: "Para que la cuantía de los daños punitivos no sea inferior ni exceda el monto necesario para cumplir con la función de disuasión, sería valioso acudir a fórmulas matemáticas, entre otras herramientas, que permitan cumplir con aquella función. De este modo, una vez realizado el cálculo aritmético correcto, se logrará que el dañador escarmiente de su conducta antijurídica, se restablezcan los incentivos adecuados para que invierta en la prevención deseable socialmente, el producto tendrá la calidad óptima, y, en un mercado con competencia perfecta, el precio del bien coincidirá con su costo (marginal) social total”.

3) Independencia respecto de la indemnización.

El artículo 52bis LDC dice que “*el juez podrá aplicar una multa civil (...) independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.*” La Ley de Defensa de la Competencia sigue la misma línea, cuando en el artículo 64 establece que la multa civil se graduará independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cabe al respecto una crítica a la ubicación elegida por el legislador para esta previsión en la Ley de Defensa de la Competencia, bajo el Capítulo IX “De la reparación de daños y perjuicios”, lo cual no resulta consistente con el principio de independencia respecto de otros rubros indemnizatorios que el propio artículo establece.

Las normas se refieren a la independencia respecto de los otros rubros indemnizatorios pero su accesoriadad respecto de rubros indemnizatorios principales no es una exigencia de ley.

“Se podría interpretar, con algún asidero, que no funciona de modo accesorio a un reclamo principal, aunque generalmente acompañe a éste”.³²

Chamatropulos entiende por su parte que no resulta concebible una condena autónoma por daños punitivos y que: “si no se acredita previamente que se ha sufrido un daño será imposible aplicar la pena en cuestión”³³, aunque no se requiere que los montos para los daños efectivamente sufridos y los aplicados por daños punitivos guarden relación. “Se exige una condena principal por daños, pero, (...) ello no significa que el monto de ella deba representar un monto relevante en dinero. Bastará que se prueben perjuicios, aunque sea por un par de centavos, para que la multa civil tenga lugar.”³⁴

Esta postura no es pacífica y de hecho la jurisprudencia actual se le opone. En el fallo Esteban de 2017 se entendió que, tal como ha sido legislada la multa civil en nuestro ordenamiento, nada impide que el consumidor accione para pedir la aplicación de la sanción exclusivamente. “No resulta necesario para su aplicación la existencia de un daño resarcible o que deba ser peticionado en un proceso principal de daños y perjuicios u otro diferente. Basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio.”³⁵

“Los daños punitivos no son accesorios de otros daños (sean éstos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales) y, por lo tanto, no debe depender su aplicación de que se haga lugar o no a los rubros indemnizables reclamados, pues ello no es una condición de procedencia de la multa civil. Ello no es óbice a que, en caso de acreditarse la consecuencia dañosa, ésta sea una pauta para el juzgador para determinar, junto a, fundamentalmente, la gravedad de la conducta del proveedor, la vigencia y entidad de la sanción punitiva a imponer. Así, el

³² Chamatropulos, Alejandro. *Op. Cit* “Legislación Usual Comentada (...)”; “Sección 9. Carácter accesorio”.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41797085/v1/document/D583D2F3-12D8-04CC-2EE6-9D583DC7F4F8/anchor/F0AE9568-862B-B22E-75DC-6E26BEAF2CB3>

³³ Chamatropulos, Alejandro. *Op. Cit*. “Legislación Usual Comentada (...)”; “Sección 9. Carácter accesorio”.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41797085/v1/document/D583D2F3-12D8-04CC-2EE6-9D583DC7F4F8/anchor/F0AE9568-862B-B22E-75DC-6E26BEAF2CB3>

³⁴ Chamatropulos, Alejandro. *Op. Cit*. “Legislación Usual Comentada (...)”; “Sección 9. Carácter accesorio”.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41797085/v1/document/D583D2F3-12D8-04CC-2EE6-9D583DC7F4F8/anchor/F0AE9568-862B-B22E-75DC-6E26BEAF2CB3>

³⁵ “Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios” Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Común, Sala 2, San Miguel de Tucumán, 27-07-17.

<http://www.saij.gob.ar/camara-civil-comercial-comun-local-tucuman-esteban-noelia-estefania-cerveceria-malteria-quilmes-saicag-danos-perjuicios-fa17240001-2017-07-27/123456789-100-0427-1ots-eupmocsollaf>

eventual daño que pueda verificarse se presenta como una herramienta que le asiste al juzgador a la hora de decidir la entidad o el quantum de la sanción.”³⁶

4) A pedido de parte

Se trata de un requisito legal del artículo 52 bis, LDC y del artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia: los daños punitivos no pueden ser aplicados de oficio. Ciertos autores como Chamatropulos y Álvarez Larrondo son críticos respecto de este requisito ya que “la aplicación de la sanción no puede quedar sujeta al eventual conocimiento que del instituto tenga el consumidor, cuando la herramienta en cuestión ha sido instaurada para cumplir finalidades preventivas.”³⁷

En esta misma línea y en base a los principios fijados en el nuevo artículo el artículo 1.710 del Código Civil y Comercial ³⁸, Brusa entiende que existe de hecho una vía legal que permite la aplicación de oficio: “cabe la posibilidad de exigir al magistrado interviniente que ordene medidas de oficio para evitar la producción de un daño o disminuir su magnitud, independientemente de lo que se hubiera solicitado en la demanda (...). Particularmente en cuestiones relacionadas con los derechos de los consumidores en donde el magistrado podrá desde un caso particular detectar otros afectados que merezcan protección en sus derechos - de raigambre constitucional- e intervenir de oficio con alguna medida que considere necesaria para evitar o disminuir el daño, tales como la imposición de una sanción de daño punitivo, de esencial carácter preventivo”. ³⁹

Molina Sandoval, por el contrario, considera que permitir la aplicación de oficio de la multa civil implicaría la imposición de una sanción sin garantizársele al destinatario de ésta el

³⁶ Raschetti, Franco. “Acerca de la constitucionalidad y el carácter autónomo de los daños punitivos. Nota a fallo CNCiv. sala A, 28/10/2019 "Grauberger, Claudio Omar c. FEMSA de Buenos Aires SA s/ daños y perjuicios." Revista Jurídica Argentina. La Ley, 2020. RNPI en trámite - ISSN en trámite

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/DIARIOLL/B2020/v1/document/90C20C4D-669B-9361-EAFA-725E6EAAFB93/anchor/90C20C4D-669B-9361-EAFA-725E6EAAFB93>

³⁷ Álvarez Larrondo, Federico M., "La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino", JA, 2008-II-1246.

³⁸ Artículo 1710.- “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.”

³⁹ Brusa, Juan Agustín . *Op. Cit.*

ejercicio de su derecho de defensa. Agrega que se vulneraría, en última instancia, el principio de congruencia.⁴⁰

5) A favor del reclamante. El destino de la multa.

Por imperativo legal la multa es a favor del damnificado. Ahora bien, cabe preguntar si esta solución legislativa respecto del destino de la multa es a los fines de la prevención y la disuasión.

Para una parte de la doctrina el enfoque legislativo es el correcto, ya que estimula a la parte actora a peticionar la sanción y su aplicación funciona como una recompensa por el tiempo y el dinero invertidos. Brusa incluso considera a esta recompensa como una finalidad propia de la figura.⁴¹

López Herrera dice que un juicio por daños punitivos “significa la exposición a riesgos (...) no solo económicos sino profesionales, por la reputación que se pone en juego al iniciar este tipo de juicios y quién sabe si no personales por los intereses que se tocan”⁴² lo cual pareciera suficiente para recompensar al actor con el monto resultante de la multa.

Otros autores, como Sobrino, se inclinan hacia una posición mixta: sugieren que la mejor opción sería que mitad del monto vaya a quien solicitó la pena (para así estimular la petición) y que la otra mitad se destine a engrosar las partidas presupuestarias correspondientes a educación, salud y justicia.⁴³

En el original artículo 1587 del proyecto de reforma del Código Civil de 1998 era el tribunal quién decidía sobre el destino de la multa. Luego, la Comisión de Legislación General propuso una solución alternativa: la multa sería destinada a fondos especiales locales para cobros de indemnizaciones frente a condenados insolventes y hasta un 30% de la multa podía ser destinada a la peticionante a discreción del juez. Como sabemos, dicho proyecto de reforma no resultó viable pero no se puede negar que se trataba de una interesante propuesta.

En el artículo 1.714 del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de 2012, se proponía que la sanción tuviera el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Finalmente, este artículo no fue acogido en el nuevo Código y en el actual sistema tanto en

⁴⁰ Molina Sandoval, Carlos A. Derecho del Consumo, Advovatus, Córdoba, 2008, p.87.

⁴¹ Brusa, Juan Agustín. *Op.Cit.*

⁴² López Herrera, Edgardo, “Los daños punitivos. Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor (art, 52 bis, ley 24.240)”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 319

⁴³ Sobrino, Augusto R., “Los daños punitivos: Una necesidad de la postmodernidad”, JA, 1996-III-976.

la LDC como la Ley de Defensa de la Competencia, se establece que la multa será exclusivamente a favor del consumidor o damnificado, respectivamente.

El actual anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor propone la regla de destino a favor del consumidor con la excepción de cuando los daños punitivos han sido solicitados en acciones colectivas por legitimados activos que no son consumidores, en cuyo caso la multa será destinada a un fondo especial.

Teniendo en cuenta que la multa civil tiende a finalidades preventivas y disuasivas para evitar conductas similares en el futuro y así proteger intereses de los consumidores, y no a generar un beneficio patrimonial para el peticionante, nos inclinamos por una propuesta mixta y consideramos que una alternativa consistente con estas finalidades sería que parte del dinero derivado de la multa fuera destinado a cuestiones relacionadas con este propósito (como por ejemplo, fondos relacionados con la educación en materia de consumo), pero sin desconocer que los mismos proceden por razón de la petición de parte, por lo que también sería necesario que el peticionante se beneficie con un porcentaje de la multa.

6) En casos de incumplimiento grave

i. De la redacción del artículo 52bis LDC y del artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia se desprende que el mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales en el marco de una relación de consumo es suficiente para la aplicación de la multa civil. La gravedad del caso sólo es un medio para calcular el quantum, pero no se requiere de gravedad en el incumplimiento. Sin embargo, jueces y autores consideran que el factor de atribución subjetivo juega un rol esencial para la aplicación de daño punitivo.

Así, se ha dicho que “si bien es cierto que fue criticado el alcance amplio con el que fue legislada esta multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella exterioriza menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.”⁴⁴

En este sentido, el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de 2012 se inclinaba por incorporar un factor subjetivo de procedencia para la aplicación de la sanción pecuniaria: el *grave menosprecio* hacia los derechos del consumidor.

Si bien finalmente la multa civil no forma parte del nuevo Código Civil y Comercial, los tribunales han entendido que los daños punitivos “únicamente proceden en supuestos de

⁴⁴ K., R. E. c. Caja de Seguros S.A. s/ ordinario., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala B. 05-02-2020 El Derecho - Diario, Tomo 288 Cita Digital: ED-CMXX-494

particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o en ciertos casos, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.”⁴⁵

Un precedente obligado de la jurisprudencia en este sentido resulta la causa “*Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/nulidad de acto jurídico*” del año 2018, donde la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca entendió que en atención al carácter punitivo de la figura, no bastaba con el mero incumplimiento, sino que era necesario que se tratara de una conducta particularmente grave, “caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia” ⁴⁶.

ii. El trato digno

El trato digno no se menciona en el artículo 52bis LDC sino en el artículo 8 bis de la misma norma, que fue incorporado a la legislación en forma simultánea a través de la Ley 26.361.⁴⁷ El artículo 8 bis LDC se vincula a su vez directamente con el artículo 42 de la Constitución Nacional, que reconoce al trato digno y equitativo para los consumidores como derecho fundamental.

Podemos decir que el artículo 8 bis LDC fija los principios deontológicos del daño punitivo y que el artículo 52 bis LDC viene a complementarlo, delimitando los aspectos prácticos de aplicación, tales como los presupuestos de procedencia y topes de cuantificación.

⁴⁵ T., G. E. y otros c. Cablevisión S.A. s/ ordinario. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala A. 05-12-2019. El Derecho - Diario, Tomo 286. ED-CMXIV-569

⁴⁶ “Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico”. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. 17-10-2018

https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=163385&fbclid=IwAR29XSmEtk1FnM-UnNLiHIcLXW5Ap5nWBxeTCOS_1PkQw3kXe06f2kBozU

⁴⁷ "Artículo 8 bis. Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato dignos y equitativos a los consumidores y usuarios- Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialicen.

Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.- En los reclamos extrajudiciales de deudas deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.

Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al Consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor".

El trato digno a los usuarios y consumidores es un concepto amplio: “puede significar, entre otras cosas, que el proveedor tenga que contar con la organización y personal idóneos para la atención del consumidor; que no lo someta a largas esperas; que existan habilitados centros de atención de reclamos con capacidad operativa para dar respuestas en tiempo razonable; que se cuide la calidad del servicio; que en la atención y prestación del servicio se considere la situación de los consumidores más vulnerables; etcétera.”⁴⁸

Al respecto, teniendo en cuenta el principio del trato digno como razón de ser del daño punitivo, consideramos que todos los incumplimientos en materia de consumo que llegan a una instancia de sentencia judicial reconocen un elemento de gravedad y por ende, son pasibles de aplicación del daño punitivo. Esto, porque los consumidores agraviados se ven obligados a someterse al incordio procesal cuando en la mayoría de los casos, como se ve en el Capítulo 5, los reclamos podrían haber sido resueltos por las empresas expeditivamente por vía telefónica, o en la instancia administrativa, o de mediación, o incluso en las audiencias judiciales, en cualquier caso sin necesidad de llegar a la última instancia de un proceso judicial oneroso en tiempo y dinero. La actitud intransigente de las empresas de llevar sus casos de incumplimiento hasta la etapa de sentencia (sólo entonces opera la aplicación del daño punitivo), a sabiendas de que en cualquier caso la inconducta significa una violación al derecho constitucional de trato digno a los usuarios y consumidores, siempre revestirá suficiente gravedad.

iii. Culpa lucrativa

Un párrafo especial respecto de la gravedad del incumplimiento merece el concepto de culpa lucrativa, i.e.: “aquella conducta mediante la cual una persona, dolosamente o mediante culpa grave, comete un ilícito que le conviene económicamente; es decir, ejecuta una acción sabiendo que, aun pagando los resarcimientos por los perjuicios que le hubiese causado a terceros con la misma, le queda una suerte de saldo a su favor.”⁴⁹

El clásico caso para explicar la culpa lucrativa es *Grimshaw v. Ford Company Co.* Conocido como “Caso Ford Pinto”, de la Corte de California, 1981. En este juicio se demandó a la empresa automotriz como consecuencia de la explosión de un vehículo derivada de un defecto de fabricación. Decimos que se dio un supuesto de culpa lucrativa, ya que se

⁴⁸ Frustagli, Sandra y Carlos A. Hernández en “Tratado de Derecho del Consumidor”. Stiglitz, Gabriel A., Hernández, Carlos A., directores. Tomo I, Capítulo X - Prácticas comerciales abusivas”. La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2015.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41885107/v1/document/865E03A2-F929-E509-C1CA-C2298B7B0F07/anchor/865E03A2-F929-E509-C1CA-C2298B7B0F07>

⁴⁹ Chamatropulos, Demetrio Alejandro. “Legislación Usual Comentada (...)Op Cit “ Sección 18. No limitación de la figura a supuestos de “ilícitos lucrativos”

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41797085/v1/document/D583D2F3-12D8-04CC-2EE6-9D583DC7F4F8/anchor/A936EE1B-5A9B-DEAE-D8BA-BD9535A5CCCD>

comprobó que la compañía estaba al tanto de las fallas en cuestión, y, luego de hacer el cálculo costo-beneficio respectivo, decidió mantener el producto en el mercado sin corregir sus vicios, calculando que sería menos gravoso pagar las indemnizaciones a eventuales víctimas que reparar las fallas en cada una de las unidades fabricadas. El monto histórico de 125 millones de dólares por daños punitivos tuvo en cuenta las ganancias que el accionar ilícito le reportarían a la empresa.⁵⁰

Ha entendido la jurisprudencia que “dicho instituto de carácter excepcional debe ser empleado con prudencia frente a una plataforma fáctica que evidencie claramente no sólo una prestación defectuosa del servicio, sino también una intencionalidad de obtener provecho económico del accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones. Resulta necesario que alguien haya experimentado un daño injusto y que exista una grave inconducta o que se haya causado un daño obrando con malicia, mala fe o grosera negligencia.”⁵¹

Como veremos, la obtención de una ganancia (o intención de obtenerla) como resultado de la conducta dañosa es una de las categorías esenciales para la aplicación de daños punitivos en Inglaterra. Si bien la culpa lucrativa no es condición necesaria en nuestro sistema, los tribunales deberían tomarla en cuenta para determinar la cuantía de la multa ya que “si una empresa encuentra más beneficioso desarrollar una conducta que vulnera los derechos del consumidor que ajustarse a derecho, porque aun pagando los reclamos que tenga continúa recibiendo beneficios, habrá que entender que la empresa no ha fallado. Lo que ha fallado es el sistema que coloca límites a su conducta.”⁵²

7) con finalidad preventiva, disuasiva y punitiva.

Las penas privadas, cual es el caso del daño punitivo, tienen por finalidad prevenir graves inconductas futuras ante el temor que provoca la sanción; reflejar la desaprobación social frente a éstas; proteger el equilibrio de mercado, y dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente, los de carácter lucrativo.⁵³

⁵⁰ Chamatropulos, Demetrio Alejandro “Legislación Usual Comentada (...)” *Op.Cit.* “ Sección 12. ¿Los daños punitivos deben respetar alguna proporción? Conveniencia o no de topes”

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41797085/v1/document/D583D2F3-12D8-04CC-2EE6-9D583DC7F4F8/anchor/801D1E4C-8D1B-6FFD-430E-57809175606B>

⁵¹ “C. A. c/ SEGUROS SURA S.A s/ ORDINARIO-CUMPLIMIENTO/RESOLUCION DE CONTRATO” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba - Cámara Primera. 06-11-2018. El Derecho - Digital, 2019 ED-DCCCXXXVIII-944

⁵² Brusa, Juan Agustín. *Op.Cit.*

⁵³ Galdós, Jorge Mario. *Op.Cit.* “IV. El art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor. 4. Otros requisitos. 4.2. Las funciones.”

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41885109/v1/document/2F2BD55B-EC87-AB8B-BB6C-9E21913D1BB2/anchor/155442EB-A08F-1671-7D23-E32D9BE14990>

“Los daños punitivos devienen indispensables para todo el ámbito del Derecho del Consumo, dado que es uno de los pocos instrumentos legales, por lo cuales se puede disuadir y prevenir que proveedores tengan una conducta antisocial o en contra de la comunidad”.⁵⁴

Dado que las sanciones civiles son de carácter excepcional en el derecho privado, es importante hacer foco en su finalidad para delimitar su aplicación.

Los autores han reconocido al castigo y la disuasión (a veces también referida como prevención) como finalidades principales de la figura⁵⁵: los daños punitivos están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.⁵⁶

Chamatropulos e Irigoyen Testa⁵⁷ entienden que la disuasión es en realidad la finalidad primordial de la multa y que el castigo es sólo un medio para alcanzarla.⁵⁸ Así, “con una condena que podría parecer económicamente desmesurada, se intenta crear en realidad un impacto psíquico en el dañador y en el resto de los miembros de la comunidad, intentando que este tipo de conductas dañosas no se repitan”.⁵⁹

Álvarez Larrondo, Bru⁶⁰, Brusa⁶¹ por su parte, ven en la prevención la finalidad primordial. “La principal función de la figura es la prevención. Se busca que en el futuro ni el autor del

⁵⁴ Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial, ...T I, p. 145

⁵⁵ Chamatropulos, Demetrio Alejandro “Legislación Usual Comentada (...)” *Op.Cit.* “ Sección 5 “Finalidades: disuasión (principal) y castigo (accesoria)”

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41797085/v1/document/D583D2F3-12D8-04CC-2EE6-9D583DC7F4F8/anchor/8F81C94F-72BD-8618-98FD-61308F2620B0>

⁵⁶ Pizarro, Ramón D., "Daños Punitivos", en “Derecho de Daños, segunda parte”. La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291; Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 374, en igual sentido ver, Picasso, Sebastián, "Sobre los denominados 'daños punitivos'", LA LEY, 2007-F, 1154 del 13/12/2007; Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 557.

⁵⁷ Irigoyen Testa, Matías, "¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?", nro. X, RCyS, La Ley, 2009.

⁵⁸ Chamatropulos, Demetrio Alejandro “Legislación Usual Comentada (...)” *Op.Cit.* “ Sección 5 “Finalidades: disuasión (principal) y castigo (accesoria)”

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41797085/v1/document/D583D2F3-12D8-04CC-2EE6-9D583DC7F4F8/anchor/8F81C94F-72BD-8618-98FD-61308F2620B0>

⁵⁹ Shina, Fernando “Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos”. Jurisprudencia Argentina, Número Especial 2009 - III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 30 de septiembre de 2009, pg. 45

⁶⁰ Bru, Jorge - Stiglitz Gabriel, en Dante Rusconi (coord.), “Manual de derecho del consumidor”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 426).

⁶¹ Brusa, Juan. *Op. Cit.*

daño ni el resto de la sociedad cometa este tipo de hechos graves, actuando con un fuerte sentido docente y ejemplificador. La otra finalidad es represiva, busca castigar la comisión de este tipo de hechos."⁶²

La función o finalidad de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal, que es la disuasión de los daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente; y la accesorio, que es la sanción al dañador, ya que toda multa civil tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria.⁶³

A las funciones de disuasión y sanción, Trigo Represas agrega una tercera finalidad complementaria de la multa civil que se relaciona con la culpa lucrativa que consiste en hacer desaparecer los beneficios obtenidos injustamente por parte del proveedor en su actividad dañosa.⁶⁴ Como hemos dicho, sin embargo, la culpa lucrativa no es en nuestro sistema un presupuesto de viabilidad por lo que no se requiere necesariamente que haya habido beneficio económico en la conducta dañosa.

⁶² Álvarez Larrondo, Federico M., "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", LL del 29/11/2010, p. 9 (LL Online, p. 4).

⁶³ F. de S., S. c. Telecentro S.A. s/ordinario., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala F, 17-10-2019, El Derecho - Diario, Tomo 288 Cita Digital: ED-CMXXII-104

⁶⁴ Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Buenos Aires, 2004. Pág. 569.

Parte II

Capítulo 5. Aplicación del daño punitivo por los tribunales argentinos

Existen muchos casos en todo el país en los que se ha evaluado la procedencia o improcedencia de los daños punitivos. Enunciaremos aquí solo algunos de los casos más estudiados y por la doctrina hasta la fecha, a fines de entender la diversidad de reclamos que han dado lugar a la solicitud, así como los montos disímiles fijados para condenar a empresas incumplidores.

- **“Teijeiro , Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G.”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Córdoba, 2012.**⁶⁵

Empresa de bebidas. Condena por daño punitivo: \$0.

Hechos: El actor había encontrado un envoltorio de gel íntimo en una botella de gaseosa Pepsi.

Decisión en primera instancia: Se condenó por \$ 1.500 en concepto de indemnización y \$ 2.000.0000 por daño punitivo.

Decisión de Cámara: La alzada revocó el decisorio ya que consideró que no se logró probar “una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar los costos o incrementar la ganancia” y que la empresa demandada había demostrado medidas de seguridad suficientes en el proceso de producción. La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia en 2014.

- **“Raspanti, Sebastián c/ AMX Argentina S.A.”, Cámara Sexta de Apelaciones Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, 2015.**⁶⁶

Empresa de telefonía. Condena por daño punitivo: \$280.000.

Hechos: Raspanti inició la demanda en base a errores de facturación por parte de la empresa telefónica y gastos relacionados y solicitó el reintegro del cobro de cargo de “gestión de cobranza”, solicitando además la aplicación de daño punitivo.

Decisión de primera instancia: El daño punitivo fue rechazado en primera instancia.

⁶⁵ “Teijeiro (o) Teigeiro Luis Mariano c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. - Abreviado - Otros - Recurso de Casación”. Expte. 1639507/36 - T 14/12., 21 de febrero de 2017. Id SAIJ: SUH0004364

⁶⁶ Raspanti, Sebastián c/ AMX Argentina S.A. s/ Ordinarios - Otros - Recurso de apelación Expte. N° 1751961/36, Cámara 6ta de apelaciones en lo Civil y Comercial, Córdoba, 26 de marzo de 2015. Id SAIJ: FA15160006

Decisión de Cámara: Se consideraron cumplidos los extremos del artículo 52 bis LDC, y se resaltó el total desinterés de la empresa frente el reclamo del damnificado en base a la actitud procesal de insistir en todas las instancias con la legalidad del rubro gestión de cobranzas por una cobranza que nunca se realizó y una deuda que nunca existió. “Constituye un hecho grave susceptible de multa civil por trasgresión del art. 8 bis LDC, que exige un trato digno al consumidor, colocarlo en un derrotero de reclamos”. Se condenó a la empresa a daño punitivo por la suma peticionada por el actor de \$ 280.000, que se relacionaba con el importe de las ganancias percibidas por Telecom por la recaudación total en concepto de “cargo de gestión de cobranza” desde julio de 2008, cuando comenzaron los cargos, hasta la fecha de la pericia que confirmó el monto.

- **“Arrigoni, Ignacio c/ Telecom Personal S.A. -Ordinarios- Otros”. Cámara Octava de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, 2016.⁶⁷**

Empresa de telefonía. Condena por daño punitivo: \$ 200.000.

Hechos: El actor había detectado una sobrefacturación por llamados no realizados desde su teléfono. Requirió información sobre la facturación de su línea telefónica a la empresa, la cual no fue provista en la instancia administrativa, a pesar de haber prometido hacerlo en el marco de los reclamos en la Oficina de Defensa del Consumidor.

Decisión de primera instancia: Se hizo lugar a la demanda por los importes sobrefacturados, una pequeña suma en concepto de daño moral y la suma de \$50.000.- por daño punitivo.

Decisión de Cámara: La Cámara elevó la suma fijada por daño punitivo en primera instancia a la cantidad de pesos \$ 200.000, y para ello consideró que: “el desprecio por los derechos del consumidor e inclusive por la autoridad de aplicación, pone en evidencia la actitud renuente y dilatoria de la demandada.”.

- **“Paz, Jorge Alberto c / Volkswagen de Argentina S.A. ", Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, 2017.⁶⁸**

Empresa automotriz. Condena por daño punitivo: \$ 3.308.622,90

Hechos: Los defectos de fabricación de un vehículo derivaron en un accidente de tránsito con lesiones a varias personas.

⁶⁷ "Arrigoni, Ignacio c/ Telecom Personal S.A. - Ordinarios - otros". Expte. 2192344/36. Cámara Octava de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, 19/05/2016.

⁶⁸ “Paz, Jorge Alberto c. Volkswagen de Argentina S.A. s/ sumarísimo”, Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, 15/09/2017, Cita Online: AR/JUR/62506/2017

Decisión de primera instancia: Se rechazó la demanda por falta de prueba de que los vicios ocultos hubieran sido la causa de la producción del siniestro.

Decisión de Cámara: La alzada condenó a pagar los daños sufridos como resultado de defectos en la fabricación por cada uno de los actores por un total de pesos \$ 1.550.000 y se fijó una sanción de daño punitivo por la suma de pesos \$ 3.308.622,90 (calculado como el equivalente a diez automotores 0 km del mismo modelo que el que generó el siniestro). El tribunal consideró que se evidenciaron los defectos de fabricación y ello implicó “una conducta desaprensiva no solo para con los actores sino para toda la sociedad en función de la existencia de al menos otros tres mil autos en las mismas condiciones (grupo defectuoso) en nuestro país.”

• **“Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G.” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala II , 2017 ⁶⁹**

Empresa de bebidas. Condena por daño punitivo: \$500.000.

Hechos: La actora encontró una pila alcalina dentro de una botella de gaseosa 7Up.

Primera instancia: En primera instancia los rubros daño moral y daño punitivo fueron desestimados y solo se condenó a la empresa por la suma de \$8, en concepto de daño patrimonial.

Decisión de Cámara: La Cámara revocó el decisorio y consideró que si la pila llegó al interior de la botella fue por una negligencia grave de la demandada. Lo interesante del fallo es que la Cámara tomó en consideración la conducta “reiterada, reincidente y hasta cierto punto recalcitrante” de Cervecería y Maltería Quilmes S.A. en casos anteriores y de otras jurisdicciones, como el caso Teijeiro. Así, el tribunal tucumano entendió que “los prestigiosos tribunales cordobeses parecen perder de vista el alto interés público, que excede ampliamente el particular del concreto consumidor, en que semejante negligencia por parte de Cervecería y Maltería Quilmes S.A. en el futuro no provoque una catástrofe de intoxicación de cientos o miles de personas”.

• **“Canepa, Luis Alberto c/ Provincia Seguros S.A. s/ Cumplimiento de Contrato”. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, de la ciudad de Mar del Plata, 2017. ⁷⁰**

Empresa aseguradora. Condena por daño punitivo: \$ 200.000.

⁶⁹ “Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios”, Cámara en lo Civil y Comercial Común. San Miguel de Tucumán, 27/07/2017. Id SAII: FA17240001

⁷⁰ Canepa, Luis Alberto c/ Provincia Seguros S.A. s/ cumplimiento de contratos”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata - 31/10/2017. Citar: elDial.com - AAA3AA

Hechos: Ante la negativa de la compañía de seguros de prestar cobertura a un siniestro a pesar de haber contratado una póliza todo riesgo, con franquicia, Cánepa inició una acción en concepto de daño material, privación de uso, daño moral y daño punitivo.

Decisión de Primera Instancia: En la sentencia de primera instancia, se condenó a la aseguradora solamente por la suma necesaria para cubrir los costos de la reparación del automotor.

Decisión de Cámara: La alzada procedió a daños punitivos por \$200.000 principalmente basándose en el comportamiento evasivo y desinteresado de la demandada en instancias previas al juicio y luego, las displicentes conductas procesales en numerosas audiencias conciliatorias que demostraron una inconducta grave en desprecio hacia los derechos de los consumidores por parte de la demandada.

• **“Castelli, María Cecilia c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Nulidad de Acto Jurídico”, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 2018⁷¹**

Entidad Financiera. Condena por daño punitivo: \$1.000.000.

Hechos: El banco había prometido a Castelli una tarjeta de crédito en forma gratuita pero terminó por cobrarle gastos de manutención por una cuenta corriente relacionada, etc. La mora por parte de la damnificada en el pago de dichos gastos resultó en la publicación de su nombre como deudora de alto riesgo en los servicios de antecedentes crediticios

Decisión en primera instancia: Se rechazó la demanda por abstracta, ya que las partes habían homologado un acuerdo (que no se cumplió) en instancia administrativa.

Decisión de Cámara , confirmada por Corte Provincial: El tribunal revocó la sentencia de primera instancia. La actora había solicitado daños punitivos por \$50.000. sin embargo, la Cámara impuso \$1.000.000 por este concepto. Este fallo constituye un paradigma ya que excede considerablemente el monto peticionado a fin de asegurar la función ejemplificadora. Asimismo, es el primer fallo en el que se aplica (y detalla pormenorizadamente) la fórmula matemática de Irigoyen Testa. También se tomó en cuenta a los fines del cálculo la conducta procesal evasiva desplegada por el demandado, que ni siquiera contestó la demanda mientras que la consumidora no tuvo más remedio que accionar judicialmente para borrar consecuencias que jamás generó, por un producto que nunca pidió: “estas actitudes sólo pueden aventarse en el futuro (y este es el fin primordial del “daño punitivo”) con sumas en concepto de multa civil que disuadan al infractor de la alternativa de reincidir .”

⁷¹ “ Castelli, María Cecilia c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Nulidad de acto jurídico”, Suprema Corte de Justicia. La Plata, Buenos Aires, 17/10/2018. Id SAIJ: FA18010078

- **“A., C. H. y otros c/F. E. s/ daños y perjuicios”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M. Julio 2020.** ⁷²

Colegio Privado. Condena por daño punitivo: \$ 2.000.000.

Hechos: Los padres de una niña abusada sexualmente a la edad de 2 años reclamaron daños y perjuicios contra el establecimiento educativo privado donde se cometió el delito (acreditado en sede penal) y solicitaron además la aplicación de daños punitivos, teniendo en cuenta las graves conductas de encubrimiento por parte del establecimiento, que también fueron acreditadas en sede penal.

Decisión de Primera Instancia: Se admitió la procedencia de daños punitivos a favor de la niña por \$ 1.000.000 pero no respecto de los padres.

Decisión de Cámara: Se confirmó la aplicación de daño punitivo por la suma total de \$ \$1.000.000 a favor de la menor y se agregó la suma de \$1.000.000 a favor de los padres (\$500.000, a cada uno).

⁷² “A.C.H. y otros c/ F.E. s- Daños y Perjuicios” Expte. 25.421/2014. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M. 01/07/2020.

Parte III

Capítulo 1. El daño punitivo en el ordenamiento jurídico inglés

La figura del daño punitivo se aplicó por primera vez en la historia en Inglaterra en el año 1763, cuando en el caso *Wilkes v. Wood*⁷³ se otorgó una suma de dinero superior a la indemnización del daño sufrido en ocasión de allanamiento ilegal con el propósito de disuadir comportamientos similares en el futuro. El instituto fue utilizado por los tribunales ingleses durante dos siglos en variadas situaciones sin mayor delimitación, hasta que en 1964, en el *leading case Rookes v. Barnard*, la Casa de los Lores instituyó como *common law* las tres categorías excluyentes para su procedencia, las cuales se explicarán detalladamente en el capítulo 2 de esta Parte III.

A modo de introducción, los daños punitivos proceden en Inglaterra en la actualidad sólo ante casos de:

- a) una conducta opresiva, arbitraria o inconstitucional ejercida por parte de un *servant of government* en ejercicio de sus funciones, ó
- b) una conducta dañosa cometida con el fin de obtener una ganancia y habiendo calculado el demandado que la misma sería mayor que una eventual condena por el hecho, ó
- c) cuando la aplicación del daño punitivo se encuentre autorizada por estatuto.

1) La cuestión de la denominación

Tal como hemos dicho en el Capítulo 3 de la Parte II, el término daño punitivo proviene de la expresión inglesa *punitive damages*. El uso de su traducción literal es considerada desacertada por la doctrina argentina, que prefiere el uso de otros términos más comprensivos. Pero también en el idioma inglés esta denominación es cuestionada. Así, se ha dicho en la doctrina inglesa que es preferible utilizar el término *exemplary damages* (indemnización ejemplar), ya que éste pone foco en la disuasión, mientras que *punitive damages* pone énfasis sólo en el castigo.⁷⁴

El informe sobre *aggravated, exemplary and restitutionary damages* presentado por la *Law Commission*⁷⁵ a la Casa de los Lores en el año 1997 se expide acerca de la conveniencia o no

⁷⁴ McGregor, Harvey, “McGregor on Damages”, 20th Ed. Original Mainwork. Part 2 Non-Compensatory Damages. Chapter 13 - Exemplary Damages Part I. - The Exceptional Nature of Exemplary Damages. 13-001

⁷⁵ <https://www.lawcom.gov.uk/about/> La *Law Commission* es un organismo independiente creado estatutariamente en 1965 con el propósito de:

de la modificación del régimen legal existente para las figuras de daño moral, daño punitivo y daño reparatorio, y recoge exhaustivamente todos los antecedentes, principios y presupuestos de aplicación para cada una de estas figuras utilizadas a lo largo del tiempo, por lo que será la principal fuente de consulta en este trabajo en materia de normativa inglesa. La expresión *punitive damages* no es utilizada a lo largo de la obra y, por el contrario, la terminología preferida es *exemplary damages* (con excepción del resumen de recomendaciones al final del informe, cuando la comisión se refiere, en unas pocas líneas a las condiciones que deben observar los jueces y jurados al aplicar los *punitive damages*).

Vemos entonces que así como ocurre en Argentina, la expresión *punitive damages* no es la preferida en la actualidad en Inglaterra y que, término *exemplary damages* es preferido a fin de enfatizar en las finalidades disuasiva y ejemplificadora.

Luego de hacer referencia a las actuales preferencias en cuanto a la denominación, en esta Parte III nos referiremos a daño punitivo, indemnización ejemplar, *punitive damages* o *exemplary damages* en forma indistinta.

3) Antecedentes previos al *leading case Rookes v. Barnard*

Como dijéramos, el primer antecedente histórico de aplicación de daño punitivo es el caso inglés *Wilkes v. Wood* del año 1763.

El periódico *North Briton* había publicado en su edición 45° un artículo sobre el discurso del Rey Jorge III en ocasión de la apertura de las sesiones del Parlamento, en el que manifestaba su apoyo a la firma del Tratado de París luego de la Guerra de los Siete Años.

La publicación del artículo fue interpretada como un agravio contra el monarca y alguno de sus ministros, y en ello se basó el secretario de estado Lord Halifax para dictar una orden de allanamiento y requisa de los papeles y publicaciones del periódico. La medida fue cumplida en la residencia de Wilkes, que era el editor del periódico y presunto autor del artículo. Wilkes llevó el caso a los tribunales invocando *trespass to land*⁷⁶ y alegó que una indemnización insignificante no sería suficiente para poner fin a la violación de sus derechos civiles.

En el caso se otorgó a Wilkes una suma de dinero superior a la indemnización del daño material sufrido con el principal propósito de disuadir comportamientos graves similares en

-
- Asegurar que la ley sea lo más justa, moderna, simple y económica posible
 - Llevar a cabo investigaciones y consultas a fin de hacer recomendaciones sistémicas para consideración del Parlamento.
 - Codificar la ley, eliminar anomalías, descartar decretos obsoletos e innecesarios y reducir el número de estatutos.

⁷⁶ Allanamiento ilegal / invasión de propiedad privada.

el futuro. Se trató del primer antecedente en la historia de aplicación de una sanción pecuniaria con fines punitivos y disuasivos.⁷⁷

En el mismo año y también el marco de la edición 45° del North Briton., en el caso *Huckle v. Money*, se demandó también a Lord Halifax, quien esta vez había enviado una orden de detención contra Huckle, empleado del North Briton, quien resultó privado de su libertad por seis horas, por lo que inició una causa por *false imprisonment*⁷⁸ que derivó en una indemnización total que incluyó la aplicación de daños ejemplares por trescientas libras, mientras que por los daños efectivamente sufridos la indemnización apenas alcanzaba las veinte libras.⁷⁹

Desde entonces y hasta la actualidad, los tribunales ingleses han utilizado a los daños ejemplares con funciones de castigo y disuasión siguiendo el principio acogido en *Wilkes*: “las compensaciones existen no sólo para la satisfacción del injuriado, sino también como un castigo al culpable, para disuadirlo de cometer tal conducta en el futuro y como prueba del repudio del jurado sobre la acción misma”.⁸⁰

Sin embargo, no fue sino hasta doscientos años después del primer antecedente que la Casa de los Lores decidió revisar la situación legal de los daños ejemplares. Lo hizo en el *leading case Rookes v Barnard*⁸¹ de 1964, fallo que es hasta hoy la columna vertebral en la materia.

En este fallo, Lord Devlin, hablando en representación de todo el órgano y destacó que los *exemplary damages* son anómalos ya que confunden funciones civiles y penales de la ley y que, si bien no es menester abolirlos, debe dárseles una clara delimitación.

Desde la sanción del fallo *Rookes*, la aplicación de daños punitivos está justificada solamente ante la presencia de tres categorías que Lord Devlin convirtió en *common law* y que se explicarán detalladamente en el capítulo siguiente.

⁷⁷ Gauna, Laura Cecilia. “El planteo de los daños punitivos o punitive damages” en “Práctica y Estrategia Derechos del consumidor.” Carlos Eduardo Tambussi. Director La Ley S.A.E. e I., 2015

⁷⁸ Privación ilegítima de la libertad.

⁷⁹ Gauna, Laura Cecilia. *Op. Cit*

⁸⁰ “A jury have it in their power for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future and as a proof of the detestation of the jury to the action itself”. Traducción propia.

⁸¹ [1964] AC 1129

Parte III

Capítulo 2. Categorías de *common law* para la procedencia de aplicación del daño punitivo

Como dijéramos, las categorías en las que procede la aplicación del daño punitivo fueron sentadas por Lord Devlin en el *leading case* *Rookes v. Barnard* de 1964. y al ser categorías fijadas por el supremo tribunal, deben ser observadas y aplicadas necesariamente por los inferiores.

- 1) Primera categoría de *common law*: conducta opresiva, arbitraria o inconstitucional ejercida por parte de un *servant of government* en ejercicio de sus funciones

Dentro de esta categoría deberán cumplirse dos presupuestos que analizaremos por separado:

- a) La conducta cuestionada debe haber sido opresiva, arbitraria o inconstitucional.

Cualquiera de estas conductas da lugar a la aplicación de daños punitivos y no es necesario que concurren todas ellas. Este extremo quedó aclarado en *Holden v. Chief Constable of Lancashire*⁸² de 1987. La demandante había sido detenida injustamente por unos veinte minutos, pero no se alegó ni evidenció el uso de la opresión o violencia por parte del agente policial. La Corte de Apelaciones consideró entonces que, en algunos casos, las acciones inconstitucionales, aunque no fueran arbitrarias u opresivas, pueden dar lugar a la imposición de sanciones ejemplares.

- b) Dicha conducta debe haber sido llevada a cabo por un *servant of government*

El concepto de *servants of the government* elegido por Lord Devlin en *Rookes* es muy amplio y no se trata de una categoría específica de empleado o funcionario público. En *AB v. South West Water Services Ltd*⁸³ de 1993 se aclaró que lo que se requiere es que el funcionario se encuentre ejecutando funciones gubernamentales o actuando como agente del gobierno al momento de cometer el ilícito.

En el caso se había iniciado una acción de clase contra una empresa proveedora de agua corriente que había introducido en forma negligente sulfato de aluminio en el sistema de agua potable. Si bien se trató de una conducta dañosa gravísima, no se aplicaron daños punitivos porque no se daban ninguna de las categorías fijadas por Lord Devlin en *Rookes*, y se llegó a la conclusión de que si bien la empresa proveía un servicio público, no se encontraba llevando a cabo funciones de tipo gubernamental.

Es probable que Devlin haya elegido el amplio concepto de *servant of government* para diferenciarlos de otros más específicos como el de *civil servant* que no incluye a ministros del gobierno, miembros de las fuerzas armadas, la policía, oficiales de gobiernos local y

⁸² [1987] Q.B. 380 C.A.

⁸³ [1993] QB 507

cuerpos no departamentales del gobierno del Parlamento, empleados del NHS (servicio nacional de salud) o asistentes de la casa real.

2) Segunda categoría de *common law*: conducta dañosa cometida con el fin de obtener una ganancia y habiendo calculado el demandado que la misma sería mayor que una eventual condena por el hecho.

Dice Lord Devlin en *Rookes* que cuando con un cínico desinterés por los derechos del reclamante el demandado ha hecho el cálculo de que el dinero resultante de su accionar dañoso probablemente superaría al monto de una eventual condena, deben aplicarse daños ejemplares para demostrar que la ley no puede ser quebrada con tal impunidad. Los daños ejemplares están para castigar al demandado haciendo que su conducta no sea reductible⁸⁴. Como hemos visto en el Capítulo 4 de la Parte II la culpa lucrativa no es un requisito de procedencia para el daño punitivo en el ordenamiento argentino, aunque sí puede ser considerada por los jueces al momento de determinar el quantum de la condena. En el derecho inglés, por el contrario, se trata de un presupuesto *sine qua non*.

En *Broome v. Cassell*⁸⁵, un caso por difamación del año 1972, la Casa de los Lores estableció un presupuesto subjetivo agravado: el demandado debió haber tomado la decisión de proceder con la conducta dañosa - aún sabiendo que estaba mal - o sin importarle si estaba mal, ya que las ventajas de proceder con la acción superaban cualquier riesgo en juego.⁸⁶

En *John v. Mirror* de 1997, el célebre cantante Elton John ganó un juicio de difamación contra el periódico amarillista The Sunday Mirror, por un artículo en el que se hacía referencia a supuestos trastornos alimenticios del cantante. Allí se profundizó el factor subjetivo y se dijo que para que puedan proceder daños ejemplares, debe haber seguridad de que la editorial demandada no creía en la veracidad de lo que estaba publicando, debía haber sospechado de la inexactitud de la publicación y que, de haber tomado los recaudos necesarios, la sospecha de inexactitud se hubiera vuelto certeza. Además, la editorial tuvo que haber actuado con la expectativa de una ganancia material, sin necesidad de cálculos aritméticos específicos, solamente motivados en la creencia de que se encontrarían en una mejor situación financiera violando derechos que no haciéndolo.⁸⁷

⁸⁴ The Law Commission. Item 2 of the Sixth Programme of Law Reform: Damages. Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages. To the Right Honourable the Lord Irvine of Lairg, Lord High Chancellor of Great Britain, publicado el 16 de diciembre de 1997. Sección 1.93.

<https://www.lawcom.gov.uk/project/aggravated-exemplary-and-restitutionary-damages/#related>

⁸⁵ [1972] A.C. 1027

⁸⁶ The Law Commission. *Op. Cit.* Sección 1.95.

⁸⁷ The Law Commission. *Op. Cit.* Sección 1.96

3) Tercera categoría de *common law*: autorización expresa por estatuto

Una tercera categoría que fue reconocida por Lord Devlin como suficiente para la aplicación de daños punitivos es que las sanciones ejemplares procedan de una norma legal (estatuto). Como dijéramos en la Parte I, los estatutos o leyes se sancionan en Inglaterra cuando es necesario clarificar o delimitar algún punto del *common law* o cubrir situaciones que no se encuentran previstas en la jurisprudencia.

Para 1964, cuando la Casa de los Lores se expidió en *Rookes*, el único estatuto que permitía expresamente la aplicación de daños punitivos era el de Fuerzas Auxiliares y de Reserva (Protección de Intereses Civiles) Act 1951, Sección 13.2, mediante la cual el juez está facultado a la aplicación de daños ejemplares en reclamos por daños cuando la conducta del demandado lo amerite.⁸⁸

Posteriormente, en la Act 1988 de Copyright, Diseños y Patentes se autorizó al juez a imponer “indemnizaciones adicionales” por lo que, si bien la norma no refiere a daño punitivo en particular, la vaguedad de la redacción da lugar a que pueden ser aplicado.

⁸⁸ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14-15/65/section/13>

Parte III

Capítulo 3. Otros lineamientos del *common law* que los jueces deben considerar al momento de aplicar daños punitivos.

1) “if, but only if”

El “si, y solo si” refiere al carácter excepcional de la figura e implica que los daños ejemplares deben entenderse como un último recurso. Esto significa que su aplicación sólo procede cuando los demás rubros indemnizatorios no son suficientes para cumplir una función de castigo, disuasión y desaprobación.⁸⁹

Lord Devlin afirmaba en *Rookes* que cuando se evalúa la procedencia de daños ejemplares se debe imponer una multa adicional a la de los rubros compensatorios, “si y solo si, la suma que se tiene en mente para la indemnización es inadecuada para castigar al demandado por su indignante conducta, enfatizar en la desaprobación de tal conducta y disuadirlo de no volver a cometerla en el futuro”⁹⁰. Este principio fue recogido en *Broome v. Cassell* de 1972: es solamente cuando el castigo que merece el demandado supera a lo que corresponde como indemnización que el damnificado puede recibir el monto de la diferencia.⁹¹

2) Inconducta del damnificado.

La conducta del accionante puede ser tenida en cuenta al momento de fijar el monto de los daños punitivos sólo si fue la causa de la conducta disvaliosa.⁹² Así, una privación de la libertad derivada de una conducta provocativa por parte del accionante podría llevar a reducir el monto de la sanción.

En *Thompson v Commissioner of Police of Metropolis* y *Hsu v Commissioner of Police of Metropolis* (dos casos de inconducta por parte de agentes policiales), Lord Woolf sostuvo que el jurado debe tener en cuenta que una conducta impropia por parte del reclamante puede llevar a reducir o incluso eliminar la aplicación de daños ejemplares si dicha conducta fue la que causó o contribuyó a causar la acción por la que se reclama⁹³

3) Moderación

⁸⁹ The Law Commission. *Op. Cit.* Sección 1.116

⁹⁰ The Law Commission. *Op. Cit.* Sección 1.115

⁹¹ The Law Commission. *Op. Cit.* Sección 1.116

⁹² The Law Commission. *Op. Cit.* Sección 1.168

⁹³ McGregor, Harvey, *Op.cit.* Part III. - Computation of the Exemplary Award178 Section 1. - Various Criteria Applied by the Courts. 13-039.

Otro de las limitaciones indicadas por Devlin en *Rookes* consiste en que los montos aplicados por *exemplary damages* deben ser moderados teniendo en cuenta que ciertas multas impuestas por jurados en el pasado parecían exageradas e incluso, peor castigo que el que los condenados hubieran recibido en sede penal. La moderación será sin embargo discrecional, ya que no se fijan premisas para su cálculo.

4) Recursos financieros de las partes y ganancia excesiva

Relacionado con la moderación de la condena, otra delimitación en *Rookes* es que al calcular el monto de la sanción se debe tener en cuenta la capacidad de pago del demandado.

También consideró que en el caso de aplicación de sanciones ejemplares se debe restringir su aplicación cuando ello resulte en una ganancia excesiva para el accionante. Esta restricción se reforzó en *Thompson v. MPC*⁹⁴ de 1998, que suma la preocupación de que la ganancia del actor sea a expensas de fondos públicos. Cuando una oficina gubernamental es responsable por el pago de daños ejemplares ese dinero ya no estará disponible para financiar actividades de beneficio público, por lo que el monto de la sanción debe ser especialmente considerado.⁹⁵

5) Existencia de otros castigos penales

En *Archer v. Brown*, de 1984⁹⁶, se desestimó la aplicación de daños ejemplares en un caso de fraude bajo el principio de que el demandado ya había sido condenado a prisión en sede penal y por ende la función de castigo ya se encontraba cubierta y se consideró que aplicar daños punitivos en sede civil implicaría un doble castigo por el mismo hecho.⁹⁷

6) Conducta procesal del demandado

En *Loudon v Ryder*⁹⁸, del año 1953, se consideró que una disculpa del demandado durante el juicio hubiera jugado a su favor al momento de regularse daños ejemplares. La aplicación de daños ejemplares por £60.000 estuvo fundada en parte por la falta de arrepentimiento y la presentación de evidencias engañosas, por lo que el castigo no tuvo sólo que ver con el hecho dañoso sino con la falta de intención de remediarlo.

⁹⁴ [1998] Q.B. 498 CA

⁹⁵ The Law Commission. *Op. Cit.* Sección 1.159.

⁹⁶ [1985] Q.B. 401

⁹⁷ The Law Commission. *Op. Cit.* Sección 1.123.

⁹⁸ [1953] 2 Q.B. CA

Parte III

Capítulo 4. Ámbito de aplicación del daño punitivo en Inglaterra

1) Aplicación en materia de responsabilidad civil extracontractual. El *Tort Law*

Sin dudas, una de las más grandes diferencias entre los sistemas argentino e inglés en materia de daño punitivo es el tipo de acciones en las que procede.

En Argentina, como sabemos, los daños punitivos proceden en materia contractual de consumo. La incorporación de la figura en el marco de la Ley de Defensa de la Competencia permite vislumbrar algún ejemplo de aplicación en materia extracontractual, sin embargo en la práctica el principio sigue siendo la aplicación en materia consumeril.

En Inglaterra, por el contrario, los daños ejemplares proceden exclusivamente en casos que en nuestro sistema llamaríamos de responsabilidad civil extracontractual.

Se trata de una forma específica de responsabilidad extracontractual denominada “*Tort Law*” que puede ser identificada con nuestro Derecho de Daños, aunque presenta algunas diferencias.

Tort Law puede ser definida como el área del derecho civil que provee un remedio a quien sufrió la vulneración de un interés protegido. Son muchos los intereses protegidos por esta área del derecho en el sistema inglés. Los más invocados en litigios son aquellos hechos dañosos que derivan de la negligencia. La negligencia – intrínsecamente relacionada con el deber de cuidado – es una figura amplia que concierne la integridad personal, intereses sobre la propiedad y algunos intereses económicos.⁹⁹

La seguridad personal por su parte está protegida por la figura del *trespass* hacia la persona, mientras que el interés sobre el derecho de dominio o posesión se protege mediante el *trespass* hacia la propiedad. Otros intereses relacionados con el derecho de posesión pacífica están protegidos por el *tort* de *nuisance* y la reputación personal está protegida por la *tort* de *defamation*.¹⁰⁰ La lista continúa, pero en cualquier caso para que los *tort* den lugar a compensación deben ser fijados explícitamente por ley.

Además de las tres categorías del *common law*, en *Rookes* se había fijado además el requisito de que los daños punitivos fueran aplicados solamente en aquellos *tort* en los ya se habían aplicado antes de 1964 (*cause of action test*) por ejemplo: invasión de propiedad privada (*trespass to land*), lesiones en ocasión de robo (*battery*), prosecución penal maliciosa (*malicious prosecution*) y difamación (*defamation*).

⁹⁹ “Para que exista deber de cuidado el daño debe ser previsible, haber proximidad en la relación entre las partes y debe ser justo y razonable que existe tal deber” *Caparo v Dickman*, 1990.

¹⁰⁰ Brennan, Carol. “Concentrate Tort Law.”, Oxford University Press, 2019, p.2.

En el año 2002, en el caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire*¹⁰¹ se eliminó esta limitación y se enfatizó en que la viabilidad de la sanción ejemplar no dependía de la inclusión de un determinado *tort* en una lista taxativa sino en la naturaleza de la conducta dañosa, y se hizo lugar a la aplicación de los daños punitivos en un caso de *negligence*, que hasta entonces no hubiera sido procedente. Desde entonces los daños punitivos proceden ante cualquier reclamo por *tort* que se encuadre dentro de las tres categorías del *common law*.

2) La discusión acerca de la aplicación de daño punitivo en caso de incumplimiento contractual

Respecto de la posibilidad de aplicación de los daños punitivos en materia de responsabilidad contractual, en el caso *Addis v. Gramophone*¹⁰² del año 1909, se rechazó la aplicación de *aggravated damages* (equivalente al daño moral) y daños ejemplares en un caso de despido sin causa. En el fallo se confirmó que quien reclama por incumplimiento contractual no puede pretender la aplicación de daños ejemplares. En caso de haber existido malicia, fraude, difamación o violencia se podría iniciar una acción por *tort* y obtener así los consecuentes remedios, incluidos los daños punitivos, pero no si se acciona por cumplimiento de contrato. En el caso sólo se indemnizó al accionante con las ganancias dejadas de percibir en concepto de comisiones por venta, pero no se hizo lugar a la aplicación de daño punitivo¹⁰³. Esta postura de principios del siglo 20 continúa vigente en la actualidad.

El hecho de que la aplicación de daños punitivos proceda en Inglaterra solamente en caso de responsabilidad extracontractual ha sido motivo de crítica por ciertos autores¹⁰⁴, quienes postulan la necesidad de revisión tomando como referencia el caso *Attorney General v. Blake*¹⁰⁵ del año 1996, en el cual se otorgaron *disgorgement damages* (equivalente a indemnización por enriquecimiento sin causa) en un caso incumplimiento contractual. En el caso, Blake había publicado en sus memorias sus actividades como ex-agente secreto en Rusia lo cual resultaba una violación a su contrato de trabajo con el gobierno que exigía confidencialidad. La Casa de los Lores condenó a Blake al pago de una suma equivalente a las regalías obtenidas por la venta del libro y además, lo condenó por *disgorgement damages*.

¹⁰¹ [2002] 2 A.C. 122

¹⁰² [1909] A.C. 488

¹⁰³ McGregor, Harvey. *Op.cit.* Part III. - Computation of the Exemplary Award. Section 1. - Various Criteria Applied by the Courts. (8) The position with multiple claimants, 3-044.

¹⁰⁴ Edelman, James “Exemplary Damages for Breach of Contract” (2001). 117 Law Quarterly Review 539-542.

¹⁰⁵ [1996] 3 WLR 741

“La introducción del *disgorgement* en el ámbito contractual marca un claro punto de ruptura con la teoría compensatoria del resarcimiento del daño. En efecto, la parte no es puesta, necesariamente, en la misma posición en la que se habría encontrado de no haberse incumplido el contrato, sino en una mejor, concediéndosele adicionalmente una suma anexa igual al beneficio obtenido.”¹⁰⁶

Si bien es cierto que *Blake* resulta un precedente que podría utilizarse para fundar la aplicación de daños punitivos en casos similares, la realidad es que la discusión al respecto sigue abierta y a la fecha no existe razón para pensar que los tribunales cambiarán el criterio en lo inmediato.

¹⁰⁶ Pandiella Molina, Juan C “El daño punitivo como herramienta de prevención y sanción de las prácticas abusivas”. El Derecho - Colección de Ebooks, Prácticas Abusivas en el Derecho del Consumidor 01-10-2018. Cita Digital: ED-DXLIII-117

Parte III

Capítulo 5. Aplicación del daño punitivo por los tribunales ingleses

En el año los 2017 James Goudkamp y Eleni Katsampouka, académicos de la Universidad de Oxford, publicaron un detallado análisis estadístico sobre la aplicación de los daños ejemplares en el Reino Unido.¹⁰⁷

El “Estudio Empírico de los Daños Punitivos” es la primera investigación acerca de la aplicación contemporánea de daños punitivos en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte (estos dos países tienen un sistema esencialmente igual al de Inglaterra, a diferencia de lo que ocurre en Escocia, donde los daños punitivos son improcedentes en cualquier circunstancia). y se basa en fallos judiciales desde el año 2000 hasta 2016.

El estudio incluye 146 reclamos y arriba a las siguientes conclusiones fácticas:

- Los daños ejemplares resultaron procedentes en un 39.7% de los reclamos: esto es un porcentaje superior al de Estados Unidos (aun cuando se suele decir que los daños punitivos se aplican solo excepcionalmente en el Reino Unido).
- El monto promedio aplicado fue de £12.265 (considerablemente menor que en Estados Unidos, que tiene un promedio de USD 64.000).
- El monto más bajo otorgado fue de 588 libras y el más alto de £70.600.
- El 41.1% de los reclamos caían bajo la categoría 1 de *Rooges* (inconducta de un *servant of government*) mientras que el 58.9% caía bajo la segunda categoría (conducta dañosa para obtener ganancias)
- Los reclamos exitosos dentro de los reclamos realizados bajo categoría 1 fueron de 18.3% con un monto promedio de £14.799.
- Mucho mayor es el éxito en reclamos de la categoría 2, que asciende a 54.7%, aunque con un monto promedio menor al de la categoría 1: £12.082.
- En cuanto al tipo de reclamos exitosos, los daños punitivos fueron reconocidos en el 53.8% de los reclamos relacionados con el derecho propiedad, 25.6% de los reclamos relacionados con las personas, 55.2% de los reclamos por daños económicos (principalmente en materia de fraude en seguros), y en 40% de los casos de abuso de poder (aunque este último tipo representa la menor cantidad de reclamos).

¹⁰⁷ Goudkamp, James y Katsampouka, Eleni “An empirical study of punitive damages” Oxford Journal of Legal Studies, Volume 38, Issue 1, Spring 2018, Pages 90–122

<https://doi.org/10.1093/ojls/gqx013es>

- Los daños punitivos fueron aplicados principalmente contra personas físicas (67.9% de los casos), y en mucho menor medida contra corporaciones (30%) y entes públicos) 18.3%.

Conclusión

El daño punitivo fue incorporado al derecho argentino con una intención protectoria de los intereses de los consumidores.

Si bien se procuró incorporar la figura al Código de fondo en el anteproyecto de reforma del Código Civil de 1998 y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, los intentos fueron infructuosos, por lo que el daño punitivo sólo opera en materia de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia y tutelando derechos de tercera generación.

El motivo que me llevó a escribir sobre este tema fue mi experiencia personal como consumidora durante la mayor parte de mi vida adulta en la Argentina y durante casi cuatro años en Inglaterra. Las diferencias son enormes.

En Inglaterra, consumir bienes y servicios es una experiencia, cuanto menos, previsible. Las reglas son claras: si el producto o el servicio no cumplen con las condiciones pactadas - o aún cumpliéndolas, no satisfacen al consumidor - el proveedor restituirá el producto o procurará la devolución del dinero o aplicará una reducción en el precio¹⁰⁸, sin demasiadas complicaciones ni procedimientos engorrosos.

Los servicios de gas, electricidad o agua corriente se contratan o se dan de baja con un simple llamado y los términos y condiciones en los contratos de telefonía móvil y conexión a internet son estándar. Si no satisfacen las necesidades de conexión, simplemente se dan de baja y tan sólo queda al consumidor abonar los saldos pendientes. La experiencia de consumo en Argentina, sabemos, es un poco diferente.

La intención de este trabajo fue tratar de entender si la experiencia favorable en Inglaterra tiene que ver con un sistema legal de sanciones muy estricto y, particularmente, si los daños punitivos eran parte de la ecuación. La respuesta es que en Inglaterra - donde la figura del daño punitivo se acuñó por primera vez en la historia hace más de dos siglos y medio - no existen sanciones extracompensatorias en materia de consumo ni en ningún otro tipo de relación contractual. Es más, los principales condenados por daños punitivos en Inglaterra, son los particulares, no las corporaciones.

Esta es sólo una de unas cuantas diferencias respecto de la aplicación de la figura en ambos países. La siguiente tabla compara los principios aplicables en cada sistema.

Daño punitivo	Argentina	Inglaterra
Conducta que se sanciona	Según la ley, cualquier incumplimiento legal o	Conducta opresiva o arbitraria o inconstitucional por parte de

¹⁰⁸ Los remedios para casos de incumplimiento en materia de consumo se encuentran enunciados en la Sección 19 y ss. de la Consumers Right Act 2015.

	contractual en el marco de una relación de consumo. La jurisprudencia reconoce la necesidad de que el incumplimiento sea grave.	un agente de gobierno, o conducta dañosa que persigue una ganancia.
Infractor	Proveedores en una relación de consumo. La ley reconoce la solidaridad para todos los integrantes de la cadena de consumo.	Cualquier persona, ente u organismo siempre que se haya cometido alguna de las conductas dentro de las categorías del <i>common law</i> .
Accesoriedad respecto de las indemnizaciones por daños.	La ley habla de la independencia de la aplicación de daños punitivos respecto de otras indemnizaciones, pero la accesoriedad no es un requisito de ley.	Los daños punitivos son de aplicación si, y solo si, el resto de las indemnizaciones no son suficientes para cumplir con las funciones sancionatorias y disuasivas.
Tope legal	\$ 5.000.000 (actualmente en revisión en el Proyecto de Código de Consumidor).	No aplica. Se requiere moderación pero no hay topes.
Cuantificación	A discreción del juez. Los tribunales han comenzado a utilizar fórmulas matemáticas.	A discreción del juez.
Finalidad	Prevención. Disuasión. Castigo. Algunos autores incluyen la recompensa al consumidor.	Disuasión. Castigo.
Destino de la multa	A favor del accionante.	A favor del accionante.
Ámbito de aplicación	Relaciones contractuales de Consumo. Defensa de la Competencia.	Derecho de daños (<i>Tort Law</i>).
Factor subjetivo de atribución	No es requisito de ley. La culpa lucrativa ha sido tenida en cuenta por los tribunales a los fines de la cuantificación.	La culpa o dolo lucrativos son condición necesaria para la aplicación de daños punitivos a personas que no actúan como agentes gubernamentales.
Aplicación a entes públicos	No procede por imperio de la ley de Responsabilidad del Estado.	Procede. La conducta dañosa por parte de un agente gubernamental es de hecho

		una de las categorías para la procedencia.
--	--	--

De la tabla comparativa surge a las claras que los principios y finalidad de la figura son prácticamente idénticos en ambos: la función disuasiva y ejemplar, y por ende preventiva, a fin de evitar conductas análogas en el futuro. El beneficiario de la multa es en ambos casos el damnificado por la conducta dañosa.

Por todo lo demás, los principios para la aplicación de la figura en ambos países presentan diferencias.

En Argentina claramente se busca evitar y prevenir abusos por parte de las empresa en tutela de los intereses de la parte débil en la relación de consumo: el consumidor.

En Inglaterra, se buscan evitar prácticas abusivas por parte de aquellos que ejercen funciones públicas o proteger el equilibrio y las buenas prácticas contractuales entre particulares, dependiendo de la categoría en la que encuadre el hecho dañoso.

En ambos sistemas la figura tiene una función protectoria de los ciudadanos: la finalidad general de proteger al débil existe en los dos casos, pero en ámbitos diferentes.

Volviendo entonces a la pregunta sobre si la experiencia de consumo en Inglaterra puede estar relacionado con un sistema legal de sanciones muy estricto que incluye a los daños punitivos como respuesta a abusos por parte de las empresas, la respuesta es un rotundo “no”.

Ello no significa que el daño punitivo en Argentina sea una figura ineficiente. Muy por el contrario, ha aparecido en nuestro sistema como un remedio que, lejos de ser un placebo, tiene en su semilla la potencia necesaria para poner un freno real a ciertas graves y tediosas dinámicas abusivas aplicadas repetidamente por grandes proveedores de bienes y servicios en el país. Eso sí, siempre que los jueces comprendan la necesidad y el alcance de su aplicación. Como se vio en el Capítulo 5 de la Parte 2, existen en la actualidad ciertos fallos promisorios, de considerable cuantía, que hacen buen uso del artículo 52 bis LDC.

Ahora bien, más allá de la eficacia de la figura, lo cierto es que cuando procede la aplicación de los daños punitivos el daño grave ya está hecho, y a lo que debería apuntarse es simplemente a que las conductas dañosas en materia de consumo no ocurran más (en un mundo ideal) o al menos sean casos de excepción (en un mundo posible).

Este objetivo puede claramente ser logrado a través de los daños punitivos, siempre que sean impuestos por jueces especializados, que estén comprometidos con la defensa de los consumidores y apliquen multas ejemplificadoras que sean efectivas para la prevención de abusos.

La efectiva creación de los tribunales de consumo y sin lugar a duda, políticas públicas de educación al consumidor cooperarán también a una sociedad de consumo más justa y armónica. Al final del día, el daño punitivo debe ser un eslabón que apunte a la cura profunda de una enfermedad que se ha vuelto crónica y que requiere de más de un remedio.

Bibliografía

- **Álvarez Larrondo, Federico M.** "La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino", JA, 2008-II-1246.
- **Álvarez Larrondo, Federico M.** "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", La Ley Online del 29/11/2010.
- **Andrada, Alejandro D. y Hernández, Carlos A.,** "Reflexiones sobre las llamadas penas privadas. A propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", RCyS, 2000-33.
- **Blackstone's Statutes on Commercial and Consumer Law 2019-2020, edited by Francis Rose.** 28th Edition. Oxford University Press, 2019.
- **Brennan, Carol.** "Concentrate Tort Law". Oxford University Press. Oxford, 2019.
- **Bru, Jorge - Stiglitz Gabriel,** en Dante Rusconi (coord.). "Manual de derecho del consumidor", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- **Brusa, Juan Agustín.** "El daño punitivo diez años después: señales de un futuro mejor y la posibilidad de su aplicación de oficio, elDial.com, 3-08-2018, Citar: elDial.com - DC258A.
- **Bustamante Alsina, Jorge.** "Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", La Ley, 1994-B, 860.
- **Chamatropulos, Demetrio Alejandro.** "Los Daños Punitivos en la Argentina". Errepar, Buenos Aires, 2009.
- **Chamatropulos, Demetrio Alejandro.** en "Legislación Usual Comentada: Derecho Comercial – Tomo IV. Capítulo VIII. Ley de Defensa del Consumidor". Chomer, Héctor Osvaldo y Sícoli, Jorge Silvio, directores. La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2015.
- **Edelman, James.** "Exemplary Damages for Breach of Contract". 117 Law Quarterly Review 539-542, 2001.
- **Frugoli, Martín,** "Daños punitivos hoy, daños punitivos en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 y el futuro pendiente". Cita: MJ-DOC-6125-AR | MJD6125, 2012.

- **Frustagli, Sandra y Carlos A. Hernández** en “Tratado de Derecho del Consumidor” por Stiglitz, Gabriel A., Hernández, Carlos A. Tomo I, Capítulo X. La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2015.
- **Galdós, Jorge Mario.** “La sanción punitiva en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” en Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz compilado por Fulvio G. Santarelli; Demetrio A. Chamatropulos; 1a ed. facsímil. La Ley, Buenos Aires, 2019.
- **Galdós, Jorge Mario.** “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor” en “Tratado de Derecho del Consumidor. Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández, directores - Tomo III, Responsabilidad civil Daños a consumidores y usuarios.”. La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2015.
- **Gauna, Laura Cecilia.** “El planteo de los daños punitivos o punitive damages” en “Práctica y Estrategia Derechos del consumidor.” Carlos Eduardo Tambussi. Director La Ley S.A.E. e I., 2015.
- **Goudkamp, James y Katsampouka, Eleni.** “An empirical study of punitive damages”. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 38, Issue 1, Spring 2018, Pages 90–122, Oxford, 2017.
- **Irigoyen Testa, Matías.** “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?”, nro. X, RCyS, La Ley, 2009.
- **Irigoyen Testa, Matías.** “Aplicación jurisprudencial de la fórmula para daños punitivos”. Publicado en: SJA 03/12/2014 , 137 • JA 2014-IV .Cita Online: AR/DOC/5828/2014.
- **Kemelmajer de Carlucci, Aída.** “¿Conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' en el derecho argentino?”, en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales, año XXXVIII, Segunda época, nro. 3.
- **López Herrera, Edgardo.** “Los daños punitivos. Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor (art, 52 bis, ley 24.240)”. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- **Lorenzetti, Ricardo Luis.** “Consumidores”. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009.
- **Mc Gregor, Harvey.** “McGregor on Damages”. 20th Ed. Original Mainwork. Sweet and Maxwell, London, 2019.

- **Moisá, Benjamín**, "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma de la ley 24.240", RCyS, 2008-271.
- **Molina Sandoval, Carlos - Pizarro, Ramón D.**, "El daño punitivo en el derecho argentino", DCCE, 1-1-65.
- **Molina Sandoval, Carlos**. "Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación". El Derecho - Diario, Tomo 205, 987. 30-10-2003. ED-DCCLXV-869.
- **Molina Sandoval, Carlos**. Derecho del Consumo, Advovatus, Córdoba, 2008.
- **Molina Sandoval, Carlos**. "Daños punitivos en el régimen de defensa de la competencia". RCyS 2018- VII-41, LL Online: AR/DOC/1113/2018.
- **Mosset Iturraspe, Jorge**. "Responsabilidad por daños". Parte general, Tomo I. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.
- **Pandiella Molina, Juan C**. "El daño punitivo como herramienta de prevención y sanción de las prácticas abusivas". El Derecho - Colección de Ebooks, Prácticas Abusivas en el Derecho del Consumidor 01-10-2018. Cita Digital: ED-DXLIII-117
- **Perrino, Pablo Esteban**. "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos - Código Civil y Comercial (Ley 26.944 comentada); Capítulo IV. La prohibición de aplicar al Estado sanciones pecuniarias disuasivas". 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, 2015.
- **Picasso, Sebastián**, "Sobre los denominados 'daños punitivos'", LA LEY, 2007-F, 1154 del 13/12/2007.
- **Pizarro, Ramón D.**, "Daños Punitivos", en "Derecho de Daños, segunda parte". La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291; Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- **Pizarro, Ramón D.**, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Parellada, Carlos A. (coord.), "Derecho de daños. Segunda parte. Homenaje al Dr. Profesor Félix A. Trigo Represas". La Rocca, Buenos Aires, 1993.
- **Raschetti, Franco**. "Acerca de la constitucionalidad y el carácter autónomo de los daños punitivos. Nota a fallo CNCiv. sala A, 28/10/2019 "Grauberger, Claudio Omar c. FEMSA de Buenos Aires SA s/ daños y perjuicios." Revista Jurídica Argentina. La Ley, 2020 (RNPI en trámite - ISSN en trámite).

- **Rivera, Julio César.** “Derecho civil y comercial. Derecho Civil: parte general. Capítulo II - Fuentes del derecho civil; IX. Jurisprudencia”. 2da edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019.
- **Shina, Fernando.** “Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos”. Jurisprudencia Argentina, Número Especial 2009 - III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 30 de septiembre de 2009.
- **Sobrino, Augusto R.** "Los daños punitivos: Una necesidad de la postmodernidad", JA, 1996-III-976.
- **Sobrino, Waldo,** Seguros y el Código Civil y Comercial, ...T I, p. 145
- **Stiglitz, Rubén - Pizarro, Ramón D.** "Reformas a la ley de defensa de consumidor", LA LEY, 2009-B, 949; Stiglitz, Gabriel A., "Indemnizaciones punitivas. Consumidores y ciudadanía", CyS, 2014-VII-7.
- **Tévez, Alejandra N. y Souto, María Virginia.** “Trato "indigno" y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor”, LA LEY 26/04/2016, 26/04/2016, 1 - LA LEY2016-C, 63, AR/DOC/1139/2016.
- **The Law Commission,** Item 2 of the Sixth Programme of Law Reform: Damages. Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages. To the Right Honourable the Lord Irvine of Lairg, Lord High Chancellor of Great Britain, publicado el 16 de diciembre de 1997. <http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/04/LC247.pdf>
- **Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo,** “Tratado de la responsabilidad civil”, cit., t. I, p. 569.