



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
FACULTAD DE DERECHO

“Los Daños Punitivos en el derecho argentino. Análisis y acercamiento a una definición, propuesta legislativa y posibilidades de extensión a nuevos campos de aplicación”.

Tesis elaborada para dar cumplimiento con los requisitos finales para la obtención del título de Magíster en Derecho Civil Patrimonial.

Autor: Christian Ferras Senestrari.

Tutor: Maximiliano Cossari.

Agosto 2020.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Introito.....	5
Concepto. Análisis de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico argentino.	
Terminología.....	8
1. Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor.....	8
1.1.1 La terminología utilizada: “Daños Punitivos”.....	9
1.1.2 El término “multa civil”.....	12
1.2 Legitimación pasiva.....	13
1.3 La conducta reprochable.....	15
1.4 Instancia de parte.....	16
1.5 Carácter facultativo de la sanción.....	18
1.6 El destino de la sanción.....	20
1.7 Pautas de graduación de la sanción.....	23
1.8 Accesoriedad o independencia de la sanción.....	27
1.9 La responsabilidad solidaria.....	31
1.10 Tope en la cuantificación.....	33
2. Los daños punitivos en proyectos de norma frustrados.....	40
2.1 El proyecto de 1998.....	40
2.1.1 Terminología.....	41
2.1.2 Carácter facultativo.....	41
2.1.3 Características de la conducta reprochable.....	41
2.1.4 Pautas de cuantificación.....	42
2.1.5 Destino de la multa.....	43
2.2 El proyecto de Código Civil y Comercial.....	43
2.2.1 Aptitud para aplicar la sanción. Carácter facultativo. Legitimados.....	44
2.2.2 Finalidad. Ámbito de aplicación.....	45
2.2.3 Pautas de graduación.....	47
2.2.4 Destino de la sanción.....	49

2.2.5 ¿Son aplicables los “daños punitivos” en el Código Civil y Comercial?	51
3. El proyecto de reforma de LDC.....	55
3.1 La denominación escogida.....	57
3.2 Carácter facultativo y factor de atribución.....	58
3.3 Legitimados.....	61
3.4 Cuantía y destino.....	61
3.5 Responsabilidad y asegurabilidad.....	65
4. ¿La ley de defensa de la competencia admite la aplicación de daños punitivos?.....	66
Desarrollo doctrinario. Acercamiento a una definición.....	71
1. Ramón D. Pizarro.....	71
2. Jorge Bustamante Alsina.....	73
3. Diego Martinotti.....	76
4. Juan C. Díaz, José S. Elías y Augusto M. Guevara.....	76
5. Federico Álvarez Larrondo.....	77
6. Fernando Colombres.....	79
7. Fernando Racimo.....	79
8. Carlos Molina Sandoval.....	80
9. Edgardo López Herrera.....	81
10. Demetrio Chamatropulos.....	82
11. Consideraciones previas a la elaboración de una definición propia.....	83
11.1 Métodos eficientes para la cuantificación de la sanción.....	83
11.1.1 Identificación de conductas culposas por falta de prevención y cuantificación.....	85
11.1.2 Identificación de beneficios obtenidos por la comisión de ilícitos y cuantificación.....	87
11.1.3 Identificación de conductas dolosas sin obtención de beneficios económicos y cuantificación.....	89

11.2 Asegurabilidad de los daños punitivos.....	92
12. Nuestra definición.....	96
Aplicación en nuevos ámbitos del Derecho.....	98
1. Derecho ambiental.....	99
2. Derecho de familia.....	103
3. Propiedad intelectual.....	105
4. Daños dolosos.....	107
Conclusiones.....	110
Bibliografía.....	113

INTROITO

El presente trabajo tiene como objeto de estudio a los llamados “daños punitivos”. Más específicamente, nuestro fin será elaborar una definición propia sobre los mismos, conjuntamente con una propuesta normativa y una invitación a reflexionar sobre las posibilidades de extensión de este instituto a otros campos de nuestro derecho.

La elección de la temática escogida se debe a que consideramos a los “daños punitivos” como una de las herramientas potencialmente más eficaces para la prevención del daño, uno de los fines más importantes en el ámbito de la responsabilidad civil. Se trata de un instituto sobre el que se ha escrito mucho, sin perjuicio de que su tratamiento por la doctrina de nuestro país lleva poco más de 25 años, y su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico tiene tan sólo 12 años.

En concordancia con lo expuesto por la comisión encargada de la elaboración del Código Civil y Comercial, y que en este punto refleja la postura de gran parte de la doctrina civilista, tenemos la convicción de que la prevención es prioritaria por sobre la reparación, ya que nunca habrá tanta justicia en la búsqueda de recomponer intereses menoscabados, como en la protección que asegure la indemnidad de los mismos. Como consecuencia de ello, creemos que es harto relevante el estudio de instrumentos que nos permitan prevenir eficazmente la producción de ciertos daños. De este modo, procuraremos demostrar cómo funciona el elemento disuasivo del instituto analizado, y cómo ello puede (de ser aplicado con precisión) desalentar conductas que consideramos reprochables, evitando su reiteración en el futuro, y previniendo así la afectación de derechos que buscamos proteger.

El desarrollo del trabajo se dividirá en tres partes: en primer lugar, y teniendo a la vista el objetivo del mismo, analizaremos las normas y proyectos que han incorporado o buscado incorporar a los “daños punitivos” a nuestro ordenamiento

jurídico. Desmembraremos cada una de ellas, examinando punto por punto la terminología utilizada, las consecuencias jurídicas de sus exposiciones, las críticas y elogios de la doctrina, sus propuestas y soluciones brindadas; siempre con algún comentario o apreciación personal sobre cada cuestión.

En segundo lugar, haremos un repaso sobre el desarrollo doctrinario, estudiando diversas definiciones que los autores de nuestro país nos han brindado sobre esta temática en términos generales a lo largo de los años. Expondremos tanto sobre aquellos puntos en los que coincidimos, como sobre los que tenemos una opinión dispar. El objetivo será comprender mediante el análisis de 10 definiciones dadas a lo largo de los años, cuáles son las principales preocupaciones de los civilistas argentinos, lo que nos ayudará a la redacción de una propuesta propia que busque superar las dificultades primordiales advertidas. Luego de algunas consideraciones previas que consideramos esenciales para los fines propuestos, elaboraremos la proposición propia anunciada. Con dichas conclusiones y lo evaluado en la primera parte de la investigación, haremos nuestra propuesta de norma.

Por último, invitaremos al lector a reflexionar sobre la posibilidad de incorporar a los “daños punitivos” a otros campos del derecho. Con la confianza puesta en este instrumento como una herramienta idónea para la prevención de daños, nos resulta de notable importancia el estudio de qué otros ámbitos podrían verse beneficiados con la admisión del instituto. Creemos fervientemente en que el derecho debe adaptarse a la realidad actual, y proveer de las herramientas necesarias para la protección de los intereses que consideramos que deben ser defendidos y son vulnerables.

El avance científico y tecnológico ha dotado al mundo de impensados beneficios y mejoras, pero ha expuesto también muchos intereses que han quedado vulnerables frente a nuevas prácticas y costumbres propios de los nuevos sistemas. La globalización, la acumulación de fortunas, el consumo masivo y la producción en masa han comprometido los derechos de la sociedad en general, tornando

vulnerables a los individuos frente al poder incalculable de los colosales patrimonios y los proveedores de bienes y servicios que producen en grandes escalas. Es nuestro deber como profesionales del derecho dotar al ordenamiento de instrumentos capaces de hacer frente a la nueva realidad, protegiendo eficazmente los intereses más vulnerables. El trabajo buscará persuadir al lector de que un buen tratamiento de los “daños punitivos” podría ser una de las respuestas exigidas por la modernidad para la prevención de los daños.

CONCEPTO. ANÁLISIS DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO. TERMINOLOGÍA

Resulta lógico que antes de ahondar sobre el instituto de los Daños Punitivos, se dote al lector de diversos conceptos y herramientas que le permitan una mejor comprensión del tema a tratar, a fin de que luego de dar estos primeros pasos, podamos adentrarnos en cuestiones que exijan un poco más nuestro razonamiento. Nos encontraremos aquí con nuestra primera dificultad, puesto que si echamos un vistazo a la doctrina de nuestro país en busca de una definición o concepto básico sobre los Daños Punitivos, hallaremos prácticamente tantas definiciones como autores consultados. Y ello sin tener en cuenta lo que podamos extraer del derecho extranjero, el cual resultará por demás útil teniendo en cuenta que investigamos un instituto que tiene pocos años en nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, expondré las definiciones y construcciones lingüísticas que en nuestra opinión resulten más relevantes de conformidad con su mayor aceptación en nuestra doctrina, conjuntamente con algunas de sus más importantes críticas.

1. Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor

Si comenzamos la búsqueda en la norma escrita, debemos dirigirnos al artículo 52 bis de la ley de defensa del consumidor (ley 24.240), incorporado en el año 2008 con las reformas que introdujo la ley 26.361. Dicho artículo expone: *“ARTÍCULO 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se*

imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”

El artículo nos brinda las primeras precisiones: 1) nos encontramos ante una multa de carácter civil, 2) impuesta al proveedor 3) que incumple obligaciones legales o contractuales, 4) quien la impone es el juez, 5) a instancias del damnificado, 6) en favor del consumidor, 7) independiente de otras indemnizaciones. Asimismo, establece un tope para la multa, encuadrado en el máximo del artículo 47, inciso b) que es de \$100.- (cien pesos) a \$5.000.000.- (cinco millones de pesos), lo que más adelante veremos que podría llegar a frustrar el fin mismo del instituto.

1.1.1 La terminología utilizada: “Daños punitivos”

La norma citada hace mención al término “daño punitivo”, el mismo que se ha escogido para nombrar al instituto en el presente trabajo, y que a pesar de ser la terminología más usual para designarlo, pareciera no ser el correcto. En los fundamentos del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, la Dra. Kemelmajer de Carlucci¹ aclara que estamos frente a un instituto que proviene de un campo distinto al de la responsabilidad civil, donde históricamente se hizo mayor hincapié en la reparación (y no en la prevención). Esto es lo que ha provocado gran cantidad de críticas de autores más tradicionalistas, que procederemos a estudiar más adelante.

No sólo proviene de un campo distinto, sino que es culturalmente distante, añade Kemelmajer, puesto que si bien no ha nacido en los Estados Unidos, allí fue donde tuvo su máximo desarrollo, un sistema para nosotros lejano, extraño, no como el europeo continental o el latinoamericano. Esto nos ha llevado a adoptar un término que no es fiel a nuestro lenguaje: daño punitivo. Este término no es otra cosa que una castellanización de los “punitive damages” del derecho anglosajón. Ilumina esta idea Kemelmajer en el texto citado, diciendo que *“Esta expresión es equívoca: por un lado el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el*

¹ Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y sus fundamentos [en línea: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>]

otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador” por la que se escoge un término más preciso como “sanción pecuniaria disuasiva”.

Por más superfluo que parezca, la terminología no es algo menor. El reconocido filósofo Ludwig Wittgenstein² afirmaba que “*los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo*” y muchos doctrinarios de nuestro país afirman que el uso de términos incorrectos no sólo resta fuerza a institutos o conceptos, sino que los limitan, restringen, confunden a los agentes (legos o letrados), y puede frustrar los fines que tenga. Es importante entonces que los términos sean representativos de aquello a lo que le dan un nombre, y en consecuencia, el análisis de la terminología merece un lugar en este trabajo.

Entre los autores críticos de la terminología “daños punitivos” también se enlista Ramón Pizarro³, quien aclara de buena manera que mediante el instituto se procura castigar “ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño en sí mismo”. Esta noción es clave y nos acompañará durante el resto del trabajo, ya que es importante recordar que el uso del instituto pone el ojo en la conducta del dañador que se pretende disuadir (o evitar su reiteración), y no en el daño que efectivamente provocó.

Otros autores indican que el problema podría estar radicado en una mala traducción. Para conocer una definición precisa del derecho estadounidense podemos remitirnos al “Black’s Law Dictionary”, un diccionario de terminología jurídica fundado por Henry Campbell Black, y que ha sido citado como autoridad en derecho en diversos casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En dicho diccionario se define “damages”⁴ como “A pecuniary compensation or indemnity, which may be recovered in the courts by any person who has suffered loss, detriment, or injury, whether to his person, property, or rights, through the unlawful

² Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Madrid, Tecnos, 2017, p42.

³ Pizarro, Ramón D., “Daños punitivos”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos (dir), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1993, segunda parte, págs. 287 a 337

⁴ Black’s Law Dictionary, “damages” [en línea: <https://thelawdictionary.org/damages/>]

act or omission or negligence of another”, que podemos traducir como una compensación pecuniaria o indemnización que puede ser obtenida judicialmente por cualquier persona que haya sufrido una pérdida, detrimento o lesión en su persona, propiedad o derechos por el accionar ilícito, omisión o negligencia de otro. Aquí podemos advertir entonces que el error parece haber sido confundir “damages” con “damage”⁵ que es definida por el Black’s Law Dictionary como “Loss, injury, or deterioration, caused by the negligence, design, or accident of one person to another, in respect of the latter’s person or property. The word is to be distinguished from its plural”. Traduciendo esta definición como “pérdida, daño o deterioro en la persona o propiedad de un sujeto, causado por la negligencia, la voluntad o la culpa de otro”.

Teniendo a la vista ambas definiciones resulta claro que se tradujo “damage” en lugar de “damages”, a pesar de que el diccionario aclara de forma contundente que “la palabra (damage) debe ser distinguida de su plural”, buscando de este modo evitar esta confusión. La palabra “damage” sería asimilable a “daño” en nuestro derecho, mientras “damages” no sería “daños” sino “indemnización o compensación pecuniaria”.

Es por ello que Zavala de González y González Zavala⁶ utilizan el término “indemnización punitiva”. Sin perjuicio de ser una traducción mucho más precisa y literal del instituto, se vuelve a recaer en el error de priorizar la cuestión indemnizatoria o resarcitoria por sobre la disuasoria, ya que la utilización de este instituto no busca una “indemnización justa” ni mira el daño provocado, sino que es una herramienta disuasiva para evitar el comportamiento del sujeto que dañó. En los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación⁷ se sigue con esta idea, expresando que *“En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo*

⁵ Black’s Law Dictionary, “damage” [en línea: <https://thelawdictionary.org/damage/>]

⁶ Zavala de González, Matilde, y González Zavala, Rodolfo M., “Indemnización punitiva” en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Bueres, Alberto J. (dir), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

⁷ Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y sus fundamentos [en línea: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>]

cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la “tragedia de los bienes comunes”, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos”. Así es como se prefiere el término “sanción pecuniaria” a “indemnización punitiva” o “daño punitivo”.

En las Jornadas de Derecho Civil del año 2019 el tema no ha pasado desapercibido, apreciándose tres posturas distintas: la primera minoría se mostró en favor del término “daños punitivos”, la segunda minoría acogió “sanción punitiva por grave menosprecio a los derechos del consumidor”, y la doctrina mayoritaria se pronunció favorablemente por “sanción pecuniaria disuasiva”.

1.1.2 El término “Multa Civil”

¿Qué ocurre entonces con el término “multa civil”? Echando un vistazo al artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor podremos ver que se utiliza también esta terminología, la cual tiene por antecedente al artículo 1587 del Proyecto de Código Civil de 1998, que analizaremos luego. El término bien podría haber sido tomado del derecho europeo continental, pero teniendo en cuenta el origen y desarrollo del instituto, probablemente derive de una de las definiciones más importantes que encontramos en el derecho comparado: la expuesta por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Gertz”⁸.

En 1974, en el marco del citado proceso, el máximo tribunal estadounidense destacó que *“los daños punitivos son multas privadas impuestas por jurados civiles a fin de castigar conductas reprochables y para disuadir que se reiteren en el futuro”*. Si bien es una definición acotada, y que por supuesto podría tener un mayor detalle, es bastante clara y nos puede servir de guía. Habla de multas privadas, que también podríamos traducir como “civiles”, impuestas por jurados civiles (cuyo equivalente en nuestro sistema de derecho sería el juez o jueces) y hace hincapié en el castigo de conductas “reprochables” para disuadir o evitar que se repitan.

⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso “Gertz c. Robert Welch, Inc.”, 418 US, 323,350 (1974)

Nuevamente ponemos el ojo en la prevención y en el accionar del dañador más que en el daño provocado.

Según Carlos Molina Sandoval⁹, la terminología es correcta puesto que es indudable que la naturaleza jurídica del instituto es una “sanción” o “multa”, mientras que el adjetivo “civil” es una buena referencia al campo del derecho donde es aplicable. Por supuesto que la terminología tiene también sus detractores, quienes indican que hablamos de una sanción penal incluida en el campo del derecho de daños, o derecho civil.

Otros autores, como Chamatropulos¹⁰, pueden tener más o menos afinidad con alguna de las terminologías pero sin considerarlo algo sustancial. Su fundamento radica en la confusión o complicación que puede tener esta discusión sobre un término (daños punitivos) que ya se encuentra arraigado en nuestro léxico, y en la poca importancia práctica que esto tendría. Sin perjuicio de considerar al pragmatismo como un carácter importante, y coincidiendo que la energía puede ser puesta en cuestiones más urgentes, no me parece menor la utilización de un vocabulario inadecuado, máxime si se trata de profesionales del derecho, quienes debemos dotar a la técnica jurídica de una mayor precisión y científicidad. Debería ser ese el camino que transitemos, aún con las dificultades que pudiera tener el desarraigo de un término enraizado a nuestro vocabulario.

1.2 Legitimación pasiva

Resuelta la cuestión terminológica podemos avanzar con el análisis de la definición brindada por la LDC, que comienza por el sujeto susceptible de ser sancionado, el “proveedor que no cumple con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”. Está claro que se habla de “proveedor” porque estamos en el campo del derecho del consumo, por lo que más adelante veremos como otros proyectos de norma tuvieron que modificar esto. La misma ley define en

⁹ Molina Sandoval, Carlos A., “Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación” en *El Derecho*, Buenos Aires, 205-987, 2008.

¹⁰ Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009, pág 35.

su artículo 2° al proveedor como *“la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”*.

De acuerdo a la definición dada por la misma ley, será susceptible de la aplicación de esta multa cualquier agente del mercado que realice una actividad económica con fines de lucro, con excepción de los profesionales liberales que requieran título habilitante y se encuentren matriculados. Por lo tanto, dentro del campo del derecho de consumo, prácticamente todo el universo de personas físicas o jurídicas que provean a otras de bienes o servicios, son aptos para recibir la sanción. La exclusión de ciertos profesionales es fervientemente atacada por Chamatropulos¹¹, quien dice no encontrar una respuesta razonable a esta excepción. Una explicación no muy satisfactoria dada por Rubinstein¹², se funda en lo “calificado” del accionar de estos profesionales, el cual para él no podría ser evaluado o juzgado por una autoridad administrativa o judicial sin las capacidades técnicas necesarias para ello. Esta respuesta pareciera no tener muchos fundamentos, puesto que la misma ley de defensa del consumidor indica que es el juez (y sólo él) quien impone la multa civil, y en nuestro ordenamiento jurídico hay muestras de sobra de que los jueces tienen la potestad de evaluar y juzgar el

¹¹ Chamatropulos, Demetrio Alejandro, “¿Profesiones liberales o privilegiadas?” en *Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación*, Buenos Aires, Errepar, N° 15, 2008, pág. 219.

¹² Rubinstein, Marcelo, “La exclusión de las “profesiones liberales” en la Ley de Defensa del Consumidor: Excepciones. Casuística”, en *Diario Consumidores y Usuarios*, Buenos Aires, N° 67, 2016.

accionar de profesionales liberales, independientemente de que sean expertos o no en dicha materia.

1.3 La conducta reprochable

Continuando con el análisis de la única norma que de momento recepta el instituto en nuestro país, es el turno de examinar la acción que se sanciona. La ley de defensa del consumidor habla del proveedor que “no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”. Sin perjuicio de que aún no hemos avanzado con profundidad en la investigación, no debería dejar de asombrarnos la liviandad con la que el artículo define al accionar que será pasible de una sanción pecuniaria. No juzga de ningún modo la intención o la finalidad del dañador, su beneficio económico, o cualquier otro factor subjetivo que pudiera, sino que sencillamente se limita a expresar que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es suficiente para que le quepa una sanción de este tipo. Esto es absolutamente contrario a la finalidad del instituto y al fundamento de su existencia.

Sin ahondar demasiado en temas que luego se analizarán, es claro que nos encontramos ante una sanción de aplicación excepcional, que de imputarse a cualquier incumplimiento objetivo desvirtuaría su propia finalidad. Hemos visto cómo la Corte Suprema Estadounidense en *Gertz* sostuvo que estamos ante multas privadas que se imponen a fin de castigar conductas reprochables. Aún sin demasiada precisión, al menos esta definición de 1974 indica el carácter subjetivo de la conducta que se castiga, “lo reprochable”. Veremos posteriormente que cada definición doctrinaria de nuestro país agrega algún matiz subjetivo a la conducta dañosa, e incluso esto tiene lugar en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial. Lo que buscan estas multas civiles es prevenir acciones que dañen derechos de incidencia colectiva, que provoquen severos daños, que partan desde una total indiferencia por parte del dañador, o que éste obtenga un beneficio económico al dañar, por dar algunos ejemplos. La letra del artículo 52 bis, sin

embargo, otorgará a cualquier damnificado la posibilidad de pedir la aplicación de la multa.

Cossari advierte que la finalidad de la sanción es la prevención de conductas gravemente indiferentes ante derechos ajenos, por lo que no cualquier incumplimiento legal o convencional debería dar lugar a un reproche tan gravoso como una condena de “daños punitivos”.¹³ Reforzando dicho concepto hace referencia a la jurisprudencia actual, que en casos como Murana¹⁴ se sostuvo que es condición para la imposición de sanciones punitivas el dolo o culpa grave, la obtención indebida de beneficios económicos como consecuencia del obrar ilícito, o el menosprecio a derechos del consumidor o intereses de incidencia colectiva.

Como respuesta a la inexactitud provista por esta norma, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2009, se concluyó que: *“Los daños punitivos proceden únicamente en casos de particular gravedad, que trasunten menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos.”*¹⁵ Por su parte, en las Jornadas del 2019, aunque toda la doctrina se mostró unánime en la exigencia de dolo o culpa grave en la conducta a castigar, la mayoría expuso que “grave menosprecio a los derechos del consumidor” comprende al dolo y la culpa grave, mientras que la minoría aconsejó que dichos términos debieran estar en el texto de la norma.

¹³ Cossari, Maximiliano, *Prevención y punición en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, El derecho, 2017, pág 190.

¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, in re “Murana Paola Silvana c/Peugeot Citroen Argentina S.A. y otro s/ ordinario”, 05/06/2012, [en línea: El Dial.com: AA792B, acceso:05/06/2012]

¹⁵ XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 5to Congreso Nacional de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba [en línea: <http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/94-2009-xxii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-y-5to-congreso-nacional-de-derecho-civil-universidad-nacional-de-cordoba>]

1.4 Instancia de parte

La doctrina mayoritaria concuerda con la solución de la norma analizada en que deba ser el damnificado quien solicite al juez la aplicación de la multa, sin que éste tenga la posibilidad de hacerlo de oficio. Esto se repetirá en los proyectos fallidos y en la gran mayoría de las definiciones de los autores. Se encuentra íntimamente ligado a la cuestión de quién será el beneficiario de la multa civil: Chamatropulos expone¹⁶ que siendo el consumidor quien recibe el monto de la multa, “es obvio que éste va a petitionar daños punitivos cada vez que tenga aunque sea una mínima posibilidad de obtenerlos”. Pero que si esto no fuera así, y el monto fuera destinado a otro fin, tal como algunos autores sugieren, habría que otorgarle la potestad al juez de fijar la multa de oficio porque no habría incentivos por parte del consumidor para pedir su aplicación. Aquí disentimos de lo expuesto por la norma, avalada por autores como Florencia Nallar¹⁷ y Carlos Molina Sandoval¹⁸, entre otros.

En nuestra opinión, tratándose de un instituto de excepción cuya principal finalidad es de prevenir daños futuros y frustrar incentivos perversos de beneficios económicos, y considerando que este tipo de multas existe para la protección de derechos del consumo, los que son de interés de toda la sociedad, deberían los jueces tener la potestad de aplicarlas. Esto podría evitar graves inconductas y es afín a la exigencia e interés de prevenir el daño. Siendo los responsables de la administración de justicia, y entendiendo que su función puede ser clave para un cambio positivo en los sucesos del futuro (ex post), no debiera perderse la posibilidad de evitar un daño poniendo toda la confianza en que el damnificado hará el reclamo pertinente. Incluso si fuera obvio que todo damnificado va a pedir la multa, otorgar la posibilidad al magistrado de fijarla de oficio no tendría repercusión, puesto que nunca tendría que hacerlo. En caso de otorgarse dicha facultad, la misma debiera ser utilizada excepcionalmente en casos que realmente lo justifiquen

¹⁶ Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009, pág. 214.

¹⁷ Nallar, Florencia, *Daños punitivos. Facetas preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2016, pág.

¹⁸ Molina Sandoval, Carlos A., “Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación” en *El Derecho*, Buenos Aires, 205-987, 2008.

por su importancia, sea por una conducta sumamente reprochable, o por dañar intereses de muchos individuos, por ejemplo.

La principal preocupación de los autores que adhieren a la imposibilidad de la imposición de la multa de oficio, reside en la vulneración al derecho de defensa y al principio de congruencia, ambos consagrados en nuestra Constitución Nacional. El derecho de defensa se vería vulnerado puesto que el demandado no tendría posibilidad alguna de defenderse de la sanción, si desconoce que la misma le será impuesta o que existe esa contingencia. Por otro lado, el principio de congruencia se vería afectado en tanto se condene a un sujeto por un monto que no fuera siquiera solicitado por la parte actora, es decir, se afectaría este equilibrio entre lo pedido y lo resuelto.

Una de las soluciones que podemos encontrar ante estas dificultades, siempre que deseemos otorgar al magistrado la posibilidad de imponer la multa de oficio, sería que el mismo deba notificar al demandado conjuntamente con el traslado de la demanda, que considerará la aplicación de la sanción siempre que se cumplan los requisitos impuestos por la norma. De esta forma, el demandado podrá junto con la contestación de demanda invocar los hechos y ofrecer las pruebas que considere pertinentes para la efectiva defensa ante una eventual condena de daños punitivos. En cuanto al principio de congruencia, la norma podría establecer que en los casos en los que la parte actora no requiera la imposición de la multa, no será beneficiada con el pago de la misma, otorgando el magistrado dicho monto por resolución fundada, a quien la ley lo habilite para tal fin.

Álvarez Larrondo comparte la idea de que el juez tenga esta potestad, afirmando que “la facultad sancionatoria no puede quedar sujeta al conocimiento que de la figura bajo estudio tenga el afectado, cuando en verdad es una herramienta preventiva que el Estado ha instaurado.”¹⁹ Por su parte, Moisés considera que la posibilidad de que los jueces apliquen los daños punitivos de oficio

¹⁹ Álvarez Larrondo, Federico M., “La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2008-II, 1246, Lexis N° 003/013848.

supliría la falta de interés del damnificado de complicar un proceso judicial, sin beneficio alguno²⁰.

1.5 Carácter facultativo de la sanción

A continuación dice la ley de defensa del consumidor que “el juez podrá aplicar una multa civil”. Lo primero que podríamos analizar es el sujeto que aplica la sanción: el juez. En esto la ley es muy clara y hay grandes argumentos para oponerse a ello, es sólo potestad de un magistrado aplicar este tipo de multa, restringiendo de esta posibilidad a cualquier autoridad administrativa. Reiterando nuevamente su excepcionalidad, parece lo más sensato que sea solo un juez quien pueda aplicar la multa. La única “duda” aquí es si puede ser aplicada por tribunales arbitrales, pero no creemos que merezca ello un gran análisis puesto que su fundamento es la autonomía de la voluntad y si las partes en su compromiso o cláusula arbitral acordaron libremente dar la potestad al o los árbitros de imponer esta multa, así debería ser.

Quizás si sea un terreno de mayor conflictividad lo facultativo de la imposición de la multa por la utilización del término “podrá”. Claro está que de acuerdo a la norma analizada, nos encontramos ante una facultad del magistrado y no una obligación, por lo que es éste quien decidirá si se aplica o no la sanción. Frente a esto alzaron su voz autores como Florencia Nallar²¹ y Federico Álvarez Larrondo²². La primera expone que si la multa depende de la discreción del juez, la eficacia del instituto se vería altamente diluida, mientras que el segundo entiende que la norma debería determinar los presupuestos de procedencia y el magistrado, de corroborar su cumplimiento, aplicar la multa de forma obligatoria, teniendo incidencia su decisión solamente en la magnitud de la sanción.

²⁰ Moisés, Benjamín, “Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la ley 24.240”, en *RCyS*, 2008-X-8.

²¹ Nallar, Florencia, “Prevención del daño: la “multa civil” o daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, 2007-E-5494.

²² Álvarez Larrondo, Federico M., “La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2008-II, 1246, Lexis N° 003/013848.

Tal como se encuentra redactado el artículo, en nuestra opinión es un alivio que la fijación de la multa sea facultativa, puesto que de lo contrario debería ser aplicada en todos y cada uno de los incumplimientos de cualquier proveedor. Esto representaría un golpe muy duro para la economía y una sustancial elevación de costos y riesgos que harían inviable a algunas actividades sin grandes aumentos en los precios de los intercambios. Imagínese, por más leve que sea la multa, que si ante cualquier tipo de incumplimiento legal o contractual un proveedor no sólo debe reparar el daño provocado sino también soportar una sanción económica, se haría insostenible actividad, debiendo necesariamente trasladar a sus costos los nuevos riesgos con los que cuenta, provocando un impacto negativo severo en el mercado.

Sin embargo, no rechazamos totalmente la idea del Dr. Álvarez Larrondo en cuanto que sería mucho más justo, transparente, y de más sencilla aplicación para los jueces, que la norma imponga ciertos presupuestos de procedencia que podremos discutir luego. De todos modos, cuando Álvarez Larrondo y Nallar critican esta potestad facultativa pero dejan al arbitrio del juez la cuantía de la sanción, olvidan que la finalidad principal del instituto es la prevención, y ese fin lo logra mediante incentivos económicos que podrían verse frustrados ante sanciones exiguas. Es por ello que si el instituto cumple con su finalidad, será por la correcta aplicación del mismo por parte del magistrado, quien es el sujeto idóneo para juzgar cada situación en particular y tomar la decisión adecuada, siempre contando en nuestro sistema con un órgano que puede revisarla.

Por lo expuesto, es que nos parece prudente que la imposición de la multa sea facultativa (con excepción de los casos en los que el dañador es indiferente ante el daño provocado por los beneficios económicos que le reporta su accionar), pudiendo perfeccionarse mediante la imposición normativa de presupuestos que guíen su aplicación. Sin duda alguna uno de ellos debiera ser la comisión de ilícitos lucrativos, es decir, cuando el sujeto que daña lo hace luego de un análisis costo/beneficio del que resulta más beneficioso dañar que prevenir. Otro presupuesto de aplicación bien podría estar ligada a la gravedad del acto, a daños de derechos de incidencia colectiva, o a una valoración subjetiva del

comportamiento de quien provoca el daño, cuando este sea con dolo o con una gran indiferencia o menosprecio sobre los derechos de terceros.

1.6 El destino de la sanción

Sigue el artículo 52 bis aclarando que el destinatario del monto de la sanción es el consumidor. Si bien esto podría parecer obvio, al menos para quienes no son profesionales del derecho, trajo aparejados diversas discusiones doctrinarias. Cabe aclarar, en primer lugar, que ningún damnificado tendrá incentivos a requerir la aplicación de la multa si no va a ser beneficiario de la misma. Como bien resaltan algunos juristas, esta no es una simple petición, máxime si la norma indicara algunos presupuestos de aplicación que deban probarse.

El tiempo y trabajo que demanda la exposición de hechos, prueba y argumentos para la solicitud de la aplicación de una sanción, sería en vano si el destinatario del monto fuera un tercero. Zavala de González y González Zavala²³ exponen algo trascendente para la cultura de nuestro país aclarando que *“si la pena se socializa (percepción por el Estado), la institución pierde su fuerza, por tornarse de dudosa aplicación práctica, ya que el o los damnificados carecerían de interés para reclamar su imposición. La realidad argentina demuestra la escasa represión de los delitos no penados con penas privativas de la libertad (cuyas acciones prescriben generalizadamente)”*. Y resulta por demás significativa esta postura, ya que al aplicar un instituto ajeno a nuestro derecho, debemos tener presente la realidad de nuestro país, sin pensar que su simple importación va a tener los mismos efectos que en otros lugares del mundo.

Por lo tanto, habrá que analizar cuál es el sentimiento de la sociedad de nuestro país frente al hecho de que sea el Estado quien sea beneficiario de la multa, o al menos de una fracción de ella. No sólo es correcto lo que aclaran Zavala de González y González Zavala, sino que además se puede percibir en los ciudadanos

²³ Zavala de González, Matilde, y González Zavala, Rodolfo M., “Indemnización punitiva” en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Bueres, Alberto J. (dir), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

de nuestra nación una fatiga o cansancio generalizado como consecuencia de largos años de alta presión impositiva y diversos sucesos de corrupción. De este modo no habrá ningún damnificado que tenga incentivos por luchar por un monto que luego vaya a manos del Estado.

La doctrina mayoritaria se expuso en favor de que el beneficiario sea exclusivamente el damnificado en las Jornadas de Derecho Civil del 2019, y ya en las Jornadas del 2009 se había decidido por unanimidad que destinar la multa civil al consumidor no genera indebido enriquecimiento puesto que la ley considera el grave ilícito del proveedor como justa causa (motivo legítimo) para el desplazamiento patrimonial. Cossari nos recuerda que esta solución no es extraña en nuestro ordenamiento, ya que se ha dado también para el caso de las astreintes previstas en el artículo 666 del Código Civil, por citar un ejemplo, o en intereses contra inconductas procesales maliciosas del 622 de dicho código²⁴.

En consecuencia, algunos autores han planteado algunas soluciones posibles: Gherzi²⁵ propuso la conformación de fondos especiales por categorías de daños, o subsidios para subconsumidores; Zavala de González y González Zavala se han pronunciado a favor de fondos de garantía para víctimas de dañadores insolventes, y Álvarez Larrondo²⁶ propuso un sistema de acuerdo a la determinabilidad de los afectados, priorizándolos como el principal destino del monto de la multa, pero atendiendo a todos los posibles damnificados por el accionar dañoso del “proveedor”, incluso si algunos fueran más difíciles de determinar y hubiera que convocárselos por medios de comunicación masivos.

En nuestra opinión, es claro que la víctima del daño debe recibir al menos una parte del monto de la multa, que podría rondar al menos en un 30% de la misma. Por supuesto que esto podría ser algo más flexible en casos en los que las

²⁴ Cossari, Maximiliano, *Prevención y punición en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, El Derecho, 2017. pág. 197.

²⁵ Gherzi, Carlos A., “El contexto ideológico y socioeconómico del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2000-III-1029.

²⁶ Álvarez Larrondo, Federico M., “Los daños punitivos”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2000-A,1111.

multas sean de excesiva cuantía. Es importante que tengan los damnificados altísimos incentivos económicos para exponer este tipo de situaciones, que puedan evitar arreglos extrajudiciales injustos o presiones por parte de los dañadores. Si el agente que provoca el daño sabe que el destino de la multa irá a un tercero, tendrá un fuerte incentivo para llegar a un acuerdo con el damnificado, lo que será negativo para la sociedad en su conjunto, sin perjuicio del beneficio económico expedito que pudiera obtener el sujeto que sufrió el daño.

Recordemos que estamos ante una herramienta con gran potencialidad de ser eficaz para prevenir grandes daños de derechos de incidencia colectiva, por lo que es de inmenso interés que estas situaciones no queden en el olvido o puedan ocultarse mediante acuerdos que nunca salgan a la luz. Además, si el damnificado obtiene una fracción importante de la multa, se generarán buenos incentivos a denunciar y demandar por prácticas dañosas, teniendo a la vista que en muchos casos hay sujetos que prefieren no iniciar reclamos legales extensos y complejos cuando no tienen expectativas de obtener algún beneficio, desconocen sus derechos o han sufrido daños que se traducen en indemnizaciones de poco valor económico.

Por otro lado, no nos parece negativo si un porcentaje menor de la multa es destinado a alguna organización con fines benéficos. El destino en educación, salud o seguridad es muy atractivo en las palabras y si pudiera tener una buena repercusión por supuesto sería ideal. Tal como son las cosas en nuestro país, debiera el porcentaje menor tener un destino asignado por ley, y entiendo yo, a algún área afín a quienes suelen ser damnificados por lo general con estas prácticas, lo que también puede servir para empatizar. De este modo, parece una buena opción constituir fondos para damnificados por insolventes, o algunos especiales de otro tipo tal como exponía Gherzi (fondos para consumidores, accidentes de tránsito, afectados por daños medioambientales, etc).

1.7 Pautas de graduación de la sanción

Retomamos el análisis de la norma con un tema harto interesante y que da lugar a una gran variedad de opiniones y soluciones posibles: la graduación de la sanción. Establece la norma que se “graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”. Chamatropulos²⁷ entiende que cuando se hace referencia a las “demás circunstancias del caso” la norma otorga al juez una suerte de válvula de escape a través de la cual se flexibilizan requisitos para que el magistrado quede facultado a resolver la cuantía de un modo discrecional. De otro modo, no tendría el menor sentido práctico, puesto que no se hace referencia en ningún momento a cómo es que deben valorarse las circunstancias, si hay algunas más importantes que otras, si debe ponerse énfasis en algo en particular, entre otras. Al no otorgar ninguna de estas pautas, será el magistrado quien deberá realizar el análisis y tomar una decisión fundada, pero será también la doctrina y la jurisprudencia que se vaya formando sobre esta cuestión, lo que dará algunos indicios más concretos sobre el modo de calcular el monto de la sanción.

Tenemos por otro lado la pauta de “gravedad del hecho”, pero tal como podemos presumir, tampoco parece una regla muy clara y aquí debemos tener algo de cuidado. Resulta bastante lógico pensar que cuanto más grave es el hecho, más fuerte debería ser la sanción (en este caso, más costosa la multa). Pero aquí nos encontramos ante una infinita multiplicidad de acciones con potencialidad de dañar, y una cantidad inmensa de circunstancias que podrían analizarse. Es muy importante, como siempre recordamos, tener claro que el instituto pueda cumplir su finalidad y no se desvirtúe.

Ahora bien, ¿cuál es la gravedad que debe analizarse? Son varias las particularidades que podrían tenerse en cuenta, por ejemplo: si la persona que provocó el daño actuó con culpa o dolo, el beneficio económico que obtuvo, el alcance del daño, su gravedad, su potencialidad, su posibilidad de afectar también intereses de terceros, etc. Y esto puede que muchas veces no esté muy vinculado al

²⁷ Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009, pág. 201.

propósito de la imposición de la multa puesto que podríamos encontrarnos ante un caso en el que se han provocado daños “leves” pero con una implacable determinación de ocasionarlos para la obtención de un beneficio monetario y extensibles a gran parte de la sociedad; o ante otro en el que se han provocado graves daños pero con una indudable negligencia o imprudencia, y sin obtener beneficios de ningún tipo.

Ante estos dos supuestos, si se decidiera exclusivamente por la gravedad del daño habría que sancionar con una multa más cuantiosa al segundo, cuando por las características del instituto y el impacto de las acciones de los dañadores sería lógico imponer una multa más alta al primero. Y estos son dos simples casos dentro de una universalidad de incalculables conflictos que se producen en la vida cotidiana.

Visto que las pautas de graduación impuestas por el artículo 52 bis se encuentran vacías de contenido, el cual se irá completando con doctrina, jurisprudencia y por supuesto con la discrecionalidad del magistrado quien analiza el caso en concreto, Chamatropulos encuentra una solución en el artículo 49 de la ley de defensa del consumidor. Expone que “un régimen legal debe ser interpretado como un todo armónico y no desgajando sus preceptos particulares, desconectándolos de aquellos que puedan resultarles complementarios” por lo que toma las pautas de aplicación y graduación de las sanciones administrativas que se imponen en la misma ley, que declara: *“Aplicación y graduación de las sanciones. En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley, incurra en otra dentro del término de CINCO (5) años”.*

De recurrir a esta herramienta, el magistrado tendrá bastantes más certezas sobre cómo graduar la multa, siendo pautas lógicas, correlacionables y que aplican a cualquier supuesto. Tanto el perjuicio resultante para el damnificado como el grado de intencionalidad son presupuestos de aplicación lógica y esperable, ya que es razonable que sufra una multa más cuantiosa quien daña más gravemente, o quien lo hace de forma intencional. No obstante, se incluyen otros más interesantes, vinculados al instituto en particular, y con mayor aptitud para prevenir daños futuros.

La posición en el mercado del infractor es una circunstancia clave, y de trascendental inclusión. Es un concepto económico que estará íntimamente ligado con la potencialidad de provocar daños, puesto que un “proveedor” que ejerce una posición dominante en el mercado, tiene llegada a una grandísima cantidad de consumidores, por lo que debería ponerse más atención sobre él y su conducta, la que tiene aptitud para dañar una gran cantidad de personas. Una acción “menor” o un daño “leve” provocado por una compañía líder en ventas en su rubro, puede afectar a una parte importante de la sociedad, mientras que el daño provocado por un proveedor que tiene 100 ventas mensuales puede ser mayor, pero acotado a esa cantidad de personas. Si buscamos prevenir daños en derechos de incidencia colectiva, habrá que poner el énfasis en el primer supuesto, sin dejar de lado por supuesto al segundo.

Es destacable también que una compañía, cuanta mayor sea su posición en el mercado, mayor capacidad de pago tendrá, por lo que una sanción laxa podría no prevenir daños ni evitar que haya una mayor cantidad de damnificados. Del mismo modo, un proveedor pequeño, que no tiene la capacidad de dañar a una innumerable cantidad de personas, puede también correr riesgos de quiebra si es que se imponen multas altísimas, lo que el juez deberá tener en cuenta para lograr el fin del instituto pero sin dejar fuera del mercado a un agente que puede ser valioso por su generación de empleo, competencia o lo que fuera. Al tener en cuenta esa posibilidad, el magistrado deberá también juzgar la cantidad de posibles damnificados porque esto incidirá en la posibilidad de un mayor número de reclamos. Si estos se multiplican, habrá que ver que el proveedor pueda hacer

frente a los mismos, y no incurrir en una situación injusta en la que un damnificado obtiene una reparación sustancialmente mayor a los demás.

Otro de los presupuestos de connotación económica habla de la “cuantía del beneficio” que obtuvo, lo que será de vital importancia para prevenir daños que se provocan con el incentivo del lucro. Y sucede que es repugnante a cualquier sistema de justicia que un sujeto que provoca un daño obtenga a cambio un provecho, puesto que ello será incentivo suficiente para que dicho proveedor o cualquier otro, incurran sostenidamente en la acción dañosa. Para impedir esto, el magistrado deberá evaluar cuidadosamente las ganancias reales que obtuvo el proveedor.

Probablemente parte de ellas se verán frustradas con la imposición de otros rubros indemnizatorios, pero apoyamos la postura de que el sujeto provocador del daño se vea privado de toda ganancia proveniente del acto disvalioso, lo que lo llevará en el futuro a no repetir la acción, sirviendo incluso de una suerte de prevención general negativa, en tanto será una cuestión a tener en cuenta por otros proveedores y también por otros consumidores a la hora de evaluar la posibilidad de iniciar un reclamo.

Por último, nos encontramos con la reincidencia. Aquí podría resurgir el controvertido debate sobre una posible inobservancia del principio “non bis in idem”, que impone que no debe sancionarse dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho. Sin embargo, consideramos plausible la inclusión de este presupuesto ya que no se estaría juzgando doblemente al proveedor, sino que el juez estaría evaluando entre las circunstancias del caso la potencialidad de la sanción para prevenir futuras inconductas.

Claro está que no tiene el mismo efecto una sanción sobre distintos sujetos, y si ha fracasado la imposición del instituto para prevenir un daño, es el magistrado quien deberá evaluar el modo más eficiente de impedir que el suceso se reitere. Si una sanción previa no ha sido obstáculo para no dañar, pues entonces habrá que buscar una herramienta más eficaz, o dotar de eficacia a una herramienta preexistente, lo que podría lograrse mediante un significativo aumento en la cuantía

de la multa. Esta postura ha sido defendida por ejemplo, en un caso contra la compañía Cencosud por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, que entendió que esta posibilidad “no viola el non bis in ídem, porque ese principio veda aplicar doble pena sobre un mismo hecho, y la reincidencia castiga el desprecio hacia la sanción que se le ha impuesto anteriormente.”

1.8) Accesoriedad o independencia de la sanción

Volviendo al análisis del artículo 52 bis de la LDC, observamos que el mismo establece que podrá aplicarse la multa “independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”. Esto despertó el debate sobre la accesoriedad o autonomía de la sanción pecuniaria disuasiva. En sentido contrario a la opinión mayoritaria de la doctrina de nuestro país, la norma pareciera ser muy clara respecto de la independencia y autonomía de la multa ya que faculta al magistrado a aplicarla sin perjuicio de la procedencia de otras indemnizaciones. En primer lugar cabe destacar el error conceptual del texto normativo en cuanto asemeja la multa civil con “otras indemnizaciones”, lo que echa por tierra todo lo harto estudiado acerca de la naturaleza de este instituto, que se diferencia principalmente por responder a una función preventiva y no resarcitoria. Asimismo, olvida nuevamente la excepcionalidad de la multa, la que así las cosas, podría ser impuesta no sólo ante cualquier incumplimiento sino ahora también aún ante la inexistencia de un daño probado.

Esto, junto con la discrecionalidad que otorgan los laxos presupuestos para la aplicación y graduación de la multa, convierten a este instituto que para muchos debería ser accesorio y de excepción, en una herramienta de la que el magistrado podría valerse en prácticamente cualquier caso (dentro de la órbita de derecho del consumo, por supuesto).

En las Jornadas de Derecho Civil de 1999 se proclamó por unanimidad que “es prudente establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas la existencia de un daño resarcible individual o colectivo causado por el

sancionado”²⁸. Cabe aclarar que no se valora la cuantía o extensión del daño provocado, el cual podría ser ínfimo. En las Jornadas de Derecho Civil de 2009, por su parte, se concluyó que: *“La multa civil puede ser aplicada para sancionar ilícitos anteriores, concomitantes o posteriores al daño resarcible (especulación previa, omisión de controles elementales, ocultamiento de información o encubrimiento luego del hecho, entre otros supuestos).”*²⁹ En las Jornadas del 2019, en tanto, la opinión mayoritaria apoyó la idea de que debe existir un daño efectivo al consumidor para la imposición de la multa.

En las antípodas de este pensamiento se encuentra Álvarez Larrondo³⁰, quien afirma que el instituto busca sancionar y no reparar, y que su fin es detener el obrar riesgoso o lesivo de ciertos proveedores, por lo que oponerse a la autonomía de la multa significaría ir en contra de su misma finalidad. Fernando Colombres, otro defensor de esta posición, entiende que la accesoriedad de la multa civil implicaría “tener que esperar que un proveedor malicioso se cobre una víctima para recién entonces, comenzar a disuadir mediante la aplicación de los daños punitivos”.

En nuestra opinión, lo que podría llegar a alterar o perturbar al instituto sería la combinación de distintos supuestos que surgen de la norma y no sólo uno de ellos. La inexistencia de presupuestos de aplicación, más los vacíos presupuestos de cuantificación, más la independencia de la multa son un combo que podría llegar a desvirtuar la naturaleza misma de la multa. Sin perjuicio de ello, consideramos que muchos autores exageran su preocupación al ver que los magistrados tienen mayores libertades para utilizar esta herramienta. Reiteramos que son los sujetos idóneos para aplicarlo a conciencia, y el sistema judicial cuenta con garantías para evitar su mala utilización. No debemos olvidar que nuestro mayor interés es la

²⁸ XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional del Litoral [en línea: <http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/89-1999-xvii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-del-litoral>]

²⁹ XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 5to Congreso Nacional de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba [en línea: <http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/94-2009-xxii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-y-5to-congreso-nacional-de-derecho-civil-universidad-nacional-de-cordoba>]

³⁰ Álvarez Larrondo, Federico M., “La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2008-II, 1246, Lexis N° 003/013848.

prevención de daños de incidencia colectiva, lo que nos lleva a preguntarnos si es procedente la utilización de una herramienta creada para tal fin aún antes de la configuración del daño.

Este instrumento brinda la posibilidad de generar incentivos en algunos proveedores para que eviten actitudes consideradas indeseables por su potencialidad de causar daños. ¿Deberíamos esperar a que se cause el daño aún cuando corroboramos la existencia de acciones que indudablemente generarán un riesgo? ¿Y qué sucede en los casos en los que la prueba es muy compleja? Está claro que hablamos de casos excepcionales, muy puntuales, y no pregonamos una aplicación irresponsable o imprudente de esta clase de multas. El sistema cuenta con otras herramientas para los casos en los que un sujeto actúa de forma peligrosa, pero evidentemente no siempre es suficiente.

Por lo pronto, en tanto no se haga extensiva esta herramienta a otras ramas del derecho, evaluamos conductas que se producen dentro del ámbito del consumo. Estas conductas se dan en el marco del intercambio de bienes y servicios, lo que responde a intereses económicos o que pueden traducirse en beneficios de esa índole. Los incumplimientos graves o relevantes, de este modo, resultarán en su gran mayoría como una consecuencia de una búsqueda de minimizar costos o maximizar utilidades. ¿Qué incentivo podría ser más efectivo entonces que una sanción económica para desbaratar la estructura de minimización de costos o maximización de utilidades que responden a una desatención de derechos ajenos?

No creemos que deba abusarse en la utilización del instituto, no sólo para evitar que el mismo se desvirtúe sino porque sólo su aplicación prudente impedirá consecuencias dañosas para la economía y la sociedad en su conjunto. Una incorrecta extensión cuantitativa o cualitativa de esta herramienta, provocaría un serio aumento en la estructura de costos de los proveedores, que se vería trasladado a precios, perjudicando a toda la comunidad en general. Podemos profundizar en la búsqueda de alternativas. Podría ser una herramienta disponible ante un grave riesgo de daños a derechos de incidencia colectiva. Por supuesto que

podríamos fijar presupuestos para este tipo de casos. Podrían evitarse grandes daños en los casos en los que sean de difícil prueba, o buscar correcciones de ciertas acciones que previsiblemente culminarán con el detrimento de derechos propios y de terceros. Con potencialidad para ser una herramienta eficaz, y con la importancia actual de la faceta preventiva del derecho civil, no debería limitarse el empleo de multas civiles ante daños ínfimos, de difícil prueba o que con importante grado de certeza sabemos que serán provocados, siempre y cuando la aplicación responda a los fines por los que fue creado e importado este instituto: evitar daños graves a derechos de incidencia colectiva. ¿Cuál sería el riesgo de aplicar la multa de forma autónoma? Veremos más adelante que en el derecho comparado hay antecedentes, claro que siempre ante casos excepcionales.

El riesgo no sería otro que una aplicación desmedida, exagerada o desproporcionada de la multa, o un abuso de la misma en inobservancia a la excepcionalidad de la misma. En ese caso, debería entonces ponerse énfasis en dotar de mejores instrumentos a los magistrados para una correcta aplicación del instituto, y no en una lisa y llana exclusión de casos en los que las multas civiles son armas eficaces para resguardar los derechos de los consumidores.

1.9 La responsabilidad solidaria

Es el turno de hablar de la responsabilidad solidaria dispuesta de la norma respecto de los proveedores responsables del incumplimiento. Expone el 52 bis que *“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”*. Esta disposición podría parecer obvia, puesto que sigue las reglas de nuestro derecho civil, las cuales se ven receptadas en el artículo 827 del Código Civil y Comercial cuando dispone que: *“Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores.”*

Sin perjuicio de ello, debemos recordar que conforme el artículo subsiguiente la solidaridad en ningún caso se presume, sino que debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación, por lo que su inclusión en el 52 bis es acertada. Ello es absolutamente lógico y razonable y dota al damnificado de una buena herramienta para que no se vean frustradas sus acciones tendientes al reclamo por derechos vulnerados, al mismo tiempo que le brinda una opción más ágil, puesto que perseguir a cada proveedor por una cuota parte sería harto complejo, y se evitan además reclamos fallidos en casos de insolvencia de alguno de ellos. No obstante, en nuestra opinión el mayor éxito de esta disposición radica en que clarifica una situación que podría verse de otro modo comprometida. Y es que un artículo que ha sido criticado duramente por sus varias imprecisiones, podría haber generado una nueva controversia. Resulta que el artículo 40 de la ley de defensa del consumidor instituye que *“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”*

Este precepto, que ha generado una gran controversia, consagra la solidaridad de todos los intervinientes en el proceso productivo, e invierte la carga probatoria. Así las cosas, el consumidor damnificado se encuentra en condiciones de demandar por daños a todos los proveedores que hayan tenido alguna incidencia en la elaboración de la cosa o la prestación del servicio, siendo ellos quienes deben demostrar que no han tenido responsabilidad en la provocación del daño. La aclaración del 52 bis al referirse a la existencia de solidaridad cuando haya más de un proveedor “responsable” del incumplimiento, marca una clara distinción con lo dispuesto por el artículo 40 de la misma ley, que no exige en principio que el proveedor sea responsable del daño, sino que basta que sea parte de la cadena productiva para tener legitimación pasiva. Cossari aclara que la la solidaridad del

art. 52 bis *“requiere la prueba de un elemento intencional y agravado y no es reflejo de la cadena de comercialización e incluso la solidaridad puede involucrar a personas ajenas a la misma.”*³¹

En las Jornadas de Derecho Civil de 2009, por su parte, se aclaró que: *“Los daños punitivos sólo recaen sobre los proveedores autores del hecho sancionado, debiendo responder por los actos de los dependientes (en sentido amplio) del proveedor.”* reforzando así la diferenciación con lo que expone el artículo 40 de la LDC.

Siendo la multa del artículo 52 bis un instituto novedoso e importado en nuestro sistema, vale la aclaración, ya que las distintas imprecisiones que contiene podría haber llevado a distintos juristas a pensar que la solidaridad pasiva del artículo 40 era extensible al reclamo de “daños punitivos”. Tal como surge del texto legal, sólo podrá pedirse la imposición de esta multa a quienes efectivamente tengan algún grado de responsabilidad en el incumplimiento que provocó el daño, pudiendo sí reclamar el damnificado por otros rubros indemnizatorios, a los restantes miembros de la cadena de producción conforme el artículo 40. Esto es plausible ya que es un instituto de excepción, cuya utilización debe responder a una acción reprochable que queremos evitar en el futuro. La extensión de la multa a otros proveedores que no han tenido incidencia en el daño provocado no sólo no tendría asidero en nuestro sistema de derechos, sino que quitaría el foco de aquel que efectivamente ha sido responsable, y cuyos actos reprobables nos hemos propuesto erradicar.

1.10 Tope en la cuantificación

Solo nos resta un precepto por analizar del artículo 52 bis y es el que alude a un tope en la cuantificación de la multa. El mismo establece que *“La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”* Si nos remitimos a dicha disposición,

³¹ Cossari, Maximiliano, Prevención y punición en la responsabilidad civil, Buenos Aires, El Derecho, 2017, pág. 198.

encontraremos que el máximo al que se alude es de \$5.000.000.- (cinco millones de pesos).

Dentro de los muchos errores de la norma estudiada, este sea probablemente el más grande y trascendental. La misma no sólo ha obviado la imposición de un piso o mínimo para la cuantificación de la multa, lo que otorgaría incentivos al damnificado para reclamar judicialmente por sus derechos vulnerados, o al proveedor para evitar ciertas conductas, sino que fija un techo o máximo, contrariamente a lo que indica la lógica. La omisión de un piso podría traer aparejados serios inconvenientes si la jurisprudencia tiende a una subvaluación en la imposición de este tipo de sanciones, lo que llevaría a la frustración misma de sus fines. No obstante, la fijación de un piso podría resultar también en un obstáculo, ya que si el mismo es muy elevado, los magistrados se verían privados de aplicar la sanción en algunos casos de menor cuantía, configurando desenlaces ineficientes.

En nuestra opinión los jueces deben contar con herramientas que ayuden a la cuantificación, pero sin limitar la misma. Recordemos que las normas son abstractas y generales, y las mismas deben aplicarse a casos concretos. El universo del derecho del consumo es tan grande y dispar que son incalculables las posibilidades de controversias. Podemos encontrarnos tanto con proveedores que son simples personas físicas de pequeños patrimonios, como con compañías multimillonarias.

Cabe agregar asimismo, que en nuestro país el curso de la economía es tan volátil que resulta muy difícil que una norma sea realmente eficiente si expresa en números sus máximos y mínimos. Las normas son rígidas y su actualización siempre se encuentra retrasada en el tiempo respecto de la realidad que se vive. El más claro ejemplo podemos verlo en estas disposiciones: la ley 26361 que modifica la ley de defensa del consumidor y establece el tope ut supra indicado fue publicada en el boletín oficial con fecha 7 de abril de 2008. Si buscamos alguna comparación sencilla e impactante, podríamos remitirnos al tipo de cambio peso-dólar estadounidense. Al publicarse la norma, el tipo de cambio era 3,18.- es decir que el tope de la multa (cinco millones de pesos) era equivalente a USD 1.572.327,04.- (un

millón, quinientos setenta y dos mil, trescientos veintisiete dólares con cuatro centavos). Doce años después, mientras escribo este texto en julio de 2020, el tipo de cambio oficial es 75,50, por lo que el tope de la multa equivale a USD 66.225,16.- (sesenta y seis mil, doscientos veinticinco dólares estadounidenses, con dieciséis centavos), lo que representa sólo un 4,21% de la multa original. Y ello sin contar que ese tipo de cambio es inaccesible para la gran mayoría de los ciudadanos argentinos, quienes si desearan en una misma transacción cambiar una suma en pesos igual al tope de la multa por su equivalente en dólares, deberían hacerlo a un tipo de cambio de 132, lo que resultaría en USD 37.878,78.- (treinta y siete mil, ochocientos setenta y ocho dólares estadounidenses, con setenta y ocho centavos), un 2,40% de los dólares que hubieran conseguido de cambiar una suma equivalente al tope de la multa el año en que fue sancionada la norma.

Por supuesto que esto es sólo una simple comparación pero nos sirve para entender el daño que puede provocar la imposición de topes en países de gran inestabilidad económica, sobre todo cuando se expresan en términos nominales. La incesante depreciación que ha sufrido nuestra moneda en las últimas décadas altera cualquier cuantificación rígida que pueda establecer un precepto legal. Se han encontrado algunas soluciones en otros ámbitos como fijar multas de acuerdo a unidades variables actualizables de forma más ágil por otros medios que no sean la sanción de una ley.

Por ejemplo, la ley nacional de tránsito establece en su artículo 84 que *“El valor de la multa se determina en unidades fijas denominadas UF, cada una de las cuales equivale al menor precio de venta al público de un litro de nafta especial. En la sentencia el monto de la multa se determinará en cantidades UF, y se abonará su equivalente en dinero al momento de hacerse efectivo el pago. Las multas serán determinadas en la reglamentación desde un mínimo de CINCUENTA (50) UF hasta un máximo de CINCO MIL (5000) UF.”* Esto permite que mediante un procedimiento mucho más dinámico se pueda actualizar el monto de una “unidad fija”, evitando que pierda valor el tope de la multa. En muchos casos también, se toman para la fijación de esta clase de “unidades fijas”, valores de mercado de productos que

históricamente aumentan sus precios de forma sincronizada con la inflación, como podría ser el valor de un litro de nafta de determinado octanaje o un litro de leche, por ejemplo.

Por una cuestión práctica y ejemplificativa hemos puesto el foco en lo que eventualmente podría obtener en su reclamo un consumidor damnificado, pero bien sabemos que el sujeto relevante en la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva es el proveedor, ya que no estamos en la esfera resarcitoria sino preventiva y lo que buscamos es disuadirlo de comportamientos indeseables para la sociedad. Ahora bien, tomemos el tope máximo con su equivalente en dólares y analicémoslo de acuerdo a la mirada del proveedor. Claro está que si nos ponemos en la piel de algún pequeño agente individual o una pyme de no muy gran tamaño una multa de esa cuantía podría resultar devastadora, y por lo tanto generar buenos incentivos para el debido cumplimiento de sus obligaciones y del control de sus dependientes, siempre pensando en el tope de la sanción. Pero si la norma afirma que debe aplicarse la multa de acuerdo a las circunstancias del caso y gravedad de los hechos, es evidente que el magistrado no podría aplicar a todos los casos que se le presenten la máxima sanción posible. Y aún aplicándola, ¿qué son cinco millones de pesos para alguien que posea un gran patrimonio? Pensemos a modo de ejemplo en una compañía multinacional: no sólo suelen contar con una enorme capacidad económica sino que tienen llegada a decenas de miles de consumidores, lo que aumenta colosalmente el riesgo. Probablemente una multa de este tipo no supere la recaudación diaria de una compañía líder de nuestro país, por lo que es fácil ver como su hipotética aplicación no tiene aptitud para estimular cierta conducta deseable.

En nuestra opinión cualquier techo que se imponga atentará contra el éxito de este instituto, puesto que el solo conocimiento de la cuantía posibilitará un análisis de costo-beneficio por parte de los proveedores, quienes se verán atraídos a provocar ciertos daños, o al menos omitir medidas tendientes a la no generación de los mismos, cuando el beneficio económico de dañar supere los costos de resarcir. Esto nos lleva al icónico caso del Ford Pinto, el cual se hizo mundialmente

famoso y llevó a muchísimos juristas del mundo a comprender que sin las correctas herramientas para la prevención del daño, los derechos de incidencia colectiva son absolutamente vulnerables y dependen en muchos casos de la buena fe y la moral de los proveedores.

Corría el año 1971 cuando la gigante compañía automovilística Ford decide hacerse fuerte en el mercado de los autos compactos, dominado en ese entonces por empresas japonesas y europeas. El resultado sería la producción de un automóvil económico y ligero que no costaría más de dos mil dólares ni pesaría más de dos mil libras. Asimismo, se bajarían casi a la mitad los tiempos de producción de cada automóvil, lo que la haría mucho más competitiva que sus rivales. El vehículo logró desarrollarse pero con dos graves defectos de fabricación: por un lado, su depósito de combustible, el cual se ubicaba en el eje trasero, hacía explotar fácilmente al automóvil, ya que se dañaba ante cualquier pequeño impacto en su parte trasera, y sus débiles estructuras no impedían que los tornillos del diferencial terminaran clavándose en el tanque al desplazarse. Esto provocaba que el combustible se derramara, provocando un gran incendio al saltar la más mínima chispa tras el impacto. Por otro lado, un choque por detrás a unos 40 km/h comprimía al automóvil y bloqueaba sus puertas. Esta combinación hacía del Ford Pinto una terrible trampa mortal.

Lo más indignante del caso es que luego de profundas investigaciones se descubrió que la compañía conocía los defectos de fábrica del vehículo y su potencialidad para causar severos daños y muertes de sus usuarios. Resulta ser que al advertir las fallas del automóvil, los directivos de la compañía hicieron un análisis de impacto económico. Estudiando costos y beneficios descubrieron que sería mucho más perjudicial en términos dinerarios sacar del mercado todos los modelos Pinto comercializados y reparar la falla, que afrontar los futuros reclamos por los daños causados. Estimaron que en promedio las fallas provocarían unas 180 muertes por año, pero compensar a las víctimas judicial o extrajudicialmente sería muchísimo más económico. Se consideraron las ventas y las posibilidades de lesiones y fallecimientos, y la cuantía de las indemnizaciones que otorgaban

usualmente los tribunales a los damnificados por casos similares. El coche había tenido un enorme éxito, llegando a más de tres millones de ventas.

De este modo, los directivos consideraron que aceptar la falla provocaría una fuerte caída en la imagen de la empresa, y que traería aparejada la necesidad de retirar todos los modelos vendidos del mercado para solucionar los problemas de fabricación. Esto provocaba pérdidas colosales, por lo que se habían generado fuertes incentivos para desproteger los derechos de los consumidores. Su decisión no se vió respaldada por otra cosa: no hubo un problema ético ni moral, se remitieron a expresar las posibilidades en términos económicos en un análisis costo-beneficio que se manifestó en un memo luego descubierto. En el memorando, Ford estimó que el costo de las modificaciones del sistema de combustible para reducir el riesgo de incendio en eventos de vuelco era de USD 11 por automóvil en 12.5 millones automóviles y camionetas (todos los fabricantes), por un total de USD 137 millones. Se estimó que los cambios de diseño ahorrarían 180 muertes por quemaduras y 180 lesiones graves por año, un beneficio para la sociedad de USD 49.5 millones. No fue suficiente. Se optó por proteger el patrimonio de la empresa aún si eso implicaba que unas 180 personas morirían anualmente. Como consecuencia, más de 500 consumidores morirían quemados en alguno de sus modelos.

La revelación de estos documentos despertó la ira de la ciudadanía estadounidense, y pronto se comprendió que debía evitarse que una situación de ese estilo se repita. La fase resarcitoria del derecho de daños no era suficiente. La globalización y producción en masa provocó una enorme oferta de bienes y servicios, pero con un considerable aumento de riesgos. Empresas gigantescas ahora llegan a millones de consumidores en el mundo, y no puede esperarse que actúen conforme al bien común o alguna motivación de índole ética o moral. Su poderío económico les permite ser indiferentes ante los potenciales males que pueden provocar en los individuos.

En el caso Grimshaw³², que retomaremos luego, el jurado norteamericano tomó nota y actuó en consecuencia. Se fijó contra Ford una indemnización de casi tres millones de dólares para el conductor fallecido y dos tercios de millón para su familia. No obstante, se impuso a la automotriz una multa de 125 millones de dólares en concepto de “daño punitivo”. De esta forma las pérdidas de la empresa superarían ampliamente al gasto en que hubiera incurrido de haber solucionado las fallas de fábrica. El magistrado del caso redujo la multa a 3 millones y medio de dólares, lo que sin perjuicio de ser frustrante, la convertía en la multa civil más grande de la historia del derecho estadounidense, superando por 5 veces a su predecesora. No terminaría ahí, sino que se fijaría un importante precedente para el futuro: ya no podrían los proveedores exponer a los consumidores a daños a cambio de mayores ingresos. No más análisis económicos serían o deberían ser posibles. Quien actuara de forma temeraria en relación a derechos de incidencia colectiva para obtener un lucro, se enfrentaría a la posibilidad de recibir sanciones monumentales.

No debemos pasar por alto estas situaciones, y volviendo a nuestro derecho, podemos ver cómo se ve fácilmente frustrado el fin del instituto con el tope del artículo 52 bis de la LDC. Y si no, imaginemos qué hubiera sido del caso analizado, si quien contaba con aptitud para imponer una multa tenía un techo tan bajo. Esto debe ser revisado para mantener la efectividad de la herramienta que estudiamos, y no ser replicado en futuras aplicaciones a otros ámbitos del derecho.

A tal fin, traemos a colación un caso de nuestro país que es comentado por Cossari³³. En L., N. R. c. Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. y Otros s/ daños y perjuicios³⁴, la accionante promueve una demanda contra el laboratorio luego de que la ingesta de uno de sus medicamentos le provocara problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, alteraciones en la visión y mareos. Esto había sido

³² Tribunal de Apelaciones de California, Grimshaw v. Ford Motor Co., 119 CA3d 757

³³ Cossari, Maximiliano, Prevención y punición en la responsabilidad civil, Buenos Aires, El Derecho, 2017, pág. 214.

³⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, in re “L., N. R. c. Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. y Otros s/daños y perjuicios”, 25/09/2012, Buenos Aires, La Ley, 2012-F, p. 177.

provocado por la omisión de la contraindicación de “hiperprolactinemia” en el medicamento. Se descubrió que la compañía había logrado la aprobación de un nuevo producto que sacó al mercado con el prospecto del medicamento anterior. Imaginemos ante un caso de este tipo, que el magistrado decide sancionar al demandado con el tope legal de la multa. Ahora imaginemos lo que representaría para una empresa de esa envergadura ese monto. Es indudable que la fijación del tope frustra absolutamente cualquier objetivo que pudiera tener el instituto analizado. La compañía demandada se abstuvo de retirar del mercado aquellos medicamentos que tenían el prospecto anterior, algo que no le hubiera demandado demasiado esfuerzo económico. Aún así, decidieron no hacerlo, arriesgando la salud de muchísimos consumidores. ¿Cómo pensamos que podría disuadirse a la empresa (o a otras) de evitar comportamientos similares si probablemente la sanción sea más leve que el costo de prevenir el daño (en este caso retirando del mercado la medicación para adjuntarle el prospecto nuevo)?

A fin de encontrar una solución, Federico Álvarez Larrondo³⁵ expone que el tope de cinco millones de pesos funciona de modo independiente por cada petición de “daños punitivos”. Así, el agente provocador del daño podría sufrir pérdidas contundentes si el daño se extiende a varios consumidores. Si bien no es una solución óptima, podría mantener a flote la capacidad preventiva del instituto mientras no se modifique la norma. No obstante, debe aclararse que su posición no es compartida por la doctrina en general, sino que existen varias voces en su contra. Los principales juristas que se oponen a la aplicación de esta multa expresan entre sus fundamentos que la misma viola el principio de non bis in idem, es decir que se juzgaría a un sujeto más de una vez por la misma acción. Según ellos, este principio rector de nuestro ordenamiento jurídico se vería doble y profundamente violado si además de aplicar la multa, se la aplicara por cada consumidor damnificado que reclama judicialmente. En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2019, la mayoría ha concluido que es correcto no imponer topes pero sí pisos cuantitativos.

³⁵ Álvarez Larrondo, Federico M., “La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2008-II, 1246, Lexis N° 003/013848.

2. Los daños punitivos en proyectos de norma frustrados

Sin perjuicio de haber afirmado que actualmente en nuestra normativa no encontramos otra materia donde sean aplicables los Daños Punitivos, sí han habido intentos en los últimos dos proyectos de codificación civil, pero que no terminaron siendo incluidos en la norma.

2.1 El proyecto de 1998

En primer lugar nos encontramos con el artículo 1587 del Proyecto de Código Civil de 1998. En los fundamentos los autores aclararon explícitamente que se trataba de una herramienta para la prevención del daño. Su importancia era plausible en términos éticos y humanos, pero también y fundamentalmente en materia macroeconómica, donde su eficiencia es innegable. El proyectado artículo manifestaba: *“ARTÍCULO 1587.- Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar 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.”*

2.1.1 Terminología utilizada

Podemos comenzar destacando el uso de una terminología más acorde a nuestro lenguaje y la naturaleza jurídica del instituto. Si bien no es preciso, “multa civil” tiene mayor coherencia y sentido que “daño punitivo”. El artículo comenzaba aclarando que es el “tribunal” quien tiene la potestad de aplicar la sanción. Autores de excesivo rigorismo como López Mesa³⁶ criticarían la utilización de aquel vocablo por comprender solamente a cuerpos colegiados. Sin perjuicio de ello, consideramos que la voluntad del legislador era clara, al igual que el espíritu de la norma, y decretar que por esa falla técnica el instituto sólo sería aplicable a un tipo de composición de órgano judicial, parece una postura extremista y sin mayores argumentos.

³⁶ Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 573

2.1.2 Carácter facultativo

Al igual que lo dispuesto por el art. 52 bis, el proyecto otorgaba al magistrado la facultad y no la obligación de imponer la multa. La utilización de los términos “tiene atribuciones” es por demás clara.

2.1.3 Características de la conducta reprochable

Continúa con una exigencia sobre el accionar de la persona que provocó el daño, cuestión que fue obviada en la LDC y por lo que fue blanco de serias críticas. Se establece de este modo que la conducta indeseable y por lo tanto “multada” debe ser con grave indiferencia respecto de derechos ajenos o de intereses de incidencia colectiva. Si bien es un poco más exacta y brinda detalles, en la práctica habría generado incontables debates. La “indiferencia” no es un término preciso en nuestro derecho civil y tanto Mosset Iturraspe³⁷ como Florencia Nallar³⁸ han criticado su utilización. Diversos autores han afirmado que “culpa grave” y “dolo” debieran ser los aspectos subjetivos de la conducta a tener en cuenta, lo que preservaría la excepcionalidad del instituto. La inclusión “intereses de incidencia colectiva” es loable puesto que son los que la comisión buscaba proteger con esta herramienta de prevención. No obstante, la inclusión de “derechos ajenos” si es criticable puesto que abre un abanico de infinitas posibilidades de aplicación, ya que cualquier daño provocado reprochable es sobre un derecho ajeno. Esto fue modificado del texto del artículo en la Cámara de Diputados, y se reemplazó acertadamente por “a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos cuando afecte o pudiere afectar intereses de incidencia colectiva”.

2.1.4 Pautas de cuantificación

Como instrumento para la cuantificación de la sanción el proyecto guiaba a los magistrados exponiendo que debían hacerlo “tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo (quien provoca

³⁷ Mosset Iturraspe, Jorge, “La “multa civil” o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2000-B-1277.

³⁸ Nallar, Florencia, “Prevención del daño: la “multa civil” o daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires 2007-E-5494.

el daño) o pudo haber obtenido con su conducta”. Ya hemos analizado lo vacío de “las circunstancias del caso” como herramienta eficaz para la cuantificación de la multa. En cambio, es elogiable la inclusión en la discusión de la cuestión económica. Hemos visto que este instituto será un instrumento eficaz siempre que tenga potencialidad para desalentar a posibles agentes provocadores de daños, y eso será creíble cuando ellos no cuenten con incentivos para dañar. El análisis de los beneficios económicos que tuvo o pudo haber tenido quien provocó el daño y que tuvo en la mira al tomar la decisión que desencadenara ese resultado, es fundamental para el éxito de la sanción. Si permitimos que alguien dañe voluntariamente o desatienda con culpa grave importantes intereses de incidencia colectiva, y que además obtenga un beneficio económico por hacerlo, no podemos esperar resultados satisfactorios en la prevención de daños.

2.1.5 Destino de la multa

Finalizaba el artículo determinando que el “tribunal” por resolución fundada decidiría a quién o qué sería destinado el valor de la multa. Esto también sería modificado por la Comisión de la Cámara de Diputados, donde se reemplazaría por *“La multa se destinará al “Fondo de garantía para víctimas” con el objeto de cubrir las indemnizaciones fijadas por sentencias contra deudores insolventes que se creen en las respectivas jurisdicciones. El tribunal podrá destinar a la víctima del caso un porcentaje de la multa no mayor al treinta por ciento”*. Evitaremos ser aquí reiterativos cuando ya hemos expresado nuestra posición y la de algunos juristas respecto del destino de la multa, en el análisis del art. 52 bis de la LDC.

2.2 El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

El proyecto de 1998 nunca adquirió el carácter de norma, por lo que hubo que esperar 10 años más para la importación de los “daños punitivos” a nuestro sistema, lo que se llevaría a cabo con la inclusión del 52 bis en la LDC. Mucho más cercano a nuestro tiempo encontramos al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Entre los fundamentos de su anteproyecto encontramos que la comisión entendía que el instituto *“ya se encuentra incorporado en el derecho argentino y resulta aplicable a una gran cantidad de supuestos de responsabilidad por daños en*

el ámbito de las relaciones de consumo” y por lo tanto “el Código Civil debería incluir una norma que prevea el daño punitivo en términos que no estén contemplados en la ley especial o que sean complementarios”.

De este modo, se buscaba extender esta herramienta más allá del derecho del consumo, con su inclusión en el artículo 1714 del proyectado Código Civil y Comercial Federal, el cual rezaba: *“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 peticionarla 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 dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.”*

2.2.1 Aptitud para aplicar la sanción. Carácter facultativo. Legitimados

Hemos visto las razones de la elección de la terminología utilizada en el primer capítulo, por lo que pasaremos al análisis de la norma. En este caso se utiliza el vocablo “juez” para designar a quien tiene la potestad de aplicar la multa. Resulta apropiado su empleo para evitar debates doctrinarios innecesarios como los surgidos luego del Proyecto de 1998 por el uso del término “tribunal”. Nuevamente se remarca el carácter facultativo del instituto, tal como en las dos normas previamente analizadas, en este caso al expresarse que el juez “tiene atribuciones para aplicar ... “. La multa en este caso no se aplica de oficio, brindando la misma solución del art. 52 bis de la LDC.

Hemos oportunamente explicado nuestra postura al respecto, y cabe aclarar que en el Proyecto de 1998 no se hizo referencia a este carácter. En este punto, la

comisión ha aclarado en sus fundamentos³⁹ que *“Tienen legitimación quienes pueden petitionar la tutela de los derechos de incidencia colectiva, según los define el Título Preliminar. La legitimación es muy amplia: defensores, asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, antidiscriminatorias, los afectados, es decir, la sociedad civil en su conjunto. Parte es una noción procesal, y por lo tanto, un sujeto puede iniciar un pleito reclamando el resarcimiento de daños individuales (cobrar una indemnización que ingresará a su patrimonio) y pedir la aplicación de la sanción (que no irá a su patrimonio), o sólo esto último.”*

Esta explicación brindada por la comisión finaliza con una gran innovación en el campo, al afirmar que se puede reclamar sólo la aplicación de la multa sin un resarcimiento de daños individuales, negando así el carácter accesorio que muchos autores atribuían al instituto. Esto resulta razonable y va de la mano con la amplísima apertura de quienes se encuentran legitimados activamente para demandar la aplicación de la multa. Esta amplitud soluciona de algún modo los aspectos negativos que habíamos criticado de la imposibilidad del juez de aplicar de oficio la sanción. Ahora no dependeremos exclusivamente de que sujeto damnificado reclame su aplicación para lograr la eficacia del instituto, sino que encontramos diversos sujetos legitimados para demandar el uso de este instrumento preventivo. Esto será de vital importancia puesto que como veremos luego, la ley no asegura que el destinatario de la multa sea el beneficiario, lo que podría generar una ineficiente cantidad de solicitudes de aplicación de la multa por el desinterés que genera esta circunstancia.

2.2.2 Finalidad. Ámbito de aplicación.

Continúa el artículo con una clarísima referencia a la finalidad disuasiva del instituto, por lo que deberá aplicarse de tal modo que realmente desaliente el accionar disvalioso que se busca evitar por parte de quien actúa con “grave menosprecio a derechos de incidencia colectiva”. Con el objeto de clarificar con la mayor precisión posible el ámbito de aplicación de la multa, la comisión expresó en

³⁹ Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y sus fundamentos [en línea: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>]

los fundamentos del anteproyecto que: *“La norma proyectada dispone que se aplica a los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c) del Título Preliminar; por lo tanto, la situación es la siguiente: 1. Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la ley de defensa de consumidor que prevé este dispositivo. 2. Derechos de incidencia colectiva: se aplica conforme a la norma proyectada. 3. Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo: no se aplica. 4. Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo: no se aplica”*.

Y ante el eventual cuestionamiento de por qué no hacer extensivo su uso a todas las relaciones comprendidas por el derecho civil, manifestó que: *“Las razones son varias: a) no hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. Por lo tanto es mejor diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo. Siempre habrá tiempo para ampliar a los otros supuestos mediante leyes especiales, pero no se puede avanzar a ciegas en materia de política legislativa. b) el campo de aplicación es muy amplio y significativo, de modo que se permite un desarrollo del instituto mediante la jurisprudencia y doctrina que va a permitir definir con mayor claridad sus perfiles. Es lo que ha sucedido en los países donde se ha aplicado; c) no hay buenos ejemplos sobre una regla general en un código civil; d) se ha preferido optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada “tragedia de los bienes comunes”, es decir, no hay incentivos individuales para su tutela.”*

De este modo se da una respuesta a nuestro entender razonable sobre los límites impuestos a la aplicación del instituto. Se ha priorizado acertadamente la protección de derechos de incidencia colectiva, poniendo el foco en sancionar aquellas conductas que tienen potencialidad para generar grandes daños en la sociedad en su conjunto. Esta ampliación junto con la inclusión preexistente en el ámbito del derecho del consumo dotarían al ordenamiento jurídico de una valiosa herramienta que permita salvaguardar la integridad de derechos que podrían verse

fácilmente afectados por conductas propias de la era en la que vivimos, dominada por el capitalismo, la globalización y las relaciones de consumo. Por supuesto que de tener éxito, y con una mayor cantidad de doctrina y jurisprudencia generada, podrá expandirse esta herramienta a otros ámbitos.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expresado, la proyectada norma traía consigo una loable innovación que no debemos pasar por alto: no exigía la efectiva provocación de un daño sino sencillamente un obrar con menosprecio sobre ciertos derechos. Esta virtuosa novedad no nos obligaría a esperar que un sujeto se cobre una víctima para sancionarlo, situación que preocupaba a Pizarro⁴⁰. El reconocimiento de esta posibilidad no hace más que resaltar nuevamente que nos encontramos en la fase preventiva del derecho de daños. Conforme lo expuesto por el texto del artículo, la sola existencia de una conducta llevada a cabo con un grave menosprecio a derechos de incidencia colectiva hubiera bastado para poder demandar la aplicación de la multa.

Volvamos al emblemático caso analizado del automóvil Ford Pinto: si contáramos con este artículo en nuestro derecho, el sólo descubrimiento del memo en el que la automotriz se basó para poner en riesgo la vida de millones de personas, sería suficiente para sancionarla y así desalentar esta conducta y otras similares, y no sólo de esa empresa sino de todas las que toman conocimiento de la existencia de una sanción de este tipo.

2.2.3 Pautas de graduación

Luego de las personas legitimadas para solicitar la aplicación de la multa, ya explicado con las palabras de la comisión, el artículo establecía que la sanción se fijaría “prudencialmente”. El vocablo fue utilizado con el fin de distinguir sin más las facetas preventiva y resarcitoria de esta rama del derecho. Así, la comisión afirmaría que *“La regla general es que el daño se resarce por equivalencia o por satisfacción, pero el juez no puede apartarse de la prueba o usar su prudencia. En cambio, en la*

⁴⁰ Pizarro, Ramón D., “Daños punitivos”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos (dir), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1993, segunda parte.

sanción, no hay prueba directa para la cuantificación y por ello se alude a la fijación prudencial.”⁴¹

Recaerá entonces en el magistrado una mayor libertad para cuantificar conforme las reglas de la sana crítica, la sanción que se impondrá al provocador o potencial provocador del daño. Sin embargo, el proyecto de norma no lo dejaría solo en la tarea, sino que lo dotaría de algunas herramientas para asistirlo en la valoración de las conductas analizadas. Así, se reiterarían como pautas de valoración el examen de las “circunstancias del caso”, como refieren las normas previamente analizadas, la “gravedad del hecho”, como anuncia el art 52 bis, y “los beneficios que obtuvo o pudo obtener”, de similar redacción al proyecto de 1998. Como novedad, se añadían: a) la repercusión social, b) los efectos disuasivos de la medida, c) el patrimonio del dañador, y d) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La inclusión de estas pautas es elogiada y permitirían al juez un mejor y más eficiente uso de esta herramienta para desalentar conductas similares.

En cuanto a la repercusión social, esto resulta un factor clave puesto que cuanto mayor sea el alcance del daño en términos sociales o colectivos, mayor debiera ser la dureza de la sanción para así evitar que el mismo se extienda a una gran porción de la comunidad. En tanto nos encontramos en la búsqueda de proteger y prevenir daños a intereses de incidencia colectiva, es lógico que la sanción sea proporcional al alcance del daño, y que pongamos el foco en aquellas conductas que cuentan con la potencialidad para dañar a un mayor número de individuos.

Resultaría sumamente provechosa también la inclusión como pauta de “los efectos disuasivos de la medida”, lo que obligaría al juez a un análisis en términos económico-conductuales de la conducta reprochable, para así fijar una multa que pueda cumplir con su propósito, corregir la actitud del dañador o potencial dañador y

⁴¹ Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y sus fundamentos [en línea: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>]

ser útil como una herramienta de prevención general negativa para otros eventuales dañadores. Asimismo, esto se encontraría estrechamente vinculado con el patrimonio del agente que provoca el daño, por lo que es también acertado su análisis como pauta de cuantificación.

Hemos previamente analizado con nuestra crítica al tope de multa impuesto por el 52 bis, la importancia del patrimonio de quien daña a la hora de aplicarle una multa. Claro está, que el instituto no busca ni la quiebra de quien daña, ni que se “salga con la suya”, sino darle los incentivos necesarios para que no insista en conductas socialmente reprochables. Es evidente entonces que nunca podríamos cuantificar del mismo modo una sanción impuesta a un pequeño comerciante que a una gran automotriz, puesto que lo que podría ser un buen incentivo para el primero, sería irrisorio para el segundo, y un buen incentivo para el segundo terminaría en la ruina del primero.

A continuación, el proyecto de norma añadía como pauta para la fijación del monto la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. Ello resultaría importante siempre y cuando esas otras sanciones cuenten con potencialidad para corregir los comportamientos indeseables, ya que podríamos encontrarnos con una amplia variedad de penalidades pero que en la práctica son fácilmente evitables o resultan insignificantes.

Como hemos visto, esta importante inclusión de una variedad de pautas de cuantificación otorgaría al magistrado significativos recursos para aplicar de la mejor y más eficiente forma un instituto que podría ser clave para la prevención de muchísimos daños. No es muy difícil ver tampoco, que el análisis exigido al magistrado excede los parámetros de la técnica jurídica, y va de la mano con las nuevas corrientes que exigen soluciones interdisciplinarias para las problemáticas de nuestro campo y también de muchos otros. Es por ello que el magistrado deberá tener en cuenta elementos económicos y de psicología conductual para el correcto uso de este instituto, y una sólida base de análisis económico del derecho será lo que facilite el éxito de sus sentencias para la prevención de daños futuros.

2.2.4 Destino de la sanción

En última instancia, la norma preveía que el destino de la multa sería aquel que dispusiera el juez por resolución fundada. Esta cuestión es una de las más candentes, tal como hemos visto en nuestro análisis del art. 52 bis de la LDC. La comisión reformadora explica los fundamentos de esta decisión aclarando que al tiempo de la redacción había cuatro posturas distintas: a) darle el dinero a la víctima; b) distribuirlo parcialmente entre la víctima y un destino distinto; c) darle un destino colectivo; d) darle facultades al juez para que le dé un destino mediante resolución fundada.

Los argumentos para la elección de este último supuesto se basaron en dos amplias razones: por un lado, la comisión afirmó que desde el punto de vista dogmático, *“si la sanción se aplica sólo a los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y no dan lugar a derechos subjetivos, no es admisible que el peticionante cobre. No tiene un derecho subjetivo; actúa como un legitimado extraordinario. Por esta razón es que el dinero va a un patrimonio de afectación. El juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dársele a quien no tiene un derecho subjetivo. Los diferentes destinos tienen relación con la experiencia de otros países, como Brasil, en los que, mediante otros institutos, se ha logrado mejorar bienes públicos: creación de fundaciones, campañas de educación, patrimonios de afectación para la promoción de un bien afectado, etcétera.”*

Hemos ya compartido en parte la opinión de González Zavala y Zavala de González, y nuestra inquietud reside en la creencia de que el éxito de una medida tomada en el extranjero no puede replicarse en nuestro país sin una buena comprensión de las características propias de nuestra nación y nuestra sociedad. Como veremos seguidamente, la amplísima cantidad de legitimados para el reclamo de la multa incluida en la reforma compensaría quizás los bajos o nulos incentivos de reclamar por parte de los damnificados. Sin perjuicio de ello, resulta demasiado amplia y general la facultad del magistrado para la determinación del destino de la

sanción. Vivimos en un país en el que la gran mayoría de la ciudadanía duda de, o reprueba la administración de los fondos del erario público. La inexistencia de alguna regla clara para la asignación de eventuales grandes sumas de dinero, no sólo se perdería del “control” social, sino que podrían jamás manifestarse en la vida de las personas los beneficios de la aplicación de la colectivización del monto de la multa. Esto conllevaría un gran riesgo para el avance de este instituto en nuestro ordenamiento y su extensión a otros campos, ya que podría terminar viéndose como un simple desplazo patrimonial de manos privadas a públicas, con efectos difusos.

De contar los jueces con reglas transparentes, concretas y específicas para el destino de los fondos como la estimación de porcentajes, la creación de entidades a tal efecto, o cualquier solución que se estime eficaz, permitiría una mejor observación de las bondades de la aplicación de este instituto para la sociedad, principal damnificada de las conductas dañosas, y otorgarían importantes incentivos para el crecimiento del instituto y una efectiva prevención del daño.

El argumento restante de la comisión se basaba en la litigiosidad, explicando que⁴²: *“En nuestro país tenemos un buen sistema que ha logrado altos niveles de litigiosidad a través de reformas procesales de acceso a justicia. Hoy existen juicios sobre todos los grandes temas colectivos en todo el país y podemos exhibir un nivel considerable de litigiosidad ambiental, derechos económico/sociales y consumidores. Eso se ha logrado porque no se paga tasa de justicia, hay una amplia legitimación (afectado, asociaciones, defensores, fiscales, etcétera), y acciones colectivas a nivel nacional y provincial. Es decir, no se advierte que la sanción pecuniaria pueda incidir mucho en incrementar la litigiosidad o el acceso a justicia. Darle una parte del dinero a la víctima no es una solución que incida en la litigiosidad, o por lo menos, las pruebas empíricas demuestran lo contrario. En los sistemas en los que eso sucede, como en Estados Unidos de América, es absolutamente distinto: la víctima paga grandes costos, asume riesgos, y el tema es*

⁴² Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y sus fundamentos [en línea: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>]

tratado por los grandes estudios que hacen las inversiones; en Argentina no tenemos ese sistema y tampoco hay quienes propongan adoptarlo.”

Algunas de las consideraciones expuestas parecen razonables, empero no creemos que en nuestro país contemos con una cantidad eficiente de litigiosidad de temas colectivos. Es cierto que se viene avanzando en estas cuestiones, pero aún hay mucho camino por recorrer. Una efectiva publicidad de los logros alcanzados en este ámbito sería significativo para un más amplio acceso a la justicia, sobretodo de ciertos grupos que han quedado rezagados por su vulnerabilidad. También, para lograr una mayor cantidad de jurisprudencia y artículos doctrinarios sobre el tema. A pesar de contar con mejores herramientas y mayor acceso a la justicia, no se ha visto un claro impacto en la vida social por la utilización de este instrumento de prevención del daño.

2.2.5 ¿Son aplicables los “daños punitivos” en el Código Civil y Comercial?

Sin perjuicio de que la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación ha dejado de lado la incorporación de la sanción pecuniaria disuasiva, parte de la doctrina entiende que aún así se trata de un instituto aplicable en nuestro derecho civil.

Entre ellos, Frúgoli y Botta⁴³ exponen que proceden los “daños punitivos” en el Código Civil y Comercial porque a su entender (citando sus principales conclusiones): “i) El daño punitivo tiene origen histórico jurisprudencial, es decir, el primer caso de daños punitivos fue creación netamente judicial, sin la existencia de normas positivizadas; ii) ... no requiere una norma que expresamente diga la palabra “daño punitivo”, “multa civil”, “sanción pecuniaria disuasiva” o como se la quiera denominar. Más, si se requiere que exista una denominación precisa, la misma se encuentra claramente establecida en la Sección 2ª del Cód. Civ. y Com. por cuanto expresa literalmente “función preventiva y punición excesiva”; iii) ...El

⁴³ Frúgoli, Martín A. y Botta, Federico A., “Daños Punitivos en el Código Civil y Comercial Argentino”, en *RCCyC*, Buenos Aires, 2018 (marzo), 189.

recorte que realizó en su momento el Poder Ejecutivo al Anteproyecto de 2012, quitó coherencia al sistema y limitó la intención legislativa de los redactores originarios, dejando vigente normas que aluden directamente al daño punitivo (v.gr. arts. 1714 (8), 1715 (9) Cód. Civ. y Com.); iv)... la punición excesiva o irrazonable supone una punición suficiente o razonable, y ésta, en particular, no refiere a las astreintes, ya que las mismas están detalladas en el artículo específico número 804 del Cód. Civ. y Com; v)... el daño punitivo es de naturaleza civil (al igual que las astreintes y la cláusula penal), por lo tanto no requiere tipos cerrados o leyes especiales que lo legislen; vi) ... Existe aceptación de la figura del daño punitivo por los superiores tribunales de nuestro país en materia consumeril”.

Reafirmando esta postura, Raschetti⁴⁴ cita el precedente “Décima”⁴⁵, un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín en el que se castiga el daño ambiental provocado por una compañía y se le exige el cese del daño y se le impone una sanción millonaria. Asimismo, advierte que la doctrina en otros campos como el derecho de familia⁴⁶, el de propiedad intelectual⁴⁷, el bancario⁴⁸ y el ambiental⁴⁹, adhiere a la extensión del instituto a sus ramas.

En contraposición, pronunciándose en contra de la posibilidad de extender la aplicación de los “daños punitivos” a campos ajenos al derecho consumeril, encontramos diversos fallos y autores. En el precedente “Acuña”, en el que con intención de dejar fuera del mercado laboral, una empresa difundió una lista de trabajadores que habían iniciado juicios en su contra, la Cámara afirmó que “...el sistema recogido por el legislador civil hasta el presente es el de la reparación

⁴⁴ Raschetti, Franco, “Sobre la incorporación de los daños punitivos a la ley de defensa de la competencia”, en *RCyS*, Buenos Aires, 2018-XII-32.

⁴⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín in re “Decima Julia Graciela y Otros c/ Productos de Maiz S.A. (Ingredion Argentina SA) y Otros s/ Daños y Perjuicios” – 19/11/2015

⁴⁶ Hernández, Carlos A., “Breve reseña del estado actual de los daños punitivos en la Argentina. Algunas reflexiones para valorar su recepción en el derecho de familia”, en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 65, 5, LL AP/DOC/773/2014.

⁴⁷ Castrillo, Carlos V., “Los daños punitivos en la propiedad intelectual”, en *Digesto Jurídico*, Buenos Aires, 16/01/2013, 1; LL AR/DOC/4881/2012.

⁴⁸ Spanghero, Marcelo U., “El daño punitivo como sanción a las malas prácticas bancarias”, en *DCCyE*, 2010 (noviembre), 73; LL AR/DOC/7499/2010.

⁴⁹ Kamada, Luis E., “Daños punitivos y la prevención del daño ambiental”, en *Digesto Jurídico*, Buenos Aires, 2007-I-173; LL AR/DOC/643/2007.

integral del daño, mas no el de establecer —además— la posibilidad de una punición ejemplar, instituto que permanece en el plano de la *lege ferenda*". Esto se ha reiterado en diversos fallos, no obstante lo cual Zavala de González⁵⁰ ha sostenido que en muchos casos los magistrados utilizan el resarcimiento de daño moral con finalidad punitiva, al no contar con otras herramientas disuasivas. El mismo argumento sostiene Brun⁵¹ respecto del caso "R., G. R." donde "el magistrado ha enmascarado a los daños punitivos dentro del rubro daño moral".

Otro de los fundamentos que respaldan esta idea es el carácter "represivo" del instituto, tal como lo afirma Mosset Iturraspe⁵²: "no hay pena sin ley que la imponga". Y justamente, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999 se planteó expresamente que no estando prevista la regulación de condenaciones punitivas o daños punitivos o multas civiles dentro de la sistemática legal del Código Civil, su admisión por vía jurisprudencial pone en riesgo garantías y derechos constitucionales.

Asimismo Chamatropulos⁵³ deja en claro que el instituto tiene necesariamente un origen legal, y si su incorporación ha comenzado en el campo del derecho consumeril, es por las circunstancias que rodean al mismo: "a) *la asimetría de poder existente entre consumidores y proveedores; b) la necesidad de desincentivar ciertas prácticas comerciales; c) los posibles impactos sobre intereses supraindividuales de las conductas.*" Por su parte, Cossari advierte que "no es suficiente que exista una conducta gravemente reprochable, sino que necesariamente el legislador debe haber previsto la aplicación de daños punitivos en ese supuesto concreto" por lo que "no cabe la aplicación de los mismos por

⁵⁰ Zavala de González, Matilde, y González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva" en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Bueres, Alberto J. (dir), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

⁵¹ Brun, Carlos, "¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados daños punitivos)", en *Digesto Jurídico*, Buenos Aires, 2004-3, 1228.

⁵² Mosset Iturraspe, Jorge, "La "multa civil" o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998", en *La Ley*, Buenos Aires, 2000-B-1277.

⁵³ Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009, pág. 43.

*analogía fuera del ámbito de la ley del consumidor hasta tanto sean extendidos a otros supuestos de manera legislativa.*⁵⁴

Si bien hemos reiterado en diversas oportunidades nuestra adhesión a la idea de que este tipo de sanciones sean aplicables en otros campos, eso no implica que dicha extensión pueda darse en cualquier circunstancia. Siendo una herramienta sumamente importante y capaz de prevenir daños, debemos prestar aún mayor atención para su buen desarrollo. Ha tomado mucho tiempo lograr su incorporación en nuestro ordenamiento, extensos debates y controversias han quedado en el pasado y muchos otros subsisten. La inclusión de esta herramienta en el derecho del consumo no ha sido arbitraria sino que como bien afirma Chamatropulos, responde a las situaciones fácticas que se dan en dicho campo. Su extensión a distintas ramas del derecho merece un debate previo y una fundada argumentación que culmine con una exigencia al órgano legislativo para su promoción.

El origen histórico-jurisprudencial expuesto por Frúgoli y Botta olvida las diferencias entre nuestro sistema de derecho (continental) y el common law (donde fue creado y desarrollado el instituto), basado en precedentes jurisprudenciales. El mal desarrollo de este instrumento también puede provocar su desnaturalización, y como hemos visto, puede provocar más daños de los evitables. La finalidad punitiva, asimismo, exige un origen legal. En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019 se concluyó por unanimidad que *“Los daños punitivos sólo se aplican a las relaciones de consumo, a las cuestiones ambientales con sustento en el principio de Consumo Sustentable, y a la Defensa de la Competencia.”* Más adelante indagaremos en posibles nuevos ámbitos de aplicación, y reiteramos que sin perjuicio de una indudable necesidad de incorporación, nuestro sistema nos exige una correcta instrumentación normativa.

⁵⁴ Cossari, Maximiliano, *Prevención y punición en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, El Derecho, 2017, pág 146.

3. El proyecto de reforma de LDC

En diciembre del año 2018 se elevó ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, un anteproyecto de reforma de la LDC. El mismo tiene por fin la reforma integral de su predecesora, y por ello es que introduce una enorme cantidad de modificaciones esenciales a los clásicos institutos de este campo del derecho, al mismo tiempo en que incorpora otros nuevos. Siendo los “daños punitivos” la materia que nos incumbe, procederemos a analizar qué dice al respecto el anteproyecto.

El artículo que nos concierne, y que contiene al instituto estudiado, es el 118, que establece: *“Sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Se aplican las siguientes reglas: 1. Pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal. En las acciones colectivas, puede solicitar la sanción punitiva cualquiera de los legitimados activos para promoverlas. Sin perjuicio de ello, el juez puede también imponer la sanción de oficio. A tal efecto, la resolución que dispone correr traslado de la demanda debe advertir al demandado acerca del posible ejercicio de esta facultad; 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, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El importe de la multa no puede ser superior al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157 inc. 2, o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor; 3. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada; 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.”*

Uno de los mayores críticos a la redacción del artículo es Fernando Shina⁵⁵, quien primeramente reprueba la elección de los miembros de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto. Cuestiona la desmedida influencia de Picasso en la redacción, uno de los pocos y principales juristas que se oponen a la implementación del instituto. Shina advierte que la doctrina es abrumadoramente afín a la aplicación de los daños punitivos, idea apoyada por civilistas de la talla de Gherzi, Pizarro, Vallespinos, Brusa, Brun, Stiglitz, Schlotthauer, Barocelli, Díaz Cisneros y Chamatropulos.

En contraposición, Picasso⁵⁶ se ha manifestado en contra del instituto en diversas oportunidades, asegurando que los daños punitivos son extraños a nuestro sistema normativo y postulan la regla opuesta a la que rige en nuestro derechos de daños, que exige que se debe reparar todo el daño causado pero solamente el daño causado. Asimismo, estima que ante las conductas que procuramos disuadir mediante la aplicación de la multa, es el derecho penal quien debe actuar y no el civil.

Sin perjuicio de lo que se expondrá a continuación, cabe aclarar que en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2019 se concluyó por unanimidad (con algunas abstenciones) que el articulado del anteproyecto es superador y representa un avance respecto de la LDC.

3.1 La denominación escogida

Procediendo al análisis de la norma proyectada, lo primero que nos llama la atención es la denominación elegida. Sin perjuicio de que la doctrina en su gran mayoría había aceptado nombrar a los “daños punitivos” como “sanción pecuniaria disuasiva”, vemos que en este artículo 118 se los llama “sanción punitiva por grave menosprecio a los derechos del consumidor”. Pareciera redundante advertir en el

⁵⁵ Shina, Fernando E. “Apuntes críticos al anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor. los primeros diez años de los daños punitivos: no dejemos que sean los últimos”, en *RCCyC*, Buenos Aires, 218, 2019 (octubre).

⁵⁶ Picasso, Sebastián, y Vázquez Ferreya, Roberto, *Ley de defensa del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2019.

título mismo que se trata de sanciones aplicadas en casos de “grave menosprecio...”, sobretodo cuando en el texto de la norma se transcriben nuevamente los mismos vocablos. Podría esto sugerir el énfasis y gran interés del legislador por dejar en claro que esta multa sólo procederá en aquellos casos, lo que por supuesto ha tenido repercusiones en la opinión de los juristas de nuestro país. En cuanto a “sanción punitiva”, compartimos lo expuesto por Brun⁵⁷, quien aclara que este instituto tiene tres finalidades: eliminar los beneficios obtenidos por el accionar ilícito, sancionar la conducta reprochable y disuadir conductas similares en el futuro, siendo esta última la más importante. La jurisprudencia ha coincidido en este punto, y nos permite preguntarnos: ¿qué objeto tiene la aplicación del instituto si no logra disuadir a nadie de llevar a cabo las conductas que buscamos evitar?

Cossari⁵⁸ explica que no obstante la doctrina mayoritaria se ha pronunciado en favor del término “sanciones pecuniarias disuasivas”, la comisión redactora de la reforma de la LDC “sostiene que esta terminología se presenta a equívocos "porque también podía aplicarse a la indemnización de daños, que es una sanción y, además de resarcir, actúa como incentivo para no causar daños”. Por este motivo prefiere hablar de "sanción punitiva", dado que la calificación de “punitiva” pone de resalto que "se trata de una clase especial de sanción, que tiene por finalidad, precisamente, castigar al proveedor que obra con notoria despreocupación respecto de los intereses de los consumidores, y al mismo tiempo, prevenir la reiteración futura de ese tipo de conductas”.

A nuestro entender es evidente que la finalidad de los daños punitivos es la prevención del daño a través de sus herramientas disuasivas, entre ellas el “castigo”. Si hubiera que escoger un nombre apropiado, se encontraría más ligado al carácter disuasivo que al punitivo. Si pensamos en la aplicación de un castigo que no tiene efectos disuasivos, rápidamente comprenderemos que el fin del instituto no

⁵⁷ Brun, Carlos, “Sanción punitiva por grave menosprecio a los derechos del consumidor. una nueva vuelta de tuerca a los "daños punitivos" en el anteproyecto de ley de defensa del consumidor”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 296-811, 2019.

⁵⁸ Cossari, Maximiliano, “Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en *EL Derecho*, Buenos Aires, CMXVII-321.

se ha cumplido, se ha frustrado, provocando quizás un daño mayor al que se procuró evitar.

3.2 El factor de atribución

La norma comienza estableciendo que *“El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”*. Esto ha traído aparejadas diversas críticas. Shina⁵⁹ considera que la elección de las palabras utilizadas da a entender que la aplicación de la multa sólo depende de la voluntad del juez, lo que “certifica la defunción de los daños punitivos”. Aquí adherimos la postura de Brun⁶⁰, quien asegura que la elección de la expresión “tiene atribuciones” es el resultado de una mejor redacción que la que tenía el art. 52 bis que expresaba “podrá aplicar”. Tener la atribución para, indicaría que es el juez quien tiene la aptitud y capacidad para imponer este tipo de sanción, que no es lo mismo que pueda o no hacerlo a su arbitrio. Tanto en el caso de decidir aplicarlas, como de no, deberá fundarlo, y de no hacerlo se contarán con las herramientas que el derecho otorga frente a las resoluciones o sentencias arbitrarias.

Mayor controversia aún ha generado el factor de atribución exigido, el “grave menosprecio”. Aquí hay un gran agravamiento del factor, en tanto el artículo 52 bis sólo exige el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales. Irigoyen Testa⁶¹ indica que se trata lisa y llanamente de la exigencia de “dolo” en la conducta de quien provoca el daño. A su entender, a pesar de que la doctrina mayoritaria exija culpa grave o dolo para la imposición del instituto, aquí se ha limitado seriamente el campo de aplicación. En los fundamentos del anteproyecto⁶², la comisión explica que “Siguiendo a la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritarias, se

⁵⁹ Shina, Fernando E. “Apuntes críticos al anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor. los primeros diez años de los daños punitivos: no dejemos que sean los últimos”, en *RCCyC*, Buenos Aires, 218, 2019 (octubre).

⁶⁰ Brun, Carlos, “Sanción punitiva por grave menosprecio a los derechos del consumidor. una nueva vuelta de tuerca a los “daños punitivos” en el anteproyecto de ley de defensa del consumidor”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 296-811, 2019.

⁶¹ Irigoyen Testa, Matías, “Informe sobre el nuevo anteproyecto: Los daños punitivos”, en *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, Buenos Aires, 567, 2019.

⁶² Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor 2018 [en línea: <https://www.pensamientocivil.com.ar/legislacion/3953-anteproyecto-ley-defensa-consumidor>]

establece en sintonía con lo que preveía el proyecto de Código Civil y Comercial que la sanción punitiva solo procede frente al "grave menosprecio" hacia los derechos del consumidor, lo que implica la necesidad de que se configure un factor subjetivo de atribución calificado. Esto es concorde, además, con lo que sucede en el derecho comparado. Así, en los Estados Unidos de América se exige que quien pretende "daños punitivos" aporte evidencia clara y convincente en el sentido de que el demandado actuó con dolo, indiferencia o grave negligencia respecto del daño que ocasionó".

No obstante, y disconforme con la fundamentación, el autor asegura⁶³ que el anteproyecto sólo considera el dolo, puesto que de acuerdo al art. 1724 el Código Civil y Comercial de la Nación: "El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos". En los fundamentos del Código, se explica que "se añade la locución 'grave indiferencia' porque de este modo se incluye al dolo eventual". La conclusión de Irigoyen Testa no es intrincada ni confusa: si "grave indiferencia" hace al dolo, "grave menosprecio" debe aludir a una conducta peor, o cuanto menos igual de negativa. Por lo tanto, el artículo 118 del anteproyecto, exigiría que la conducta reprochable sea dolosa para la aplicación de la multa.

Por su parte, Brun⁶⁴ celebra la nueva redacción, recordando las dificultades que trajo aparejadas el artículo 52bis y sus consecuencias por sólo exigir un mero incumplimiento. Entiende que la distinción expuesta por Irigoyen Testa es sutil puesto que "la caracterización de la culpa como 'grave', indicativa de una grosera negligencia, ya desde el Derecho Romano equivalía, en sus consecuencias al dolo (culpa lata dolo equiparatur)". En este caso me permito disentir con Brun en tanto no se ha mejorado la situación del artículo 52 bis. Lejos de una mayor clarificación, se ha optado por una redacción controversial, que obliga a los autores a un muy

⁶³ Irigoyen Testa, Matías, "Informe sobre el nuevo anteproyecto: Los daños punitivos", en *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, Buenos Aires, 567, 2019.

⁶⁴ Brun, Carlos, "Sanción punitiva por grave menosprecio a los derechos del consumidor. una nueva vuelta de tuerca a los "daños punitivos" en el anteproyecto de ley de defensa del consumidor", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 296-811, 2019.

preciso análisis de los vocablos utilizados para comprender la voluntad del legislador. Asimismo, bastaba con exponer los factores de atribución ampliamente aprobados por la doctrina, y con la terminología aceptada por la gran mayoría de los autores, quienes exigen “dolo o culpa grave” para la aplicación de daños punitivos.

De todos modos, también disentimos con Irigoyen Testa en tanto se encuentra más preocupado por las expresiones utilizadas que por la voluntad de la comisión redactora, y sabiendo que las reglas de interpretación de las normas nos obligan a comprender y seguir de buena fe la voluntad del legislador, bien podríamos aprovechar los fundamentos dados, los que a nuestro entender evidencian una clara aceptación de la culpa grave como factor de atribución al expresar “...actuó con dolo, indiferencia o grave negligencia respecto del daño que ocasionó”, donde el término “indiferencia” no podría aludir a otra cosa que “culpa”.

Tal como hemos visto en el análisis de la LDC, reiteramos que en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019, la doctrina mayoritaria se ha expresado en favor de interpretar “grave menoscabo a los derechos del consumidor” como inclusivo de los presupuestos de culpa grave y dolo, mientras que la doctrina minoritaria, exigió que dichos términos fueran receptados por el texto de la norma, a fin de evitar confusiones o interpretaciones dispares.

3.3 Legitimados

En cuanto a la legitimación activa para solicitar la aplicación de la multa, el anteproyecto incorpora un elogiable avance, dejando atrás a la figura del damnificado como uno legitimado como anuncia el 52bis, y posibilitando que el Ministerio Público, el juez de oficio o cualquier legitimado para interponer una acción colectiva lo reclamen. Ya hemos expresado previamente nuestra adhesión a la postura de que sean varios los legitimados para requerir la aplicación de la sanción, lo que evidentemente tendrá una relación directa con una mayor cantidad de multas a aplicar, protegiendo la finalidad social que tiene el instituto.

Es fundamental que estos nuevos actores tengan la potestad de impulsar la aplicación de los daños punitivos, puesto que de esta manera no dependerá de la sola y exclusiva voluntad del damnificado. Comprendiendo que se trata de un instituto cuyos fines y aplicación incumbe a la sociedad en su conjunto, o al menos a una porción de ella, es importante que más de un actor tenga la posibilidad de reclamar su imposición. No olvidemos que buscamos disuadir y prevenir graves inconductas cuyos efectos son severamente lesivos de derechos ajenos.

Asimismo, esta incorporación tiene una estrecha relación con el destino de la multa. Como veremos más adelante, el anteproyecto no asegura que la cuantía de la misma sea percibida por el damnificado, lo que derivará en un mayor desinterés o desincentivo para reclamarla. Por lo que hemos visto y podemos imaginar, la petición de aplicación y la prueba de los daños punitivos exige en muchos casos un arduo estudio, y más aún lo relativo a su cuantificación. La sola posibilidad de que el beneficiario no sea el damnificado, indudablemente le provocará desinterés en su búsqueda, pudiendo en muchos casos evitar solicitarlo al juez.

3.4 Cuantía y destino

El anteproyecto introduce importantes cambios en la pautas de graduación de la multa, como también en su tope y destino. En cuanto a las pautas, el texto replica con exactitud lo expuesto por el art. 1714 del anteproyecto de Código Civil y Comercial, describiendo enunciativamente como patrones para tener en cuenta a la hora de cuantificar: las circunstancias del caso, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. Al haber analizado previamente en este aspecto la redacción del art. 1714, nos remitimos a dichas observaciones.

Con respecto al tope de la multa, el anteproyecto incorpora uno de los más plausibles avances. Lejos del absurdo tope de 5 millones de pesos del art. 52 bis, el proyectado art. 118 anuncia que el importe de la multa no puede superar al doble del máximo previsto en el art. 157 inc 2. Dicha norma tiene por máximo el

equivalente a 5000 salarios mínimos vitales y móviles, por lo que el nuevo techo para la aplicación de “daños punitivos” es de 10.000 salarios mínimos vitales y móviles, lo que hoy asciende a \$168.750.000.- (ciento sesenta y ocho millones, setecientos cincuenta mil pesos). Luego de las duras críticas que realizamos al tope del actual art. 52 bis, esta novedad no puede no ser celebrada. No sólo se trata de un aumento en el máximo de casi 34 veces, sino que el tope no se encuentra expresado nominalmente, sino en SMVM (salario mínimo, vital y móvil).

Esta distinción es sumamente importante puesto que protege al techo de la sanción de las constantes fluctuaciones de la economía de nuestro país. Ya hemos visto cómo en muy pocos años los 5 millones del art. 52 bis se desvalorizaron completamente. Sin perjuicio de que nuestra postura sigue estando del lado de la inexistencia de un techo, consideramos este como uno de los más importantes avances para el campo, lo que permitirá en la gran mayoría de los casos, que la sanción cumpla sus fines disuasivos.

Además, no es la única pauta de la norma que establece un máximo, sino que acertadamente se incluyó la posibilidad de que la multa alcance diez veces la ganancia obtenida por el proveedor por su obrar ilícito. Sin dudas esta segunda alternativa cuenta con la potencialidad de cumplir con el elemento disuasivo, y probablemente algunos autores consideren que es desmedida. Si buscamos eliminar las ganancias obtenidas a través de conductas reprochables, ¿no bastaría con aplicar una multa equivalente a dicho resultado económico? ¿O quizás un monto algo superior para asegurar que el resultado sea negativo y no neutro? Lejos del sistema norteamericano, en el que un jurado de ciudadanos inexpertos en el campo del derecho decide el monto a aplicar, en nuestro ordenamiento es el juez quien lo hace, a quien consideramos el sujeto más apto y preparado para la administración de justicia. Esta circunstancia trae aparejada una mayor seguridad jurídica, ya que resultará más extraño encontrar sentencias con multas extremadamente desmedidas, si es esa la preocupación. Por eso es también nuestro interés en dotar a los magistrados de las mejores herramientas posibles para el éxito de este instituto.

Cabe señalar, sin embargo, que la cuantificación no es una labor fácil, sencillamente porque no es una tarea simple determinar con exactitud las ganancias obtenidas por un sujeto como resultado de determinada conducta, al mismo tiempo que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias indicadas por la norma. El funcionamiento interno de las empresas en muchos casos es difícil analizar y aún en los casos de aquellas que cotizan en bolsa y sus balances son públicos, existe una gran cantidad de herramientas contables para eludir la aplicación de la ley. Que el tope sea equivalente a diez veces la ganancia obtenida, no exige ser aplicado en todos los casos, sino que permite al magistrado más flexibilidad y libertad para una correcta cuantificación. Asimismo, sabemos que no todos los daños provocados concluyen en una demanda judicial o arbitral, por lo que el juez puede tener conocimiento de una mayor extensión del daño no judicializado y con ganancias económicas no tenidas en consideración por los tribunales.

Otro de los grandes cambios introducidos por el anteproyecto refiere al destinatario de la multa. Se establece que el mismo será determinado por el juez mediante resolución fundada. Ya hemos expresado nuestra opinión acerca de esta temática, y nuestra recomendación para el éxito del instituto analizado es que al menos se asegure al damnificado una porción del monto. Siendo el damnificado el sujeto en mejor posición para un eventual reclamo, es importante otorgarle incentivos para realizarlo, y de ese modo cumplir la finalidad preventiva del mismo.

Shina⁶⁵ entiende que si el juez elige el destino de la multa, nadie se tomará el trabajo de probar la existencia de una conducta gravemente antisocial, ya que luego el fruto de ese trabajo podría tener a otro como destinatario. Advierte que en el sistema capitalista, el incentivo que moviliza a los individuos es la obtención de dinero, y evitar costos (siendo el tiempo invertido un costo). Por lo tanto, resuelve que con estas circunstancias, habría menos reclamos de daños punitivos.

⁶⁵ Shina, Fernando E. "Apuntes críticos al anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor. los primeros diez años de los daños punitivos: no dejemos que sean los últimos", en *RCCyC*, Buenos Aires, 218, 2019 (octubre).

Irigoyen Testa explica⁶⁶ con los fundamentos del anteproyecto que destinar completamente la multa al damnificado desalienta, muchas veces, la fijación de montos importantes, ante el temor de los jueces de consagrar un enriquecimiento excesivo de aquel. No obstante, este autor cuya postura es la de un destino mixto, manifiesta que cuanto *“mayor sea la cuantía esperada por parte de la víctima (incluido los daños punitivos), mayor será la probabilidad de condena del dañador, dado que 1) mayor será el margen que tendrá la víctima para llegar a un acuerdo de cuota litis —cuando esté permitido— con letrados especialistas en la temática; 2) mayor será el incentivo que tendrá la víctima para invertir tiempo y dinero en pos de estar bien informada y para colaborar en la producción de las pruebas costosas conducentes a la condena adecuada por daños punitivos (problema de información imperfecta); 3) mayor será su incentivo para accionar por microdaños; 4) mayor será la posibilidad de recuperar el costo de oportunidad que poseía por iniciar el juicio.”* Y por último, recuerda que no debe temerse al “excesivo enriquecimiento” de la víctima, puesto que los daños sufridos son muchas veces irreparables, por lo que ninguna compensación lo llevará al estado previo al daño.

Por su parte, Brun⁶⁷ trae a colación lo dispuesto por el artículo 27 del anteproyecto, lo que debiera ser complementado al análisis de Shina. El mismo anuncia: *“En el ámbito de las prácticas abusivas, la sanción punitiva prevista en el artículo 128 deberá ser especialmente ponderada, atento a la afectación de derechos fundamentales o derechos humanos. En tal caso, el destino de la sanción punitiva deberá, al menos parcialmente beneficiar al consumidor afectado.”*

Esta norma asegura entonces que el consumidor sea beneficiario de la multa cuando se afecten sus derechos fundamentales o humanos. Considerando que

⁶⁶ Irigoyen Testa, Matías, “Informe sobre el nuevo anteproyecto: Los daños punitivos”, en *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, Buenos Aires, 567, 2019.

⁶⁷ Brun, Carlos, “Sanción punitiva por grave menosprecio a los derechos del consumidor. una nueva vuelta de tuerca a los “daños punitivos” en el anteproyecto de ley de defensa del consumidor”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 296-811, 2019.

estamos en un estado de derecho que reconoce de los más variados de este tipo de derechos, es una buena garantía para el damnificado. Sin perjuicio de ello, al no establecerse con claridad el porcentaje mínimo que debe percibir en estos casos el consumidor, subsiste la idea del desincentivo al requerimiento de aplicación de “daños punitivos”.

Además, entendemos que esta postura tiene por fin principal el logro de los objetivos de la aplicación de la multa y no el patrimonio del damnificado. Si insistimos en que el mismo reciba al menos un porcentaje de la sanción impuesta a quien lo dañó, no es porque nos preocupamos porque obtenga una ganancia desmedida o un “enriquecimiento incausado”, sino que lo que buscamos es dotar de mayores incentivos para pedir este tipo de sanciones a quienes están en mejor posición para hacerlo, consiguiendo de ese modo el fin social de la norma.

3.5 Responsabilidad y asegurabilidad

En cuanto a la responsabilidad de los proveedores, la norma proyectada prevé que si existe pluralidad de sujetos responsables del daño, su responsabilidad será solidaria. Esta solución es también loable puesto que el actual art. 52 bis establece la solidaridad entre todos los responsables del incumplimiento legal o contractual. Los “daños punitivos” buscan castigar conductas gravemente reprochables, y no cualquier incumplimiento, sin olvidar que su eficaz aplicación depende también de evitar condenas exageradas o a sujetos que no han tenido este tipo de comportamientos. Aquí hay una importante mejora puesto que se sanciona sólo a quienes efectivamente han actuado del modo que se busca castigar, dejando de lado esa suerte de responsabilidad objetiva planteada por el art. 52 bis.

Por último, la norma prevé que los “daños punitivos” no son asegurables, lo que deriva de un extenso debate doctrinario que analizaremos más adelante. A modo de realizar un breve adelanto, quienes se oponen a la asegurabilidad de los mismos, entre quienes nos encontramos, suelen basarse principalmente en dos fundamentos: la eliminación del efecto disuasivo (puesto que el proveedor actuaría con menores recaudos si sabe que cuenta con un seguro para este tipo de

sanciones), y el traslado a precios del costo del seguro. Cossari⁶⁸ advierte que en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2019, la doctrina fue unánime en la inasegurabilidad de este instituto.

Por lo expuesto, y lo que se desprende de nuestros comentarios, es claro que a pesar del malestar expresado por algunos autores respecto de la elección de Picasso para la elaboración de la norma, esta es a nuestro entender la mejor redacción de todas las analizadas, y si bien hay varios puntos que pueden mejorarse, ha introducido importantes avances en este campo para el buen desarrollo de los “daños punitivos” en nuestro derecho.

4. ¿La ley de defensa de la competencia admite la aplicación de daños punitivos?

Corría el año 2016 cuando Ghersi advertía⁶⁹ sobre la utilización de los “daños punitivos” como un instrumento para corregir, entre otras conductas indeseables, el abuso por parte de las empresas de su posición dominante. Entendemos por posición dominante la circunstancia en la que se encuentra una compañía que goza de poder de mercado. Esto le posibilita actuar en un mercado con indiferencia o poca relación respecto de las conductas de sus competidores. El dominio, sea porque se trate de una empresa monopólica, oligopólica, con gran participación de mercado o extrema influencia, le permite realizar ciertas acciones que de otro modo le serían imposibles de realizar en un mercado de competencia perfecta, definido como aquel en el que existen gran cantidad de compradores (demanda) y de vendedores (oferta), de manera que ningún comprador o vendedor individual ejerce influencia decisiva sobre el precio.

Por lo tanto, esta posición dominante le permitiría fijar precios de mercado, reducir costos importantes, convertir su rubro en una actividad no competitiva, y diversas otras acciones que no sólo dañan empresas competidoras y su mercado,

⁶⁸ Cossari, Maximiliano, “Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en *El Derecho*, Buenos Aires, CMXVII-321.

⁶⁹ Ghersi, Carlos A., “Las prácticas abusivas de las empresas con posición dominante. el daño punitivo como herramienta de corrección”, en *La Ley*, Buenos Aires, 300, 2016-F-300.

sino fundamentalmente a los consumidores. Sin embargo, la ley no castiga la “posición dominante” per se, puesto que hay una gran variedad de mercados donde, por ejemplo, lo más eficiente es la existencia de un monopolio. Lo que se castiga es el abuso de esa posición dominante. A modo de breve ejemplo: en el mercado de la provisión de energía eléctrica, es más eficiente que sólo exista una empresa que provea de energía a un territorio en particular, puesto que una mayor cantidad de compañías provocaría indudablemente un aumento de precios para los consumidores. Por lo expuesto, no podríamos castigar a la empresa prestadora de servicios por su gran influencia y posición dominante, pero sí en el caso de que se abuse de la misma, por ejemplo, fijando altísimos precios a los consumidores (quienes no tienen la opción de contratar a otro prestador del servicio).

En mayo de 2018 se sancionó la ley 27442 de defensa de la competencia, celebrada por la doctrina por su incorporación de novedosos institutos como el programa de clemencia, la actualización automática de los montos de la notificación de concentraciones económicas, la elevación de los montos de las multas por prácticas anticompetitivas, y la creación de la Defensoría del Pueblo en materia de competencia y consumidores. Pero lo que trae esta norma a colación es su artículo 64, el que expone: *“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”*.

Basta una lectura superficial para comprender de qué se trata: efectivamente se incorporaron los “daños punitivos” al ámbito de la defensa de la competencia con un texto prácticamente idéntico al del art. 52 bis de la LDC. Esto también es lo primero que llama la atención, ya que 10 años después de la introducción del instituto en nuestro ordenamiento jurídico, y luego de la inmensa cantidad de críticas a la redacción del 52 bis, esta nueva ley copia casi textualmente a aquel. Apartándonos del debate doctrinario sobre si procede la aplicación análoga del instituto a otros campos del derecho, aquí su origen legal permite afirmar

indudablemente su extensión. Si bien es una materia afín y muy conexas a la del derecho del consumo, permitirá una nueva y más extensa utilización de esta herramienta.

Para el análisis del texto que tiene identidad con el art. 52 bis nos remitimos a su observación en el punto 1. En cuanto a las diferencias con dicha norma, vemos que se elimina el tope de la multa, lo cual es digno de celebrar. Asimismo, se reformula el criticado “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor” por “Las personas que incumplan las normas de la presente ley”, lo que en la práctica no expresa ninguna mejora puesto que sigue bastando el mero incumplimiento y una conducta realmente grave. Raschetti⁷⁰ encuentra una diferencia en cuanto al destino de la sanción. Si bien a simple vista pareciera idéntico, puesto que se prevé que el destinatario sea el damnificado, nos recuerda que estamos en el ámbito de la defensa de la competencia, y bien podría ser damnificada una persona distinta a la del actor. Tal sería el caso de una persona que denuncia a otra (que es su competidora en cierto mercado), por prácticas anticompetitivas, cuyas consecuencias no sólo le provoquen daños a él sino también a los consumidores. En nuestra opinión, si bien esta interpretación podría ser útil, no parece haber sido la intención del legislador, quien claramente requiere que la legitimación activa y el destino de la multa queden en manos del “damnificado”. De otro modo se podría haber avanzado en cuanto a la extensión de la legitimación activa o haber utilizado terminología más clara al destacar a quién le corresponde percibir la multa.

Ante la pluralidad de sujetos provocadores de daño, si bien no encontramos nada en el artículo analizado, ello se encuentra en el subsiguiente, que expresa: *“Art. 65.- Cuando más de una persona sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el damnificado, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. Según corresponda, podrán eximir o reducir su responsabilidad de reparar los daños y perjuicios a los que se refiere el presente*

⁷⁰ Raschetti, Franco, “Sobre la incorporación de los daños punitivos a la ley de defensa de la competencia”, en RCyS, Buenos Aires, 2018-XII-32.

capítulo, aquellas personas humanas o jurídicas que se acojan al beneficio del programa de clemencia dispuesto bajo el capítulo VIII de la presente ley, previa resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que determine que cumple con los términos establecidos en las disposiciones de dicho capítulo VIII. Como única excepción a esta regla, el beneficiario del programa de clemencia dispuesto bajo el capítulo VIII será responsable solidariamente ante (i) sus compradores o proveedores directos e indirectos; y (ii) otras partes perjudicadas, únicamente cuando fuera imposible obtener la plena reparación del daño producido de las demás empresas que hubieren estado implicadas en la misma infracción a las normas de la presente ley.” De lo transcrito se entiende que con excepción de la incorporación del programa de clemencia y lo relativo al mismo, la solución es la misma que trae el art. 52 bis de la LDC.

Resulta extraño entender cómo luego de 10 años de debate, perfeccionamiento y desarrollo del instituto, la norma analizada pudo recaer en tantos de los errores del 52 bis, incluso cuando la doctrina es unánime respecto de muchas de las circunstancias que atañen. Sin embargo, podemos destacar como un pequeño triunfo la eliminación del tope de la multa, y fundamentalmente como un gran avance, el hecho de que el Congreso sancione nuevamente una norma que introduce al instituto analizado en otro campo del derecho, lo que nos da esperanzas de que este camino siga firme en dirección a la incorporación de los “daños punitivos” en todas aquellas ramas del ordenamiento que así lo exijan.

DESARROLLO DOCTRINARIO. ACERCAMIENTO A UNA DEFINICIÓN

Hasta aquí llegan entonces las definiciones propuestas por textos normativos de nuestro país o proyectos de éstos. En esta segunda parte de la investigación nos enfocaremos en lo que han dicho los juristas de nuestro país a la hora de hablar del instituto a fin de poder analizar sus conceptualizaciones y avanzar en el desarrollo de una definición propia y una propuesta normativa. Cabe advertir al lector que en este caso exhibiremos definiciones generales sobre los “daños punitivos” y no análisis derivados de la normativa de derecho consumeril, por lo que algunas de ellas no serán tan específicas y muchas tendrán ya varios años desde su redacción. Siendo tantas y tan variadas las definiciones que se han expuesto sobre el mismo, habrá que hacer hincapié en las más preponderantes.

1 Ramón D. Pizarro

Comenzaremos con la propuesta de Ramón Pizarro, uno de los civilistas más prestigiosos con nuestro país y uno de los primeros en abordar esta temática cuando corría el año 1993. Expuso que los Daños Punitivos son *“sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”*⁷¹.

Debemos resaltar que siendo un instituto en evolución en nuestro derecho, cuanto más atrás nos remontemos en el tiempo, menores precisiones tendrán las definiciones brindadas por los expertos. En primer lugar, el autor asegura que la multa debe constituir una suma de dinero a pagar por el provocador del daño. Esto podría no ser así en todos los casos ya que algunos juristas afirman que bien podría ordenarse un “pago en especie” o una obligación de hacer, sobretodo en circunstancias en las que la conducta reprochable consiste en una grave omisión. A

⁷¹ Pizarro, Ramón D., “Daños punitivos”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos (dir), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1993, segunda parte, págs. 291.

modo ejemplificativo, nos encontramos con el caso “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ Reclamo Contra Actos de Particulares”, en el cual el actor demandó judicialmente a la compañía de telefonía porque uno de sus locales carecía de acceso para discapacitados en evidente infracción a la ley, y por lo que la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata impuso una multa civil explicando que *“La sola circunstancia de que el actor no haya podido acceder al local de la demandada porque el edificio no contaba con rampa o medio mecánico que permitiera el ingreso de quienes se movilizan en silla de ruedas, configura una clara omisión de cumplimiento de la normativa vigente que tiene como finalidad la supresión de todas aquellas barreras arquitectónicas que impidan a las personas con discapacidad motriz el ingreso a los edificios de uso público, y determina la procedencia de la indemnización del daño moral sufrido por el actor y la imposición de una multa en concepto de daño punitivo.”*

El caso descrito, siempre en el supuesto de contar con un basamento legal apropiado, podría resolverse eficientemente mediante la imposición de una multa de tal magnitud que genere los incentivos correctos a la compañía para que por sí misma evite en el futuro que alguno de sus locales comerciales carezca de acceso para discapacitados, o bien imponiendo una obligación de hacer que consista en que la demandada de cumplimiento con la legislación vigente en términos de accesibilidad para personas con movilidad reducida o discapacidad. Claro está que es más sencilla y menos controvertida la primera opción, pero es más compleja su cuantificación ya que en la misma en magistrado debiera tener a la vista tanto el costo económico del pago de la multa, más el costo de las refacciones en todos sus locales comerciales para que cuenten con los accesos debidos. De escoger la segunda, es lógico que de tener éxito se cumpliría con el fin preventivo del instituto respecto de futuros daños, pero si dicha obligación no se acompañara de una multa dineraria, podrían generarse incentivos perversos en las empresas para supeditar el cumplimiento de ciertas normas a la judicialización de un reclamo. Con esto queremos decir que si sólo se manda a la compañía a modificar los accesos, otras empresas podrían verse atraídas a “esperar que se les imponga esta multa en un proceso legal, para cumplir con lo que la ley dispone”.

Siguiendo con la proposición de Pizarro, recaemos en la cuestión terminológica cuando utiliza el vocablo “tribunales”. Esto ya fue explicado, por lo que nos detendremos sólo a exponer que por cuestiones prácticas y para evitar debates sin sentido, es conveniente el empleo del término “juez” o “magistrado”. Otra de las controversias en las que recae la definición de este autor es respecto al destino de la multa. En caso de ser sumas de dinero, hemos visto cómo la doctrina aún no ha llegado a un acuerdo unánime sobre quién debe ser el receptor de la cuantía de la multa. De hecho, solo una opinión minoritaria comparte la idea de Pizarro de que sea el damnificado quien la reciba.

El final de su definición consta de proposiciones clarificadoras al establecer que los “daños punitivos” se suman a indemnizaciones por daños “realmente experimentados”, lo que pone de manifiesto que no estamos en una faceta resarcitoria, y que esta multa es independiente de los rubros indemnizatorios. Junto con ello, afirma correctamente que la finalidad de esta herramienta será la prevención de hechos similares en el futuro, y la punición de graves inconductas, en clara referencia a las facetas preventiva y resarcitoria del derecho de daños. La inclusión de la palabra “graves” fue bien recibida por la gran mayoría de los juristas de nuestro país, quienes bien consideran que siendo un instituto de excepción, debe aplicarse sólo ante conductas que expresen cierta gravedad.

2 Jorge Bustamante Alsina

Este autor, una de las primeras voces en contra de la aplicación de este instituto en nuestro país, afirmó que el mismo se trata de *“una indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita, o también para castigar al demandado por su mala conducta y*

*lograr que se haga un ejemplo del caso, previniendo futuras inconcusas semejantes ante el temor de la punición*⁷².

Nos encontramos ante una definición por demás extensa, y plagada de inexactitudes. Recordemos que corría el año 1994 cuando fue elaborada, por lo que los “daños punitivos” no tenían un gran desarrollo en nuestra doctrina, y faltarían 14 años para que se incluyeran en nuestro ordenamiento legal. No obstante, podemos comprender el rechazo del autor a la importación del instituto, en tanto las imprecisiones en las que recae su conceptualización lo desvirtúan absolutamente. En primer lugar, no nos encontramos ante una “indemnización incrementada”, ya que los “daños punitivos” no tienen naturaleza compensatoria o resarcitoria. No es una indemnización sino una multa, una sanción a una conducta determinada que nada tiene que ver con la reparación de un perjuicio. Tampoco es “reconocida al actor” puesto que como ya hemos visto, el destino de la multa es un tema ampliamente discutido, y que sólo una pequeña minoría considera que debe ser percibida por el demandante. Continúa este jurista indicando que se reconoce “por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial” lo que no es del todo claro ya que por los términos utilizados pareciera indicar el autor de que estamos ante una suma “extra”, y no una que goce de autonomía. Además, habla de superar el daño patrimonial, cuando no tiene relación con los daños patrimoniales o extra patrimoniales.

En cuanto a la conducta sancionada, Bustamante Alsina indica que es un instituto que procedería en los casos en que el daño sea agravado por “violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa”. Esto trae aparejados algunos inconvenientes: el autor expone que el daño debe ser “agravado” por dichas circunstancias, lo cual es incorrecto porque no es una valoración que debiera hacer el magistrado a la hora de imponer la sanción o cuantificarla. Una conducta provoca ciertos daños, y ellos no serán incrementados por la mayor o menor “malicia” del agente que la realiza. Asimismo, todos los supuestos indican de algún modo una

⁷² Bustamante Alsina, Jorge, “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, 1994-B, 860.

actitud dolosa, por lo que podría haberse evitado la multiplicidad de “agravantes” con la utilización de un término más acorde a nuestro ordenamiento. Del mismo modo, evita la posibilidad de que el daño sea causado con culpa grave. Esta omisión es fundamental ya que una de los más típicos comportamientos que buscamos prevenir es el de la culpa lucrativa, supuesto en el que una persona incurre en mayores riesgos de los debidos con el afán de obtener un lucro, actuando con desatención o desprecio a derechos de terceros.

La parte final de la definición es reveladora y quizás nos permita identificar de qué hablaba el autor al referirse a los “daños punitivos”. El objeto del instituto no tiene en absoluto que ver con compensar al actor. Probablemente ahora sea más sencillo referirnos a nuevas y aceptadas facetas de la responsabilidad civil como la sancionatoria y la preventiva, pero históricamente, este campo del derecho tuvo la mirada puesta en la compensación, en el resarcimiento, la justicia correctiva, el sinalagma. Quizás por ello es que el autor dedicó esa elección de vocablos.

Explica Bustamante Alsina que lo que se busca compensar al actor es su “angustia, sentimientos heridos, vergüenza” entre otros. En este punto es donde podemos ver con claridad que lo que el autor definió en gran parte fue el “daño moral”. Si quitáramos lo relativo a la conducta del provocador del daño (“circunstancias de violencia, opresión ...”) bien podría ser hasta aquí una conceptualización del daño moral, entendido como un rubro indemnizatorio que incrementa este resarcimiento, que es reconocido al actor por encima de los daños patrimoniales (el daño moral se encuentra en la esfera del resarcimiento de daños extrapatrimoniales), y que lo compensa por la “angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita”. Esto podría haber provocado tal confusión en un autor de gran renombre, ya que de otro modo resultaría extraño ver esa cantidad de imprecisiones en una definición expuesta por él.

Hasta aquí entonces, con una pequeña salvedad, encontramos una descripción del daño moral más que de una multa civil. Lo único que podríamos

rescatar como asimilable a lo que entendemos por “daños punitivos”, lo encontramos in fine, cuando el jurista admite otros objetivos perseguidos por el instituto como el castigo al demandado por su “mala conducta” o lograr que se haga un ejemplo del caso para prevenir comportamientos similares. Más allá de alguna discusión relativa a lo acertado o no de estas últimas precisiones, el autor concluye indicando los dos objetivos reales que busca la sanción estudiada, y que van de la mano con las facetas sancionatoria (castigo al demandado por su mala conducta) y preventiva (“previniendo futuras inconcusas semejantes ante el temor de la punición”) del derecho de daños.

3. Diego Martinotti

Este autor define al instituto como “sumas de dinero que los jueces ordenan pagar, que sin corresponder a una lesión determinada del accionante se agregan a las indemnizaciones por daños efectivamente sufridos, y cuya finalidad es por un lado sancionar al demandado (sujeto dañador) que ha incurrido en una grave inconducta, y por el otro lado disuadir o desanimar acciones del mismo tipo”⁷³.

Resulta ser una conceptualización algo escueta pero con pocas imprecisiones. Reiteramos nuestra disidencia respecto de que sólo pueda tratarse de “sumas de dinero”, aunque ello resulta perfectamente discutible. Asimismo el autor resalta la independencia de la sanción respecto de “otras indemnizaciones”, sin perjuicio de que podría haber sido aún más claro. Finaliza con un correcto recordatorio de los objetivos del instituto.

4. Juan C. Díaz, José S. Elías y Augusto M. Guevara

En nuestra opinión estos autores exponen una de las mejores definiciones que hemos visto, al asegurar que “los daños punitivos son una herramienta de técnica jurídica preventiva, disuasoria y de carácter punitivo, que los tribunales imponen a los demandados, además de la indemnización compensatoria, por conductas que persiguen la obtención de beneficios (ingreso de bienes o ahorro de

⁷³ Martinotti, Diego F., “Los daños punitivos en el proyecto de código civil de 1998”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2001-F-1317.

gastos necesarios) mediante la comisión de ciertos ilícitos calificados por su gravedad”⁷⁴.

Independientemente de la utilización del término “daños punitivos”, celebramos el comienzo de la conceptualización por cuanto adherimos a la postura de que nos encontramos ante una herramienta de técnica jurídica preventiva, disuasoria y punitiva. Consideramos que es un instrumento legal con el que se dota a los jueces para que éstos puedan sancionar conductas específicas que tienen un gran impacto en la sociedad, al mismo tiempo de prevenir otras similares y disuadir a quienes se encuentran en posición de realizarlas. El vocablo “tribunales” podría ser modificado a fin de evitar debates superfluos, y claro está que la multa es impuesta al demandado y con independencia de la indemnización compensatoria.

Sin embargo, discrepamos en cuanto estos juristas limitan a nuestro entender de forma exagerada el campo de aplicación de la sanción. Hacen mención solo a los casos de culpa lucrativa, que son aquellos en los que el provocador del daño lo hace con miras a la obtención de un beneficio económico. Si bien abarcan una buena cantidad de los casos que se buscan prevenir con esta herramienta, obvian a todos aquellos daños ocasionados sin la búsqueda de un lucro. Además, obligarían al magistrado que impone la sanción a exponer entre los fundamentos, una necesaria vinculación entre el accionar del demandado y la obtención de un beneficio económico, o la búsqueda del mismo, siendo este un resultado que se buscó voluntariamente. Esto podría complicar la situación puesto que no siempre es sencillo develar el comportamiento interno de una compañía, sus objetivos, análisis costo-beneficio, etc. Tampoco es claro cuando exponen que los ilícitos cometidos se encuentran calificados por su “gravedad”, lo que podría haberse simplificado con los términos “dolo”, “culpa grave”, o los que estimaron que correspondían.

⁷⁴ Díaz, Juan C., Elías, José S., y Guevara, Augusto M. (h), “¿Los daños punitivos aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2003-II-961.

5. Federico Álvarez Larrondo

El jurista entiende que los “daños punitivos” son “sanciones económicas que los jueces imponen a los causantes del obrar lesivo, con tres finalidades: 1) dismantelar el negocio surgido de la violación de la ley y los derechos de los cocontratantes, cuando la reparación integral de los afectados resulta inferior a la rentabilidad o ganancia obtenida por aquél; 2) la de sancionar el obrar desaprensivo, desidioso o infamante del agente dañador, que actúa con indiferencia para con la vida, la salud o los bienes de sus cocontratantes; y 3) la de no permitir la elaboración del análisis actuariales previos a la causación del daño, sobre la base de principios probabilísticos que permitan proyectar la tasa de ganancia producto de la lesión o violación de la ley, generando de esta manera incertidumbre respecto de los montos finales que el dañador deberá, en definitiva, afrontar, convirtiendo de esa manera a la pena en verdadera aflicción, por cuanto a las reparaciones y restituciones debidas se sumará una multa que hará que un negocio que a las resultas derivaría en el peor escenario como neutro, se transforme en negativo, al no sólo perder las ganancias sino también tener que pagar una multa por sobre las mismas, afectándose directamente su patrimonio”⁷⁵.

A simple vista podemos ver cómo el autor ha elaborado la definición más extensa de las estudiadas. No refutamos la idea de una conceptualización muy extensa per se, sin perjuicio de que consideramos que en este caso la misma se debe a una exageración de supuestos en los que cabría la aplicación del instituto. En nuestra opinión una definición precisa y eficaz debiera explicar y detallar el instituto de forma general y abstracta, para luego poder aplicarse a casos concretos. Resultaría improbable pensar en cada situación en la que pudiera o debiera aplicarse esta multa y plasmarla en una definición. El autor busca dar claridad a una herramienta ajena a nuestro derecho con una importante minuciosidad en las conductas que se buscaría evitar, pero dejando de lado las características típicas del instituto. Concuero en la utilización del término “sanciones económicas” y que sean los “jueces” los indicados para su imposición. Luego, es difícil analizar las

⁷⁵ Álvarez Larrondo, Federico M., “Los daños punitivos”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2000-A,1111.

posibilidades dadas por el autor para la aplicación, lo que podría lejos de clarificar, dificultar su empleo.

6. Fernando Colombres

Colombres declara que “los daños punitivos son una herramienta tendiente a disuadir las prácticas de conductas desaprensivas por parte de los actores económicos, castigando las mismas, al enviar a pagar a quien resulte afectado por las consecuencias de dichas prácticas, una suma en concepto de multa civil, la cual se adicionará a la fijada en concepto de resarcimiento del daño”⁷⁶.

El autor esboza una definición algo simple al evitar considerar algunos caracteres del instituto. No hay una clara mención del sujeto u órgano que impone la sanción, no hay mucha claridad en cuanto a las conductas reprochables (que son definidas sólo como “desaprensivas”), se retoma la controvertida idea de que el destinatario de la multa sea el damnificado, y la utilización del vocablo “prácticas” podría llevar a la idea de que la conducta es sancionable cuando se vuelve habitual. De todos modos es interesante su visión de que el “castigo” no es otra cosa que un instrumento para reforzar la idea de disuadir conductas similares en el futuro, dando mucha más relevancia a esta última faceta.

7. Fernando Racimo

Este autor alega que “se trata de imponer una indemnización que sancione ciertas actividades que repugnan la conciencia moral y jurídica de la comunidad. Dado un antecedente fáctico de esa gravedad, el juez fija un monto en dinero para castigar al ofensor y disuadirlo a él - o a otros - de conductas semejantes”⁷⁷.

Tal como hemos visto, nos encontramos ante una sanción, y no una indemnización, por lo que la conceptualización no comienza de la mejor manera. Es una definición escueta y vaga, sobretodo por los vocablos utilizados. No es muy

⁷⁶ Colombres, Fernando M., “Los daños punitivos en la nueva ley de defensa del consumidor”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2008-E-1159.

⁷⁷ Racimo, Fernando M., “Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-1031.

valiosa como descriptiva del instituto pero la incluimos porque su valor radica en otra cuestión: tal como afirma Chamatropulos⁷⁸, es el primero que habla de la cuestión moral. Y resulta que la necesidad de crear este instituto surge en gran medida de la imposibilidad de cumplir con los objetivos del campo de la responsabilidad civil con las herramientas vigentes.

Uno de los más clásicos casos que se nos presenta para explicar por qué es necesaria la inclusión de este instituto en nuestro derecho, es el de Lucio Veracio. Cuenta la historia que en Roma este excéntrico y adinerado personaje se paseaba por la ciudad acompañado por uno de sus esclavos. Teniendo en cuenta los montos indemnizatorios que la Ley de las XII Tablas imponía, gastaba su tiempo abofeteando de forma azarosa a otros ciudadanos que caminaban por allí. Luego, su esclavo debía abonar el monto indemnizatorio indicado por la ley, que para él resultaba insignificante, y así quedaba liberado de toda responsabilidad. Y resulta que Lucio Vero abofeteando gente y Ford no retirando autos defectuosos del mercado tienen una gran similitud: ambas conductas son repugnantes a un ideal de justicia, a una sociedad equitativa, a nuestro concepto de moralidad, y sin embargo podrían salirse con la suya sin las herramientas adecuadas.

En un mundo en el que los ricos son cada día un poco más ricos y la brecha se hace más y más grande, el Estado como sancionador de leyes y administrador de justicia debe poner mucha atención en los incentivos que tienen los poseedores de grandes fortunas, cuyas acciones suelen tener un gran impacto en mucha gente, y que pueden llegar a ser indiferentes ante sanciones leves. Así las cosas, comprendemos que la cuestión moral es absolutamente relevante, puesto que es una de las principales razones por las que es creado este instituto: se necesita una respuesta ante conductas indeseables e inmorales, que muchas veces a pesar de ello se encuentran en el marco de la legalidad.

⁷⁸ Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009, 14.

8. Carlos Molina Sandoval

Molina Sandoval entiende que los “daños punitivos constituyen prestaciones dinerarias o de otra naturaleza (v. gr. de hacer art. 625, Cód. Civil) que el tribunal jurisdiccional o arbitral ordena pagar a la víctima de un acto o hecho antijurídico o a un tercero (que puede ser o no el Estado) que el tribunal determine que pueden agregarse a los restantes rubros indemnizatorios (o no) en relación a los daños realmente experimentados por el damnificado, teniendo como base elementos tales como los beneficios obtenidos por el dañador, el dolo, lo repugnante de la conducta y otras circunstancias valoradas en el caso concreto, cuya finalidad es sancionatoria y preventiva”⁷⁹.

Encontramos diversas virtudes en esta definición que trae muchas novedades respecto de las ya analizadas: el autor afirma expresamente la posibilidad de que la sanción impuesta no sea sólo una multa dineraria, sino que podría ser otro tipo de prestación, incluso una obligación de hacer. Otro de los aciertos es la inclusión de árbitros como sujetos con aptitud para imponer la sanción.

Esto en nuestra opinión es correcto pues no debe haber la posibilidad de que el sujeto provocador del daño eluda la sanción sometiéndose a otro tipo de tribunal, y no sería para nada pragmático que quien impulse el reclamo deba hacerlo por dos vías para satisfacerlo. Es loable también la inclusión de terceros como posibles destinatarios de la multa, y establece algunas pautas para juzgar la conducta reprobada, que si bien podrían ser más precisas, son aceptables. Concluye con una acertada explicación de la finalidad de la herramienta, pero a mi entender no es correcta la naturaleza jurídica del instituto según la explica el autor. “Que pueden agregarse a los restantes rubros indemnizatorios” es una clara expresión de los “daños punitivos” como rubro indemnizatorio, lo que ya hemos visto, es incorrecto.

⁷⁹ Molina Sandoval, Carlos A., “Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación” en *El Derecho*, Buenos Aires, 205-987, 2008.

9. Edgardo López Herrera

Este renombrado autor elige traducir la definición de Dan Dobbs para explicar “los daños punitivos”, afirmando que los mismos son “aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado”⁸⁰. Siendo una definición importada queda claro que servirá más para una explicación general que para la aplicación en nuestro ordenamiento. De este modo evade de la consideración muchos de los caracteres del instituto, y es algo genérico. En particular discrepamos de la idea de que sólo sean “sumas”, de la utilización del vocablo “usualmente”, que deja abierta la utilización a otras cuestiones no explicadas; y de la percepción de que la disuasión sea respecto del demandado, cuando claramente lo que se busca es disuadir a todos los potenciales provocadores de daños.

10. Demetrio Chamatropulos

Este autor ha dedicado diversos trabajos al estudio de este instituto. Al procurar la elaboración de una definición ha expuesto: “Puede decirse que los daños punitivos o multas civiles son sanciones de carácter civil y de origen legal, que pueden implicar no sólo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesoria, de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales él mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros

⁸⁰ López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 19.

supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad”⁸¹.

A primera vista podemos ver por qué hemos dejado su definición para el final, y queda por demás claro que este autor es un especialista y voz autorizada en estos temas. Procura no dejar ningún carácter fuera de su conceptualización e incluye acertadamente cuestiones como el “origen legal” del instituto, su finalidad disuasiva, su accesoriadad y su excepcionalidad. También hace mención a los casos de aplicación dando mucha importancia a la culpa lucrativa, y dejando un lugar muy pequeño en nuestra opinión para su aplicación a otros casos. Evita mencionar a los autorizados para aplicar esta herramienta como así también a los destinatarios de la multa, lo que podría haber sido importante. Asimismo, disintimos en cuanto a la referencia de que las ganancias puedan ser “económicas, políticas o de otra especie” puesto que deriva de un incorrecto entendimiento del término “económico”. Cualquier ganancia en este caso, por más que no haga referencia a dinero en especie, será un beneficio económico, directa o indirectamente. Por último, consideramos que se exagera en la explicación la finalidad sancionatoria por sobre la preventiva, y la potencialidad disuasiva de esta herramienta, que es claro que busca evitar la reiteración en el futuro de conductas similares a la castigada.

11. Consideraciones previas a la elaboración de una definición propia

Sin perjuicio de haber hecho un extenso análisis sobre normas y proyectos de normas inclusivas de esta herramienta, y haber considerado diez definiciones de autores de nuestro país, creemos acertado que a fin de elaborar una mejor definición es importante analizar dos cuestiones que serán trascendentales para la correcta y eficaz aplicación de este instituto en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, nos alejaremos un poco de la técnica jurídica para adentrarnos en el mundo de las ciencias económicas y de la conducta con el objeto de comprender cuál es el modo más eficiente para cuantificar la sanción, y como extrapolar ello en una norma que dote al juez de un arma sumamente eficaz para lograr la prevención de daños y

⁸¹ Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009, pág. 21.

cumplir las finalidades por las que los “daños punitivos” han sido importados a nuestro sistema. Por otro lado, estudiaremos la controvertida cuestión sobre si debe o no permitirse la asegurabilidad de los “daños punitivos”, y cuál es su impacto en la realidad que nos rodea. Luego, nos abocaremos al esbozo de una definición propia.

11.1 Métodos eficientes para la cuantificación de la sanción

No pudimos haber llegado hasta aquí sin comprender la importancia de la cuantificación de la sanción para el logro de los fines por los que fue creada o importada. Esta herramienta jurídica que tiene por objeto la prevención de daños a través del castigo de ciertas conductas para evitarlas y disuadir a otros sujetos de la realización de otras similares, es ajena a nuestro ordenamiento. Históricamente en el campo de la responsabilidad civil en nuestro derecho primaba la idea de la justicia sinalagmática, de la igualdad, de la compensación por daños efectivamente sufridos. La percepción de una indemnización mayor al daño sufrido no tenía lugar en nuestro sistema puesto que presuponía un enriquecimiento incausado, un beneficio indebido por quien debía ser reparado, pero que nunca podría luego de la indemnización estar en una situación mejor que la que tenía antes de ser dañado.

Esta idea fue modificándose a través de los años al advertir los juristas nuevas conductas y prácticas por parte de ciertos agentes. El avance del capitalismo, la globalización y el consumo provocaron que algunas personas tuvieran un poder incalculable frente a los consumidores, a los particulares. El impacto de sus acciones no sólo afectaba a alguna persona en particular sino a una buena porción de la sociedad. El aumento en la brecha económica dejaba a ciertos actores como omnipotentes frente al resto de la comunidad, y sus grandes riquezas comenzaron a dejarlos en posición de poder actuar con menores recaudos, con mayor desinterés por derechos ajenos. La desigualdad entre las partes en ciertos contratos empezó a manifestarse, y ello se ve sumamente afectado cuando se dificulta el acceso a la justicia.

Los cambios de paradigmas obligaron a repensar el campo de la responsabilidad civil, como muchos otros. Se comprendió que ninguna

compensación era tan buena como la prevención del daño sufrido, que debía apuntarse a evitar los daños, más que a subsanarlos. Pronto, nos encontramos con que no contábamos con las herramientas adecuadas para lograr este objetivo, por lo que se indagó en el derecho comparado y la investigación interdisciplinaria. Los “daños punitivos” son una herramienta de técnica legal pero con una funcionalidad absolutamente económica y conductual. Hoy en día se han logrado importantes avances mediante la importación de términos científicos a la técnica legal. Siendo que nuestro campo regula la conducta de los humanos, es sumamente importante el conocimiento de las reglas científicas que dominan estas conductas, así como la comprobación científica de las teorías que se exponen.

Hay cuestiones que exceden el campo del derecho, y es fácilmente comprensible. Podemos gozar de la mejor legislación del mundo, pero si no se aplica correctamente, no valdrá de nada. Podemos tener las mejores herramientas para prevenir daños, pero si su uso es inadecuado, no se logrará nada más que resultados injustos. La mala aplicación de este instituto podría ser peor que su no aplicación, y su efectividad depende en absoluto de la cuantificación. Para ser una herramienta efectiva y eficiente, el magistrado debe calcular correctamente los montos de la multa, y debe tener una gran libertad para hacerlo (en lo posible sin pisos ni techos). Pero los jueces no acceden al cargo por sus conocimientos en materia económica o conductual, y es claro que no podemos esperar que sean especialistas en todas las ciencias. Debemos entonces encontrar algunas reglas simples que sirvan de guía para una precisa utilización de este instrumento, y a tal fin haremos una subdivisión de acuerdo a la conducta que se busque castigar.

11.1.1 Identificación de conductas culposas por falta de prevención y cuantificación

Una de las primeras preguntas que deberíamos hacernos es la de cómo determinar si el sujeto que provocó el daño actuó con culpa, sea porque su obrar fue negligente, imprudente o llevado a cabo con impericia. Lo que procuraremos llevar a cabo mediante cálculos matemáticos será un análisis de la conducta de quien causó un daño, y si ese sujeto tomó las precauciones necesarias para evitarlo.

En términos económicos diremos que buscaremos la “prevención eficiente”, puesto que no sería lógico exigir un gasto exagerado en prevención, que traería aparejadas consecuencias negativas para la sociedad en su conjunto. Dicho de otro modo, si forzamos a los agentes a tomar precauciones desmedidas, quizás provoquemos más daños que los que provocarían sus acciones. Un desmesurado gasto en prevenir trae aparejado un considerable aumento en los costos internos de las empresas, lo que indudablemente se traducirá a mayores precios. No buscamos evitar todo riesgo, que existirá saludablemente en cualquier sistema, sino aquellos que quienes provoquen daños pudieron haber conocido y evitado sin mayores esfuerzos y costos. La eliminación de riesgos per se no es factible ni deseable, puesto que la toma de medidas de seguridad desmesuradas traen consecuencias disvaliosas para la comunidad: miles de productos aumentarían su valor, otros miles dejarían de producirse por su baja rentabilidad (lo que aumentaría más todavía el valor de los bienes ofrecidos), y otros jamás verían la luz por no poder anularse su riesgo. Esto detendría el avance científico y tecnológico, provocaría una inflación desmedida y la quiebra de diversas empresas, que asimismo implicaría una enorme cantidad de despidos.

Para poder calcular el costo de prevención eficiente, podemos tomar la fórmula de Hand, en honor al juez estadounidense Learned Hand, quien la propuso en el caso *United States v Carroll Towing Co* en 1947⁸². La misma se expresa mediante la ecuación: $C < D \times P$, en la que C es el costo de actuar con prudencia, D es el daño, y P es la probabilidad de que el hecho dañoso ocurra. Según esta fórmula, existe un obrar culposo o negligente cuando el costo de actuar prudentemente (de tomar los recaudos de prevenir el daño) hubiera sido inferior al daño causado multiplicado por la probabilidad de que el hecho dañoso ocurra.

Adaptemos con fines prácticos el caso ya visto del Ford Pinto. Supongamos que el costo para Ford de retirar del mercado un vehículo dañado y repararlo es de

⁸² Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de los Estados Unidos, in re “United States v. Carroll Towing Co.”, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)

\$100.-, y la compañía sabe que los daños por la explosión de un coche alcanzaría los \$1000.- Supongamos también que los ejecutivos de la automotriz son informados por los ingenieros que la probabilidad de que un auto explote es de 20%. Entonces, la fórmula de Hand sería $100 < 1000 \times 20\%$. En este caso, la probabilidad de daño multiplicada por el el daño causado sería de \$200.-, y sabemos que por \$100.- la automotriz podría haberlo evitado. Con estos números, no cabría duda de que los directivos de la empresa fueron negligentes, puesto que podrían haber prevenido el daño con menores costos al daño esperado (entendemos por daño esperado a la multiplicación entre daño y probabilidad de ocurrencia).

La imposición de una sanción eficiente, con potencialidad para prevenir conductas similares en el futuro, deberá ser de al menos el valor del costo de actuar con prudencia, ya que de esa forma los sujetos sabrán que no es una buena idea evitar esos costos. Si sus acciones provocan daños, no sólo deberán resarcir a los damnificados sino que también deberán soportar, al menos, los costos en los que debieron incurrir para actuar preventivamente. Lógicamente esto tendrá efectos disuasivos para potenciales provocadores de daños, sin importar su patrimonio, ya que la cuantía de la sanción no estará dada por ese factor sino por el costo que buscaron evitar. Con el pasar del tiempo y contando con una sólida jurisprudencia de sanciones aplicadas correctamente, es indudable que los potenciales provocadores de daños dedicarán un mayor esfuerzo a la prevención y evitarán obviar estos costos. En algunos de estos casos bien podría optarse no sólo por sanciones monetarias, sino obligaciones de hacer tendientes a que quien provocó el daño, tome las medidas necesarias para evitarlos en el futuro.

11.1.2 Identificación de beneficios obtenidos por la comisión de ilícitos y cuantificación

Ahora bien, ¿qué sucedería si la probabilidad del daño fuera 5% en lugar de 20%? De acuerdo a la fórmula de Hand, el obrar de Ford no sería negligente, ya que el costo de prevenir sería \$100.-, y el daño esperado \$50.- Según lo expuesto, no podríamos tildar de imprudente su accionar, ya que hemos visto las consecuencias negativas de exigir un exagerado gasto en prevención. ¿Qué podemos hacer con

agentes que han tomado recaudos pero aún así han provocado daños y obtenido ganancias por estas acciones? Debemos comprender que la conducta de las personas es afectada por incentivos, y no podemos esperar que todos los agentes económicos actúen con la ética, la moral y la responsabilidad como sus objetivos primarios.

Es claro que si una persona, sea humana o de existencia ideal, tiene incentivos para dañar, probablemente lo haga. Si el costo que le representa tomar medidas tendientes a evitar daños a derechos de terceros es mayor a los daños esperados, es muy posible que se actúe con indiferencia, que no se los proteja adecuadamente. Los “daños punitivos” son una herramienta que entre otras cosas nos permitirá darle a los agentes los incentivos correctos para no dañar. De cuantificarse correctamente, el sujeto que pueda potencialmente provocar un daño tendrá que tener en cuenta en sus cálculos la posibilidad de que se le aplique una sanción, y la cuantía de la misma.

Para comprender lo relativo a los incentivos podemos utilizar la fórmula del Dr. Eduardo Stordeur⁸³ con la que analiza las conductas criminales en términos económicos. Si bien la misma se dispone respecto de la realización de actos delictivos, podemos extrapolarla a nuestro campo. El autor advierte que las personas tienen en cuenta (consciente o inconscientemente) al actuar los costos y beneficios que ocasionan. Supone que un delincuente busca maximizar la ganancia del delito, es decir, la diferencia entre el ingreso y costo esperado de éste. La utilidad se representa en el gráfico: $E(U) = PU(Y-F) + (1-P)U(Y)$ donde “U” es la función de utilidad, “P” es la probabilidad subjetivamente considerada de que el delito sea castigado, “Y” son los ingresos monetarios y psíquicos, y “F” son los costos monetarios y no monetarios equivalentes de la sanción. Por lo tanto, quien infringe la ley se encuentra indudablemente motivado por los costos y beneficios de realizar tal acto, y los costos se hallan definidos por la probabilidad de que se apliquen penas o no.

⁸³ Stordeur, Eduardo, *Análisis económico del Derecho. Una introducción*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Argentina, 2011, pág. 143.

Del mismo modo, en el campo de responsabilidad civil, comprendemos que quien actúa indebidamente, lo hará de acuerdo a un cálculo interno de beneficio esperado, y la frustración de ese beneficio es incentivo suficiente para evitar la conducta. Para una mejor comprensión podemos simplificar el gráfico con sólo 3 variantes: B como “beneficio esperado”, P como “probabilidad de ser sancionado” y C como “cuantificación de la sanción”. Si $B > P \times C$, el sujeto tendrá incentivos para provocar el daño, o al menos para llevar a cabo la conducta que potencialmente provocaría el daño, ya que la probabilidad de ser sancionado multiplicada por la cuantía de la sanción, es menor que la ganancia esperada. Dicho de otra forma, el sujeto tiene en vista un beneficio económico que es mayor a la sanción esperada (probabilidad de recibir una sanción multiplicada por la cuantía de la misma). Entonces, lo que debemos lograr para evitar la conducta reprochable, es que su beneficio sea inferior a la sanción esperada, y esto podemos hacerlo de dos formas: o aumentando las probabilidades de sancionarlo, o aumentando la cuantía de las sanciones.

El artículo 1740 de nuestro Código Civil y Comercial establece: *“Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie ...”* Si comprendemos que el campo de la responsabilidad civil procurará restituir la situación del damnificado antes del hecho dañoso, es lógico que la situación del provocador del daño no puede ser mejor a la que tenía antes de la conducta lesiva.

De este modo, la sanción buscará frustrar los beneficios económicos que obtuvo el demandado mediante la comisión de un ilícito. Deberá ser de tal magnitud que provoque efectos disuasivos para conductas similares. Si la posibilidad de ser sancionado es baja, de acuerdo a la fórmula expuesta de Stordeur, será necesario que la multa sea cuantitativamente superior al beneficio esperado, puesto que de otro modo no lograremos desincentivar esta práctica. En otras palabras, si una

empresa sabe que pueden castigarla con una multa equiparable al beneficio obtenido, pero la probabilidad de ser castigada es baja, seguirá teniendo incentivos para tomar ese riesgo. Los magistrados deberán entonces adecuar la cuantía de la multa no sólo al beneficio obtenido por quien provocó el daño, sino a la probabilidad de sufrir la aplicación de “daños punitivos” que tiene un sujeto en la posición en que se encuentra el demandado.

11.1.3 Identificación de conductas dolosas sin obtención de beneficios económicos y cuantificación

Hemos establecido pautas para cuantificar sanciones dirigidas a quienes provocan daños sea porque tienen el fin de obtener beneficios económicos, o por la falta de medidas óptimas de prevención. También hemos visto que la aplicación de “Daños Punitivos” es efectiva en casos de culpa lucrativa como ante la existencia de conductas reprochables realizadas con dolo o culpa. Las pautas expuestas son aplicables para la inmensa mayoría de los casos pasibles de aplicación del instituto. Sin embargo, podemos identificar un tipo de conducta en la que no encuadran las mismas, y es el de los daños provocados con dolo, no por falta de prevención sino por la deliberada intención de cometer el daño, y mediante las cuales quien provoca el daño no obtiene beneficio económico alguno. Para ejemplificar podemos recordar el caso de Lucio Veracio. En una situación de tales características, se procurará mediante la aplicación de la sanción, castigar a quien dolosamente causó el daño, al mismo tiempo de disuadir a otros sujetos de la realización de acciones similares.

Siendo estos casos atípicos, puesto que el demandado no busca beneficios sino lisa y llanamente lesionar derechos ajenos, el magistrado deberá prever que la multa tenga la envergadura suficiente para evitar que casos similares se produzcan en el futuro. Deberá el juez también tener en cuenta la gravedad de la conducta, el alcance de los daños y la extensión del mismo a otros sujetos. Comprendiendo que esta clase de supuestos sucede de modo infrecuente, habrá que considerar reglas apropiadas para los mismos. Hablando de cuantificación en términos generales, Cossari recomienda la aplicación de las reglas previstas en el sistema

norteamericano⁸⁴, que como hemos reiterado, es donde más desarrollo tuvo el instituto. La Corte Suprema de Alabama elaboró una serie de pautas para facilitar la cuantificación, que consisten en considerar: i) la relación con los perjuicios sufridos, ii) la reprochabilidad de la conducta, iii) las ganancias obtenidas por el demandado, iv) la relación con el patrimonio del victimario, v) los costos del litigio, vi) la existencia de sanciones penales contra el demandado, y vii) la existencia de otras acciones civiles contra el demandado.

Sin perjuicio de expresarnos en contra de tomar los daños provocados como pauta, en estos casos sí puede ser útil, ya que lo extraño de estos supuestos es que no se trata de demandados que actúan con culpa, o dolo con miras a la obtención del lucro, sino que lo que motiva el acto es causar el perjuicio. De este modo, es razonable que a la hora de proyectar un castigo eficiente, tengamos en cuenta el alcance de ese daño, como también su extensión a los derechos de otros posibles sujetos. La reprochabilidad de la conducta aquí también tendrá un rol clave, pues aún tratándose de dolo, o intención deliberada de dañar, no todos los comportamientos tienen el mismo grado de reprobabilidad, lo que dependerá en gran medida de la crueldad, ensañamiento, violencia, brutalidad, preparación, maquinación, del demandado.

Claro está que el punto III no nos incumbe en estos casos, y que el V a nuestro entender no genera mayores discusiones ya que ser procedente la demanda, lo más probable es que el demandado sea condenado en costas. En cuanto a las pautas sexta y séptima, disentimos en dos aspectos: en primer lugar, la sola existencia de otras acciones (sean civiles o penales) no debiera afectar la cuantificación, ya que las mismas podrían no derivar en una condena efectiva. Sí, en cambio, podríamos tener en cuenta otras condenas firmes contra el demandado. El otro aspecto a tener en cuenta, es que la función disuasiva de los “daños punitivos” no solo busca alcanzar al demandado sino a todo aquel que tenga en

⁸⁴ Cossari, Maximiliano, “Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en RCyS, Buenos Aires, 2012-XII-53.

miras llevar a cabo una conducta similar a la de éste. La fragmentación del castigo en distintos procesos judiciales, con la consecuente aplicación de diversas multas de menor cuantía, podría no generar el efecto deseado en terceros, quienes probablemente no verían la condena total, sino alguna o algunas sentencias contra el demandado.

Hemos dejado para el final la pauta cuarta, que nuevamente consideramos como la más importante en estos casos, y obedece a toda razón que para que un castigo sea eficaz y provoque la disuasión deseada (que virtualmente previene daños futuros) es necesario que sea de tal magnitud que indudablemente induzca al demandado a evitar el comportamiento reprochable en el futuro. Para que la multa tenga este efecto, evidentemente deberá tener una estrecha relación su cuantía con el patrimonio del demandado, quien con certeza se abstendrá de realizar acciones que comprometan gravemente su fortuna.

11.2 Asegurabilidad de los Daños Punitivos

El tema de la asegurabilidad de los “daños punitivos” ha suscitado un extenso debate en nuestra doctrina, sin perjuicio de que como hemos adelantado, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2019, los juristas de nuestro país se posicionaron por unanimidad a favor de la inasegurabilidad. Misma postura tomó la redacción del Anteproyecto de reforma de LDC. Pero esta no siempre fue la postura mayoritaria: en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2009, encontrábamos a favor de la asegurabilidad a Juanes, Castillo, Carena, Oviedo, Carrasco, Orgaz, Ponsella, Carignano, Franco, Sappia; y en contra a Pizarro, G. Stiglitz, R. Stiglitz, Hernandez, Gonzalez, Flass, Rua, Di Giusto, Moermanns, Aita Tagle, Krieger, Irigoyen, Gonzalez Zavala, Tale, Urrutia, Ramirez, Córdoba, Rodriguez Fernandez, Gutierrez Juncos, Garzino, Brandalise, Melchiori, Tinti, Márquez, Santarelli.

Chamatropulos es contundente en afirmar que es imprescindible prohibir su asegurabilidad para cumplir acabadamente sus funciones⁸⁵. Entiende que cualquier

⁸⁵ Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009, pág. 65.

empresario que cuente con esta facultad podría realizar (y por supuesto que lo haría) un cálculo de costos y beneficios, y abonar la póliza correspondiente para quedar “exonerado” del eventual pago de la multa. Además, trasladaría el costo del seguro a sus precios, por lo que no sólo evitaría afrontar la sanción sino que además los consumidores deberían soportar el costo de la póliza. En la misma sintonía, Díaz, Elías y Guevara (h) consideran que el seguro anula completamente los objetivos de la multa, impidiendo el castigo sobre el dañador⁸⁶.

Irigoyen Testa, experto en análisis económico del derecho, agrega que existe un problema de riesgo moral⁸⁷. En breve resumen, el mismo consiste en un concepto económico que describe aquellas situaciones en las que un individuo tiene información asimétrica acerca de las consecuencias de sus propias acciones y sin embargo son otras personas las que soportan las consecuencias de los riesgos asumidos. En este caso el asegurador no puede, o le resulta muy costoso, controlar al asegurado para que no realice una conducta aún más gravosa que aquella que se comprometió al asegurarse y fue tenida en cuenta por la aseguradora al fijar el precio de la prima. Esto llevará al asegurado a un constante análisis costo-beneficio que culminará en cada ocasión con la conveniencia de evitar costos eficientes de prevención y provocar daños que traigan aparejados resultados económicos favorables.

Por su parte, López Herrera cita el fallo norteamericano “Northwestern National Casualty Co. c/ Mc Nulty”⁸⁸, en el que se establece que por las finalidades disuasiva y sancionatoria del instituto, “resulta imperativo que la condena sea causada por el sujeto que causó los perjuicios”. De todos modos, aclara que en ciertos estados norteamericanos, se admite asegurar en parte este tipo de multas siempre y cuando no haya mediado dolo. Nallar es contundente al afirmar que la ley

⁸⁶ Díaz, Juan C., Elías, José S., y Guevara, Augusto M. (h), “¿Los daños punitivos aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2003-II-961.

⁸⁷ Irigoyen Testa, Matías, “¿Por qué los daños punitivos no son asegurables?” en *RCyS*, Buenos Aires, 2011-XI-26.

⁸⁸ López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

de seguros prohíbe esta práctica⁸⁹. Aclara que su artículo 60 dispone que puede ser objeto de seguros de daños patrimoniales cualquier riesgo “si existe interés económico lícito de que un siniestro no ocurra”. Y continúa “dicho interés económico lícito de que un siniestro no ocurra se eleva a causa del contrato o motivo determinante de su celebración, por lo que de la ilicitud del interés se predica la inasegurabilidad del mismo, o, ya perfeccionado el contrato, su nulidad.”

En la vereda opuesta, Augusto Sobrino⁹⁰ tiene argumentos a favor de la asegurabilidad: en primer lugar no habría motivos para oponerse porque no se perjudicaría a terceros. Luego, que se evitarían posibles quiebras de empresas que deban enfrentar multas colosales. Otros autores han tenido como fundamento el garantizar a la víctima de la existencia de un patrimonio que cubra la cuantía de la multa, en casos de insolvencia. López Herrera, no obstante lo expuesto, deja abierta la posibilidad a admitir el seguro en casos de responsabilidad por hechos de terceros.

En nuestra opinión, y de forma congruente con lo expuesto a lo largo del trabajo, es evidente que para dotar de sentido al instituto y que el mismo cumpla con sus finalidades, debe prohibirse expresamente su asegurabilidad. Sobrino afirma que no se perjudica a terceros, por lo que no debiera ser prohibido. Nada más alejado de la realidad: asegurar la multa eliminaría el efecto disuasivo, por lo que ni el demandado ni otros eventuales provocadores de daños verían “amenazado” su patrimonio ante el desarrollo de conductas reprochables. Como se ha postulado, además, el costo del seguro afectaría los precios de los bienes o servicios proveídos por el asegurado. La sanción no tendría los efectos esperados por lo que sólo implicaría mayores costos, y cuestionables ventajas. No se prevendría daño alguno, lo que supondría un perjuicio para la comunidad en general. Su segundo argumento, es incluso peor: estamos hablando de una herramienta que busca corregir conductas. La sola idea de que pueda provocar la quiebra de una empresa no

⁸⁹ Nallar, Florencia, *Daños punitivos. Facetas preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2016, pág. 221.

⁹⁰ Sobrino, Augusto R., “Los daños punitivos: Una necesidad de la postmodernidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1996-III-976.

debería tener lógica, ya que buscamos evitar ciertas conductas, corregir comportamientos inadecuados, y no eliminar personas jurídicas. Probablemente algún magistrado en alguna circunstancia imponga una sanción desmedida, pero nuestro ordenamiento cuenta con instrumentos de defensa ante sentencias arbitrarias.

Por su parte, lo expuesto por López Herrera acerca de la asegurabilidad de daños punitivos por hechos de terceros, eliminaría una importante función de los mismos⁹¹, ya que los empresarios no pondrían mayores esfuerzos en el control interno de sus compañías, que es fundamental para el desarrollo de prácticas corporativas saludables y no lesivas de derechos de terceros. Además, presumiblemente muchos dañadores buscarían cubrirse detrás de empleados insolventes.

Por último, el clásico argumento sobre la insolvencia del dañador y la asegurabilidad como medio de proteger víctimas, es completamente falaz. Quienes lo exponen olvidan que no se trata de una sanción que tenga por fin beneficiar directamente al damnificado. De hecho muchos autores prefieren que el damnificado no sea beneficiario de la multa en porcentaje alguno. De eso se encargará la faceta resarcitoria de la responsabilidad civil, que nada tiene que ver con nuestro estudio. Aquí se busca castigar y disuadir con el fin de prevenir daños. La insolvencia del demandado no perjudicará al damnificado en ningún punto, con la sola y pequeña cuestión de los gastos en los que incurrió para probar las exigencias de aplicación de los “daños punitivos”. Esto puede darse en cualquier clase de reclamos y si proponemos que el damnificado sea beneficiario de un porcentaje de la multa, es al solo efecto de dotarlo de incentivos para que la reclame ante el magistrado correspondiente.

⁹¹ López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

A modo de cierre, consideramos tan imprescindible la expresa prohibición de la asegurabilidad, que de permitirse quizás sería mejor no hacer aplicación alguna del instituto. La posibilidad de asegurar la multa elimina completamente el factor disuasivo y el castigo de la conducta reprochable. Además, torna muy difícil (sino imposible) una cuantificación eficiente. ¿Qué debería hacer el juez? ¿Qué alcance debe tener la sanción si la misma es soportada por un tercero? ¿Cómo disuadir de realizar determinada conducta a alguien que no paga por esas consecuencias más que una prima? Si quiero prevenir un accionar lesivo similar, ¿qué debe tenerse en cuenta? ¿La futura y eventual prima que deberá pagar el demandado? Como vemos, es razonable que la asegurabilidad esté prohibida en este campo, y si se lo hace expresamente, mejor aún. Afortunadamente, hoy en día es unánime la voz de la doctrina a favor de la inasegurabilidad.

12. Nuestra definición

Luego de un extenso análisis sobre los proyectos y normas que incorporan a los “daños punitivos”, y de lo que ha considerado nuestra doctrina sobre la materia tratada, nos toca el turno de elaborar una definición propia, tomando como parámetro no sólo nuestras íntimas convicciones y creencias sino también aquellas consideraciones de otros autores que nos han parecido acertadas. Por lo expuesto podríamos decir que las sanciones pecuniarias disuasivas son: herramientas de técnica legal, cuya naturaleza jurídica corresponde a una multa o sanción civil consistente en una prestación dineraria o de otra índole, de origen legal, aplicadas por el juez (o árbitro) de oficio o a instancias del damnificado o legitimado para su reclamo, y en favor de éstos (en parte), y de quien el juez mediante resolución fundada considere beneficiario, impuestas contra quien actúa con dolo o culpa grave, con el fin de castigar conductas que merecen un muy alto grado de reprochabilidad por parte de la sociedad, frustrar los beneficios económicos obtenidos por un accionar ilícito, y disuadir de dichos comportamientos tanto al sujeto castigado como a eventuales provocadores de daño.

Asimismo, podríamos esbozar un boceto de norma que pudiera ser útil para futuros proyectos en distintos campos del derecho. Utilizando de modelo el proyecto de reforma de LDC, la misma podría expresar:

Sanción pecuniaria disuasiva: el juez o árbitro tiene atribuciones para aplicar, de oficio o instancia de parte, con fines disuasivos, preventivos y sancionatorios, una multa civil consistente en una obligación de dar (sean sumas de dinero o bienes de otra índole) o de otra naturaleza, al demandado que actúa con culpa grave o dolo. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración los beneficios obtenidos por el demandado a través de su accionar ilícito, los que deben cuanto menos, frustrarse; el gasto en prevención que se evitó y pudo haber impedido el daño, las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas firmes. El importe de la multa deberá ser suficiente para desalentar el comportamiento castigado, sin que ello implique una cuantía desmesurada. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada, pero deberá tener por beneficiario al damnificado al menos en un tercio de la misma. En caso de no ser peticionada por el damnificado, el juez deberá informar al demandado conjuntamente con el traslado de la demanda, que considerará su aplicación de oficio. Si dos o más sujetos son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción, su responsabilidad es solidaria. La obligación de pagar la sanción pecuniaria disuasiva no es asegurable.”

APLICACIÓN EN NUEVOS ÁMBITOS DEL DERECHO

En este último capítulo indagaremos sobre la posibilidad de incorporar las sanciones pecuniarias disuasivas a otros campos del ordenamiento jurídico, explorando sus ventajas y desventajas, su viabilidad, y su impacto en cada nuevo ámbito propuesto. Tal como hemos adelantado en el desarrollo del trabajo, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2019 se ha dispuesto por unanimidad que *“los daños punitivos sólo se aplican a las relaciones de consumo, a las cuestiones ambientales con sustento en el principio de Consumo Sustentable, y a la Defensa de la Competencia”*, anulando toda posibilidad de que pudiera existir una interpretación extensiva hacia otros ámbitos.

Sin embargo, ello no debe frustrar la investigación, estudio y desarrollo de nuevas posibilidades, ya que en dichas Jornadas, los principales civilistas de nuestro país han expuesto esta necesidad, afirmando por unanimidad que *“debe ampliarse el ámbito de aplicación de los daños punitivos a otros supuestos.”* Compartimos la opinión, y consideramos fundamental la utilización de esta herramienta en otras áreas que por sus particularidades la requieran. Entonces, ¿cómo damos comienzo a la búsqueda? ¿Qué debemos tener en cuenta prima facie para saber si en un campo del derecho pudiera haber una posibilidad de incorporación exitosa de “daños punitivos”?

Al preguntarnos si los daños punitivos eran aplicables en el Código Civil y Comercial, observamos las causas por las que Chamatropulos considera que su incorporación se dió en el derecho consumeril, lo que podría explicar qué es lo que hace “apto” a un campo, para ser un receptor eficiente del instituto. El autor enumeraba tres fundamentos: *“a) la asimetría de poder existente entre consumidores y proveedores; b) la necesidad de desincentivar ciertas prácticas comerciales; c) los posibles impactos sobre intereses supraindividuales de las conductas.”*⁹² Recordemos también lo informado por la Comisión en los fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial, cuando afirmaban que el

⁹² Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009.

ámbito de aplicación sería la protección de derechos de incidencia colectiva, porque *“se ha preferido optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada “tragedia de los bienes comunes”, es decir, no hay incentivos individuales para su tutela.”*

Estas afirmaciones nos brindan alguna idea sobre qué áreas serían susceptibles de una correcta implementación del instituto, e invitaremos al lector a reflexionar sobre dichas posibilidades. Vemos que una de las principales preocupaciones es la asimetría de poder existente, lo que ha llevado a la incorporación de daños punitivos en el derecho consumeril y en defensa de la competencia. La extensión del daño es otra de las grandes inquietudes, por lo que fue prevista la sanción para la defensa de consumidores y la protección de derechos de incidencia colectiva (proyecto de Cód. Civ. y Com.). Por último, nos encontramos con el interés por disuadir conductas ilícitas y reprochables realizadas con el objeto de obtener un beneficio económico, uno de los principales fines que se han propuesto los autores que hemos visto a lo largo de este trabajo.

Cabe aclarar que esta idea no es nueva, diversos autores se han manifestado a favor de incorporar en sus campos a los “daños punitivos”, por lo que también veremos cuáles son los fundamentos que los llevan a realizar dichas afirmaciones. Por lo pronto, buscaremos aquellos campos en los que la relación de poder sea muy dispar entre las partes, existan sujetos capaces de provocar daños a una gran pluralidad de individuos, o encontremos grandes incentivos para la realización de conductas súmamente reprochables.

1. Derecho ambiental

El primer campo que se nos viene a la mente al pensar en incorporar a los daños punitivos es el derecho ambiental. Y esto se debe a que en la actualidad, día a día incrementa la preocupación en todo el mundo sobre el cuidado del medio ambiente. A pesar de la reticencia de algunos sectores, a grandes rasgos se ha comprendido que deben tomarse medidas drásticas y urgentes a fin de evitar el colapso de nuestro planeta, amenazado principalmente por la crisis climática.

Tratándose del entorno en el que vivimos, y al menos en la actualidad el único en el que podemos seguir haciéndolo de esta manera, es comprensible que toda afectación al mismo significa un menoscabo a los derechos de todos los individuos que lo habitan. En esta materia probablemente convergen todos los fundamentos por los que consideraríamos importante la aplicación de los daños punitivos: nos encontramos ante afectaciones de derechos de una enorme pluralidad de individuos, asimetría entre dañadores y afectados, conductas súmamente reprochables (como lo es el desmedro del entorno como consecuencia de prácticas más lucrativas), y una apremiante necesidad por prevenir daños que no pueden ser enmendados con posterioridad.

Nuestra Constitución llama a la defensa del medio ambiente en su artículo 41, en el que expresa: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.”* Esta manda no debe ser desatendida, y para ello requerimos de herramientas que nos permitan prevenir eficazmente esta clase de daños.

Asimismo, recordamos que en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019 se admitió la aplicación de daños punitivos a las cuestiones ambientales con sustento en el principio de Consumo Sustentable, y en los fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial se expresó la necesidad de proteger derechos de incidencia colectiva por su vulnerabilidad, agravada por la llamada “tragedia de los comunes”, situación en la que los individuos motivados solo por su interés personal, acaban sobreexplotando un recurso limitado que comparten con otros, no existiendo incentivos para la protección.

En lo que a jurisprudencia se refiere, tenemos el fallo Décima⁹³ del año 2015, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Junín. Dicho tribunal confirmó la sentencia del juez de primera instancia, quien incorporó dos cuestiones totalmente novedosas en la materia: en primer lugar, aplicó daños punitivos al demandado Productos de Maíz S.A. como consecuencia de la contaminación generada por sus residuos en el Río Salado. Por otro lado, lo hizo sin haber sido solicitado por la parte actora. La Cámara consideró que no se afectó el principio de congruencia ya que *“el juez -en esta materia y por la índole de los derechos en juego- puede ordenar medidas no solicitadas por las partes, con apoyo en las amplias facultades que la ley de presupuestos mínimos le otorga”* y que *“debe tenerse en cuenta que tanto el control jurisdiccional de la recomposición como la condena pecuniaria fijada tienen como fundamento la visión inquisitoria y activa que debe tener el juez en materia ambiental”*.

No obstante, la Cámara redujo el monto impuesto por el juez de primera instancia, alegando que tratándose de una aplicación analógica del instituto del art. 52 bis de la LDC, debía respetarse el tope previsto por dicha norma, por lo que se condenó al demandado al pago de cinco millones de pesos en concepto de daños punitivos.

Entre la doctrina de nuestro país, encontramos cada vez más voces a favor de la aplicación de daños punitivos por daños al medio ambiente. Ledesma, no sólo se expresa en esta posición sino que considera que no debe aplicarse en casos de dolo o culpa grave únicamente, exponiendo que: *“en el ámbito ambiental podría ampliarse la gama de casos en los cuales procedería la multa civil ambiental, previéndose los supuestos específicos de: posición dominante en el mercado; cuantía del beneficio obtenido (el denominado ilícito lucrativo); el grado de intencionalidad; la gravedad de los riesgos; los perjuicios sociales derivados de la contaminación y su generalización; la reincidencia —entre otros—”*⁹⁴

⁹³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín in re “Decima Julia Graciela y Otros c/ Productos de Maiz S.A. (Ingredion Argentina SA) y Otros s/ Daños y Perjuicios” – 19/11/2015

⁹⁴ Ledesma, Juan I., “Los daños punitivos en el derecho ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, 36 , 39, 2013.

Kamada, por su parte, advierte que la degradación del medio ambiente como consecuencia del avance industrial y tecnológico, es resultado inevitable del comportamiento de la sociedad en la que vivimos⁹⁵. Esto merece una respuesta apropiada por parte del derecho, mediante la corrección de ciertas conductas que a mediano y largo plazo tornarían insostenible la vida en el planeta. Los daños punitivos podrían entonces, ser una herramienta apropiada para la disuasión de estos comportamientos indeseados.

En nuestra opinión, no hay dudas sobre la imperiosa necesidad de aplicar el instituto estudiado en el derecho ambiental. No vemos otro campo sobre el que sea más urgente su aplicación, y consideramos

que incluso lo sería por sobre el derecho consumeril. Aún teniendo a la vista que nuestro país no es uno de los mayores contaminantes en el mundo, sí es necesaria una respuesta rápida y global frente a esta problemática que nos aqueja. Asimismo, hay que tener en cuenta que cuando hablamos de protección ambiental no lo hacemos únicamente respecto del planeta como un todo, sino también sobre entornos específicos, como lo es la cuenca de un río contaminada por una compañía que produce secuelas en la población cercana, la tala indiscriminada, la minería a cielo abierto, todas ellas situaciones que vulneran gravemente la garantía constitucional de vivir en un ambiente sano.

Debemos tener en cuenta, también, que en la gran mayoría de los casos el daño ambiental es provocado por un deficiente gasto en prevención, en la búsqueda de optimizar recursos y ganancias, siendo indiferente el sujeto ante el impacto de la contaminación. Muchas compañías obtienen ganancias o ahorros millonarios derivados del maltrato al medio ambiente, por lo que es necesario un instrumento para tornar antieconómicas dichas prácticas. El estudio de las interacciones y decisiones interconectadas, nos ha mostrado el gran problema de la “tragedia de los

⁹⁵ Kamada, Luis E., "Daños punitivos y la prevención del daño ambiental", en *Digesto Jurídico*, Buenos Aires, 2007-I-173; LL AR/DOC/643/2007.

comunes". Las conclusiones nos indican que ante bienes públicos, no existen incentivos para el cuidado de los mismos sino todo lo contrario, los individuos nos vemos motivados a su sobreexplotación, lo que debe encender las alarmas cuando hablamos de daños a bienes sin los que la vida no sería posible, o que determinan necesariamente una notable disminución en su calidad. Es por todo ello que consideramos no sólo apropiada sino indispensable la aplicación de daños punitivos en el campo del derecho ambiental.

2. Derecho de familia

Cuando mencionamos las características de los campos sobre los que la incorporación de multas civiles podría tener un impacto significativamente positivo, probablemente no se nos vino a la cabeza el derecho de familia. Un ámbito en el que prevalecen las circunstancias extra patrimoniales quizás no sería el primer ejemplo cuando uno piensa en extender un instituto que consiste en una sanción pecuniaria. Sin perjuicio de ello, Carlos Hernández propone al derecho de familia para ser recepticio de la figura de "daños punitivos"⁹⁶.

El autor afirma que en la actualidad el derecho de familia exhibe intensas manifestaciones de lo que denomina "constitucionalización del derecho privado", cuya consecuencia lógica es la subordinación de la normativa civil a la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Asimismo, advierte "nuevos horizontes" en el principio básico de no dañar, lo que se corresponde con un mayor enfoque sobre la prevención del daño, más que por su reparación. Las cuestiones que trata este campo del derecho son de una sensibilidad tal que los daños que se provocan difícilmente puedan ser compensados con éxito.

Siguiendo la misma línea, el ámbito en cuestión ha receptado diversas herramientas punitivas para la consecución de sus fines, tales como las astreintes o

⁹⁶ Hernández, Carlos A., "Breve reseña del estado actual de los daños punitivos en la Argentina. Algunas reflexiones para valorar su recepción en el derecho de familia", en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 65, 5, LL AP/DOC/773/2014.

los registros de deudores alimentarios, lo que supone fuertes penalidades y sanciones. Estos avances llevan a Hernández a permitirse pensar en la inclusión de daños punitivos en el derecho de familia, sobretodo en cuestiones muy delicadas como la violencia familiar y el abandono.

En nuestra opinión resulta evidente que estamos frente a asuntos de extrema complejidad, donde muchas veces se generan situaciones de gran vulnerabilidad. Sin perjuicio de ello, nos permitimos disentir con el autor citado en cuanto hay diversas circunstancias que nos llevan a no estar del todo seguros sobre la eficacia que podrían tener los daños punitivos en esta materia. Las situaciones de violencia familiar y abandono, ejemplos citados por Hernández, son conductas con un profundo elemento psicológico que difícilmente puedan ser disuadidas por la imposición de una multa.

A diferencia de la gran mayoría de los casos donde se aplican multas civiles, aquí no se persigue el lucro, ni se escatima en prevención. Nos encontramos ante casos mucho más complejos cuyas causas probablemente residan en lo más íntimo de la psiquis de quien provoca el daño. Hablamos del concepto de familia, que en la sociedad en la que vivimos representa la unidad básica, las personas más allegadas a uno, la máxima intimidad. Viéndolo así, resulta extraño pensar cómo alguien podría (consciente o inconscientemente) ejercer violencia o abandonar a su familia en mayor o menor medida de acuerdo a la posibilidad de ser sancionado con una multa económica.

El derecho de familia ya cuenta con instrumentos más aptos, tales como las astreintes o el mencionado registro de deudores alimentarios. Esta última solución ha demostrado buenos niveles de éxito, sobretodo por imposibilitar a los registrados a realizar tareas básicas como tener licencia de conducir o viajar al extranjero. Recordemos también, que una fuerte multa civil no sólo podría no tener efecto alguno sobre el posible provocador de daño, sino que además dañaría gravemente su patrimonio, lo que podría afectar indirectamente a los damnificados (en su carácter de herederos forzosos o receptores de un monto mensual en concepto de

alimentos, por ejemplo). Esto nos lleva a pensar que quizás no sea apropiada la incorporación de los daños punitivos al derecho de familia, y sí en campos donde las cuestiones patrimoniales sean las que incentivan y motivan a los individuos a la realización de determinadas conductas.

3. Propiedad intelectual

En este caso es Carlos Castrillo quien demanda la incorporación de los daños punitivos para el ámbito de la propiedad intelectual. La preocupación principal de Castrillo es el uso no autorizado de marcas, patentes y derechos de autor, y la dificultad de los titulares de estos derechos para probar y responsabilizar a algún sujeto por los perjuicios sufridos⁹⁷.

Aquí, a diferencia del derecho de familia, nos encontramos ante conductas ilícitas que no tienen otro fin que la búsqueda de una ganancia monetaria. El autor afirma que a pesar de existir sanciones penales que protegen a los titulares de los derechos afectados, las infracciones mantienen un crecimiento sostenido en el tiempo por la ganancia que representa la falsificación. Advierte, además, que en muchos casos son los consumidores los que facilitan estas prácticas en la búsqueda de precios más bajos, siendo indiferentes ante la certeza de que se encuentran frente a un objeto falsificado.

Pongámonos por un momento en el lugar de los titulares de estos derechos con un ejemplo: un individuo dedica su vida a la creación de su marca, la cual tiene tanto impacto que sólo ver su logo o nombrarla, hace que visualicemos inmediatamente todo lo que ella representa. Ello significa una labor formidable, la que puede llevar años, y provoca que sus bienes o servicios sean apetecibles para ciertos consumidores. Algunas marcas son tan representativas que llevan al público a desear tanto estos bienes que son indiferentes ante el hecho de que el producto sea original o una copia, pues sólo les interesa la utilización de aquello que la marca representa. Por su parte, un falsificador, que no tiene por qué contar con un ardid

⁹⁷ Castrillo, Carlos V., "Los daños punitivos en la propiedad intelectual", en *Digesto Jurídico*, Buenos Aires, 16/01/2013, 1; LL AR/DOC/4881/2012.

sofisticado, sino que incluso muchas veces tienen una tarea sencilla, consigue ingresos mediante la explotación de una marca ajena, lo que supone una verdadera preocupación para quien invirtió su tiempo y dinero en la producción de un bien o servicio nuevo, publicidad, marketing, y todo lo que conlleva imponer una marca.

Estos casos son difíciles porque los falsificadores se manejan en la clandestinidad, es complejo identificarlos, encontrarlos, probar su conducta y ejecutarlos. Imaginemos que Nike advierte que un vendedor ambulante está vendiendo un producto con un diseño y logotipo del cual es titular. Encontrarlo, identificarlo, hallar a su proveedor, y llevarlos a juicio es una tarea harto compleja. Además, debe probar el daño causado, que no siempre es fácil, y luego ejecutar a un individuo que probablemente no tenga el patrimonio suficiente como para responder a esa demanda. Los daños provocados no sólo afectan a los titulares de derechos de propiedad intelectual, sino también a los consumidores: estos se ven expuestos a un producto de peor calidad, que puede tener fallas, no responder adecuadamente, y sin posibilidad de reclamo de ningún tipo. Para estos casos, el autor entiende que la creación de barreras técnicas que eleven los costos de adquisición de mercadería o productos en infracción es la solución más efectiva.

Concluye Castrillo con la idea de que la disuasión debe estar dirigida también al consumidor. Considera que *“la sola infracción o colaboración en la falta, haría aplicable la multa independientemente de si el usuario circunstancial infringió los derechos en forma dolosa, culposa o aún fortuita, en la medida en que la ocurrencia de la infracción fuere previsible y evitable”*. En nuestra opinión, tal afirmación suena un tanto descabellada, y en la práctica sólo sería aplicable a pocos supuestos. Creemos que aquí hay que hacer una distinción: los daños punitivos podrían ser efectivos siempre y cuando nos encontremos ante mecanismos sofisticados de infracción a la propiedad intelectual.

Y resulta que en el ejemplo propuesto, de nada serviría la imposición de una multa civil, puesto que probablemente nos topáramos con infractores insolventes. Por el contrario, cuando la infracción supone un complejo mecanismo, sí podría ser

útil la aplicación de daños punitivos. Pensemos en las constantes reclamaciones efectuadas entre sí por compañías de tecnología o farmacéuticas. Una empresa que invierte millones de dólares en desarrollo e investigación, merece una seria protección ante eventuales infractores, puesto que de lo contrario se perdería todo incentivo para invertir en innovación y desarrollar tecnologías modernas.

El avance científico y el desarrollo tecnológico son claves para la obtención de mayores y mejores recursos, para el progreso de la sociedad y de la calidad de vida de los individuos. Por lo tanto, proteger estos avances es crucial para dotar de incentivos a quienes llevan adelante los procesos. En este tipo de casos, es indudable que los daños punitivos pueden ser una herramienta sustancial para el combate de la piratería, falsificación, y otro tipo de infracciones llevadas a cabo con el fin de obtener un beneficio económico en perjuicio de los derechos de los titulares de los avances tecnológicos.

4. Daños dolosos

En los Estados Unidos, líderes en desarrollo de daños punitivos, además de los casos de culpa lucrativa y copyright, se sanciona con este instrumento a quienes cometen graves atentados contra la dignidad de las personas, tales como la discriminación racial mortificante, la privación ilegítima de la libertad o graves injurias cometidas a través de medios masivos de comunicación.⁹⁸ Habiendo previamente considerado la aplicación de multas civiles para casos de culpa lucrativa y propiedad intelectual, podemos aprovechar la experiencia estadounidense para analizar los supuestos restantes. Y ¿Qué es lo que tienen en común? A simple vista podríamos decir que todos son casos de lesiones graves provocadas con dolo, es decir, con una deliberada intención de dañar.

Nos remitimos aquí a lo visto al evaluar esquemas de cuantificación en casos de conductas dolosas sin fines lucrativos. En estos casos lo que buscamos es prevenir conductas súmamente reprochables cuyo único fin es el de lesionar un

⁹⁸ Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J. y Pizarro, Ramón D. "Derecho privado comparado: las penas privadas". en *Revista del notariado*, Buenos Aires, 858, 1998, 155.

derecho ajeno, especialmente cuando éstos son de una particular relevancia. En los Estados Unidos, por ejemplo, la cuestión racial es de una envergadura tal que no podía prescindir de una herramienta como los daños punitivos, evitando no sólo que se afecten derechos de personas en particular, sino también procurando fomentar la paz social a través del repudio de estas acciones. En el caso de nuestro país, aún a pesar de no cargar con una profunda historia de lucha racial, sería muy importante de contar con herramientas que tiendan a la eliminación de la discriminación en todas sus formas: en primer lugar, porque ninguna compensación llevará las cosas a su estado anterior, y en segundo, porque eso ayudaría a la cohesión y unión social, algo de lo que prescindimos.

Los medios masivos de comunicación y las redes sociales suponen un gran desafío para la sociedad moderna. A pesar de sus muchas virtudes, las mismas conllevan grandísimos riesgos asociados con su rápida y extensa red de difusión. En segundos, un individuo puede volverse el centro de una tormenta de acoso, difamación, injurias y odio. De la mano, el surgimiento de “fake news” pone en peligro la imagen de cualquier persona que pueda ser víctima de la invención de una noticia falaz, y su consecuente propagación a través de las nuevas plataformas. Otro de los graves problemas de los últimos tiempos es el de la divulgación de fotografías, videos o audios íntimos, en muchos casos de contenido sexual explícito. El daño provocado por cualquiera de estas prácticas es de tal magnitud que la persona ofendida en muchos casos cae en una profunda depresión, o incluso en consecuencias mucho peores. Ninguna compensación recompondría sus derechos lesionados. Ninguna indemnización limpiaría su imagen o devolvería su intimidad. No queda otra opción que la prevención.

Los supuestos relatados, junto con muchos otros que comparten rasgos similares, por lo general suceden en el marco del uso de instrumentos informáticos, los que otorgan al ofensor una suerte de “protección”. La comodidad y seguridad de estar detrás de una computadora o un celular, dotan al individuo que pretende dañar de la idea de que no deberá responder por sus actos y no sufrirá las consecuencias de los mismos. Esto muchas veces es una motivación para llevar a cabo este tipo

de conductas infames. Además, la dificultad para identificar al ofensor, la incertidumbre en la cuantificación de los daños, y el deseo de no seguir exponiéndose, hacen que un gran número de personas afectadas nunca realice ningún tipo de denuncia o reclamo.

En nuestra opinión, no hay dudas de que la aplicación de daños punitivos a este tipo de casos puede colaborar con el cese o la disminución de las prácticas relacionadas, previniendo daños que son realmente irreparables, y en muchos casos demandan años para que el ofendido pueda recuperarse de los mismos. La difusión de noticias falsas, contenido íntimo, difamación e injurias deben ser detenidas. Algunas de estas prácticas, como la extorsión por “sexting”, merecieron su debate e inclusión en la normativa penal. Esto, conjuntamente con la posibilidad de imponer sanciones civiles graves al ofensor, podrían tener éxito en la prevención y el cuidado de derechos que consideramos fundamentales y cuya protección es garantizada por nuestra Constitución.

CONCLUSIONES

Luego de un extenso debate, consideramos que se ha dado cumplimiento con los fines propuestos en el inicio del presente trabajo. Hemos analizado exhaustivamente todas las normas y proyectos recepticios de los daños punitivos en nuestro país, con una apreciación personal en cada uno de los elementos que hacen al instituto examinado. Desde su terminología, naturaleza jurídica y concepto hasta sus caracteres han sido abordados mediante un punto de vista propio, siempre advirtiendo lo expuesto por la doctrina nacional.

Posteriormente, nos sumergimos en la búsqueda de las más variadas definiciones y conceptualizaciones de los daños punitivos que han realizado diversos autores argentinos. Este orden responde a uno de los objetivos del trabajo: el desarrollo de una definición propia de los daños punitivos, y una propuesta normativa.

Por último, nos aventuramos en el análisis de distintos campos del derecho para preguntarnos si los mismos demandan o no una incorporación de los daños punitivos. Esto puede resultar harto interesante para evaluar con precisión cuáles son las características de los ámbitos en los que la aplicación de este instrumento puede ser vital para la prevención del daño.

Entre nuestras diversas conclusiones, logramos identificar y proponer métodos de cuantificación apropiados para cada caso en particular, algo sumamente interesante en el desarrollo doctrinario y que supone un esfuerzo para facilitar el trabajo de los magistrados. Asimismo, dimos nuestra opinión fundada sobre el por qué deben darse ciertas libertades para la aplicación de la multa, tales como la multiplicidad de sujetos con facultad de requerirla o aplicarla, y la posibilidad de que sea impuesta tanto de oficio como por petición de parte, resguardando así el interés en que el instituto responda ante ciertas conductas determinadas. Hemos llegado a la conclusión también de que la asegurabilidad de

los daños punitivos sería un obstáculo capaz de frustrar sus propios fines, y cuáles son las principales conductas contra las que este instituto debiera hacer frente.

Tal como hemos expresado en distintas oportunidades, la elección del objeto de estudio responde a la necesidad que ha manifestado nuestro ordenamiento jurídico para contestar a las nuevas demandas de la sociedad moderna. Entendemos que el Derecho debe ser dinámico, ágil y adaptable a los cambios que se dan en nuestra comunidad y en las relaciones entre los individuos. Tenemos la firme convicción de que una correcta y medida aplicación de daños punitivos tiene la capacidad de prevenir daños de forma eficaz y eficiente, logrando evitar conductas que rechazamos como sociedad por su reprochabilidad.

Entendemos también, que siendo un instituto importado a nuestra legislación desde un sistema de derechos distinto, merece un cuidado y estudio especial. El carácter de “excepcional” en cuanto a su aplicación debe ser protegido, puesto que un uso indebido o desmedido del mismo, llevaría indudablemente a su desnaturalización. A pesar de aún tener mucho camino por delante, consideramos que la doctrina de nuestro país ha abordado la cuestión con mucho criterio y responsabilidad. Sin perjuicio de las distintas opiniones sobre cada uno de los debates posibles, los civilistas en general consideran oportuna la incorporación de los daños punitivos, la necesidad de expandir sus horizontes, y la obligación de hacerlo sin alterar o transformar su esencia.

Con la convicción de que la prevención precede y prevalece sobre la compensación, será nuestro objetivo el buscar los métodos más eficaces y sofisticados para dotar al ordenamiento jurídico de las herramientas apropiadas para la protección de los derechos de los individuos, procurando adelantarnos a las conductas que consideramos reprochables para castigarlas y disuadir a las personas de su reiteración. Tanto los daños punitivos como otros posibles instrumentos merecen nuestra atención y estudio para que su correcta aplicación nos permita alcanzar los fines propuestos.

BIBLIOGRAFÍA

Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J. y Pizarro, Ramón D. "Derecho privado comparado: las penas privadas" en *Revista del notariado*, Buenos Aires, 858, 1998, 155.

Álvarez Larrondo, Federico M., "Los daños punitivos", en *La Ley*, Buenos Aires, 2000-A,1111.

Álvarez Larrondo, Federico M., "La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2008-II, 1246, Lexis N° 003/013848.

Barocelli, Sergio S. y Pacevicius, Iván V., "Sobre los daños punitivos, su naturaleza y constitucionalidad", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2016-III-30.

Brun, Carlos, "¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados daños punitivos)", en *Digesto Jurídico*, Buenos Aires, 2004-3, 1228.

Brun, Carlos, "Sanción punitiva por grave menosprecio a los derechos del consumidor. una nueva vuelta de tuerca a los "daños punitivos" en el anteproyecto de ley de defensa del consumidor", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 296-811, 2019.

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

Castrillo, Carlos V., "Los daños punitivos en la propiedad intelectual", en *Digesto Jurídico*, Buenos Aires, 16/01/2013, 1; LL AR/DOC/4881/2012.

Chamatropulos, Demetrio Alejandro, “¿Profesiones liberales o privilegiadas?” en *Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación*, Buenos Aires, Errepar, N° 15, 2008.

Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009.

Colombres, Fernando M., “Los daños punitivos en la nueva ley de defensa del consumidor”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2008-E-1159.

Cossari, Maximiliano, “Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *RCyS*, Buenos Aires, 2012-XII-53.

Cossari, Maximiliano, “Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en *El Derecho*, Buenos Aires, CMXVII-321.

Cossari, Maximiliano, *Prevención y punición en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, El Derecho, 2017.

Díaz, Juan C., Elías, José S., y Guevara, Augusto M. (h), “¿Los daños punitivos aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2003-II-961.

Frúgoli, Martín A. y Botta, Federico A., “Daños Punitivos en el Código Civil y Comercial Argentino”, en *RCCyC*, Buenos Aires, 2018 (marzo), 189.

Gherzi, Carlos A., “El contexto ideológico y socioeconómico del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2000-III-1029.

Gherzi, Carlos A. y Weingarten, Celia, "Visión integral de la nueva ley del consumidor", en *Digesto Jurídico*, Buenos Aires, 2008-I-1108.

Gherzi, Carlos A., "Las prácticas abusivas de las empresas con posición dominante. el daño punitivo como herramienta de corrección", en *La Ley*, Buenos Aires, 300, 2016-F-300.

Hernández, Carlos A., "Breve reseña del estado actual de los daños punitivos en la Argentina. Algunas reflexiones para valorar su recepción en el derecho de familia", en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 65, 5, LL AP/DOC/773/2014.

Irigoyen Testa, Matías, "¿Por qué los daños punitivos no son asegurable?" en *RCyS*, Buenos Aires, 2011-XI-26.

Irigoyen Testa, Matías, "Informe sobre el nuevo anteproyecto: Los daños punitivos", en *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, Buenos Aires, 567, 2019.

Kamada, Luis E., "Daños punitivos y la prevención del daño ambiental", en *Digesto Jurídico*, Buenos Aires, 2007-I-173; LL AR/DOC/643/2007.

Ledesma, Juan I., "Los daños punitivos en el derecho ambiental", en *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, 36, 39, 2013.

López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

Martinotti, Diego F., "Los daños punitivos en el proyecto de código civil de 1998", en *La Ley*, Buenos Aires, 2001-F-1317.

Moisá, Benjamín, "Los llamados "daños punitivos" en la reforma a la ley 24.240", en *RCyS*, 2008-X-8.

Molina Sandoval, Carlos A., “Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación” en *El Derecho*, Buenos Aires, 205-987, 2008.

Mosset Iturraspe, Jorge, “La “multa civil” o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2000-B-1277.

Nallar, Florencia, “Prevención del daño: la “multa civil” o daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, 2007-E-5494.

Nallar, Florencia, *Daños punitivos. Facetas preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2016

Picasso, Sebastián, y Vázquez Ferreya, Roberto, *Ley de defensa del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2019.

Pizarro, Ramón D., “Daños punitivos”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos (dir), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1993, segunda parte.

Racimo, Fernando M., “Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-1031.

Raschetti, Franco, “Sobre la incorporación de los daños punitivos a la ley de defensa de la competencia”, en *RCyS*, Buenos Aires, 2018-XII-32.

Rubinstein, Marcelo, “La exclusión de las “profesiones liberales” en la Ley de Defensa del Consumidor: Excepciones. Casuística”, en *Diario Consumidores y Usuarios*, Buenos Aires, N° 67, 2016.

Shina, Fernando E. "Apuntes críticos al anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor. los primeros diez años de los daños punitivos: no dejemos que sean los últimos", en *RCCyC*, Buenos Aires, 218, 2019 (octubre).

Sobrino, Augusto R., "Los daños punitivos: Una necesidad de la postmodernidad", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1996-III-976.

Spanghero, Marcelo U., "El daño punitivo como sanción a las malas prácticas bancarias", en *DCCyE*, 2010 (noviembre), 73; LL AR/DOC/7499/2010.

Stordeur, Eduardo, *Análisis económico del Derecho. Una introducción*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Argentina, 2011

Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005,

Zavala de González, Matilde, y González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva" en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Bueres, Alberto J. (dir), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.