

“BREVES REFLEXIONES SOBRE LOS MAL LLAMADOS “DAÑOS PUNITIVOS” EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2012”

Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI

Abstract: Reconocimiento de los daños punitivos en los sistemas jurídicos de base continental. La norma no escrita como fuente del derecho. Análisis del proyecto de reforma al Código Civil 2012.

Palabras Claves: DAÑOS PUNITIVOS – SANCIONES CIVILES – CONSUMIDORES – FUENTES DEL DERECHO

1. Preliminares. La normativa.

La doctrina argentina no ha tenido inconvenientes en reconocer la existencia, validez y eficacia de diversas sanciones civiles *expresamente* reguladas por la ley (por ej., astreintes, cláusulas penales, etc.). En cambio, no presenta igual unanimidad cuando la ley no menciona ni regula tal penalidad.

La aceptación de los llamados daños punitivos en un sistema jurídico de base continental no siempre es fácil desde que, mayoritariamente, se reconoce que se trata de una “figura perteneciente al Common Law, ajena a la tradición del sistema de derecho civil escrito”¹. Aún con ley², muchos se muestran opositores netos a los daños punitivos³; otros los aceptan con prevenciones⁴ y algunos los admiten con entusiasmo⁵.

¹ SALVADOR CODERCH, Pablo, *Punitive damages*, en Pantaleón Fernando (a cargo de), *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, ed. Universidad Autónoma y BOE, 2001, pág. 139; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2008, pág. 5.

² Compulsar, para las diferentes posiciones, OTAOLA, María A., *Los daños punitivos: acuerdos y desacuerdos en la doctrina argentina*, en Rev. Derecho de Daños, 2013-1-437.

³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., *Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, LL 1994-B-860; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las administraciones públicas*, en MORENO MARTÍNEZ, Juan A., (coordinador) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 442.

⁴ TRIGO REPRESAS-LOPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs As., ed. La Ley, 2004, t. I, pág. 557 y ss.; PIZARRO, Daniel, *Daños punitivos*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R. y PARELLADA, C., (directores) *Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Félix A. Trigo Represas*, Bs. As., ed. La Rocca, 1993, pags. 287; ; CAMPS, Carlos E., *De los daños punitivos al enriquecimiento sin causa en el derecho civil ambiental*, JA 2001-I-1105; DÍAZ, Juan, Elías, J., y GUEVARA, A., *¿Los daños punitivos aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio*, en JA 2003-II-961; FRÚGOLI, Martín, *Daños punitivos en la amplitud del derecho de daños*, en Rev. Resp. Civil y seguros, año XIV, n° 8, agosto 2012, pág. 69; MARTÍNEZ ALLES, María Guadalupe, *¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión optima*, en Rev. Resp. Civil y seguros, año XIV, n° 5, mayo 2012, pág. 55; MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Daños punitivos en la actividad financiera de consumo*, en Rev. Derecho de Daños, 2013-1-437. Por mi parte, en un artículo que escribí hace una década entendí que no correspondía incorporar los daños punitivos sino otras figuras, como por ej. liquidar los daños por las ganancias obtenidas por el dañador, cuando son superiores a las pérdidas de la víctima (Ver, de mi autoría, *¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXVIII, segunda época, n° 31, 1.993).

⁵ CASTRILLO, Carlos V., *Los daños punitivos en la propiedad intelectual*, en Doc. Jud. Año XXIX, n° 3, enero 2013, pág. 1; CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Bs., As., ed. Errepar, 2009; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, *Un nuevo avance en materia de daños punitivos*, en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año II, n° 3, junio 2011, pág. 115; DIEZ, Bernardo, *Apostillas para la recepción del daño punitivo en nuestra jurisprudencia*, en JA 2010-III-363.

La reforma a la ley 24.240 de protección de los consumidores operada por ley 26.361, vigente desde abril de 2008, incorporó el art. 52 bis que dice:

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.

Esta regulación, que implica un verdadero cambio de paradigma en el sistema de la responsabilidad civil argentino⁶, mereció la crítica de importantes autores⁷. Doctrina y jurisprudencia señalan, entre otros, los siguientes errores:

a) incurrir en la generalidad de permitir su imposición por el mero incumplimiento de las obligaciones; de este modo, ignora el carácter excepcional que tienen todas las penas civiles;

b) hacer solidariamente responsables a todos los de la cadena productiva y de comercialización, siendo que se trata de una sanción, por lo que solo debería ser penado quien cometió la conducta desaprensiva de los derechos del consumidor. Así lo señaló el despacho unánime emanado de las XXII Jornadas Nacional de Derecho Civil: “Debe interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el art. 52 bis presupone coautoría o complicidad, por lo que no puede ser condenado a su pago aquel proveedor cuya conducta no encuadra en los requisitos para la aplicación de la figura”.

2. La jurisprudencia publicada

En general, la jurisprudencia existente hasta la fecha de redacción de estas líneas, considera insuficiente el mero incumplimiento⁸, destaca que no se trata de un rubro que procede automáticamente, y analiza, en cada caso concreto, si efectivamente existe una conducta especialmente desaprensiva de la demandada.

(a) En este sentido, *se han impuesto* daños punitivos:

—A la empresa que no tomó las previsiones para que un consumidor con discapacidad, que está en silla de ruedas, pueda acceder a la oficina, que se encuentra en un piso superior, y lo atendió en la calle, por lo que incumplió con la obligación de dispensar trato digno (condena, \$ 30.000)⁹.

⁶ FERRER, Germán, *La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos*, en LL 2011-F-736. En contra, Cám. de Apelaciones del Noroeste del Chubut - 16/08/2011, eDial.com - AA6F39, publicado el 21/09/2011 para quien los “mal llamados daños punitivos no son contrarios a nuestro sistema jurídico continental” que desde siempre ha reconocido los intereses moratorios, la cláusula penal, la duplicación de la suma dada en arras etc. No se entiende entonces por qué el art. 52 bis de la Ley 24.240 ha causado tan estruendoso rechazo por parte de cierta doctrina”. Por mi parte, replico que son las sanciones civiles las que no son extrañas al sistema, pero sí los daños punitivos.

⁷ BRU, J., y STIGLITZ, G., *Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor*, en RUSCONI, Dante (coordinador), *Manual de derecho del consumidor*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2009, pág. 434 y ss.; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2008, pag 362; PICASSO, Sebastián, *Sobre los denominados daños punitivos*, LL 2007-F-1154; MAYO, Jorge, *La inconsistencia de los daños punitivos*, LL 2009-B-1269; RÚA, María Isabel, *El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales*, JA 2011-IV-1510; PREVOT, Juan M., *Daños punitivos*, La Ley Litoral 2011-1279; ZENTNER, Diego, *Contrato de consumo*, Bs. AS., ed. La Ley, 2010, pág. 243.

⁸ Algunas sentencias mencionan esta regla para justificar sumas fijadas en primera instancia cuyo monto el consumidor considera reducido (Compulsar Cám. Nac. Civ y Com.Fed. sala 2°, 30/3/2012, JA 2012-IV-139). En mi opinión, se trata de una fundamentación confusa, pues si lo acreditado es el mero incumplimiento, no corresponde imponer la sanción.

⁹ Cám. 1° CC Mar del Plata, 27/5/2009, La Ley Bs. As. 2009-557; las reseñas se publican en LL 2009-D-97 y LL 2009-C-647; la decisión fue confirmada por la Suprema Corte de Bs. As., 6/11/2012 Ver Derecho Comercial del Consumidor y de la

–A un laboratorio y su director técnico, verificados los daños que sufrió una persona que ingirió un medicamento (Megalex) que le causó efectos adversos (problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, alteración de la visión, mareos), por haber comercializado el producto sin alertar sobre las contraindicaciones y haber hecho caso omiso al intercambio epistolar, actitud que pudo causar, incluso, un daño grave a la salud pública (condena, \$100.000)¹⁰.

–A la empresa de medicina prepaga que aumentó la cuota correspondiente a un afiliado en un 47 %, en razón de haber alcanzado los 65 años de edad, en forma automática y sin previo aviso¹¹ (condena \$ 15.000).

–A la empresa de medicina prepaga que denegó prestaciones médicas a las cuales estaba obligada según el contrato respectivo, pues si bien la rescisión unilateral procedió ante la falta de pago de las cuotas acordadas, incurrió en una conducta peligrosa para la salud de sus clientes y la apelante no expresó agravios concretos contra este argumento (condena, \$ 2580)¹².

–A una concesionaria y a la agencia de automóviles que tardaron más de 60 días en solucionar los problemas que un auto 0 Km presentó inmediatamente después de su entrega, omitieron responder a los requerimientos del consumidor, y no comparecieron a la audiencia de mediación (condena, \$ 40.000)¹³.

–Al banco que emitió una certificación a nombre de otra persona y otro CBU, impidiéndole al cliente percibir las asignaciones familiares correspondientes a su sueldo¹⁴ (no se indica el monto al que condenó el juez de primera instancia, que la alzada confirmó).

–A la entidad financiera que se negó injustificadamente a abonar el seguro de desempleo, contratado por un cliente conjuntamente con una tarjeta de crédito, y lo incluyó en la central de deudores del sistema financiero del BCRA, por la notoria desatención en las numerosas gestiones realizadas por aquél con el objeto de cancelar su saldo deudor y su manifiesta negligencia e inoperatividad (\$ condena, 15.000)¹⁵.

–Al banco que calificó erróneamente como deudor irrecuperable a un particular, en tanto persistió en esa conducta aunque se le había ordenado la rectificación de la información (\$ 3000)¹⁶.

empresa, año III, n° 6, diciembre 2012, pág. 89, con nota de STIGLITZ, Gabriel, *Discriminación y sanción pecuniaria disuasiva*.

¹⁰ Cám. Nac. Civ. sala G, 25/9/2012, en Rev. Comercial del Consumidor y de la empresa, año III, n° 6, Diciembre 2012, pág. 95, con notas de QUAGLIA, Marcelo C., *Daño punitivo: un novedoso fallo que aborda la temática* y de CANTAFIO, Fabio F., *La responsabilidad civil por productos farmacéuticos defectuosos*.

¹¹ Cám. Nac. Civ y Com de San Isidro, sala 1°, 1/11/2010, Responsabilidad civil y seguros 2011-III-203, Doc. Jud. Año XXIX, n° 18, 2/5/2013, con nota de MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Daño punitivo por información defectuosa en la comercialización de un medicamento*, y en La Ley Bs. As., 2011-387, con nota de RITTO, Graciela, *Finalidad del daño punitivo en la defensa del consumidor*.

¹² Cám. Nac. Civ. Sala E, 30/3/2012, en Responsabilidad civil y seguros, año XIV, n° 7, julio 2012, pág. 149.

¹³ Cam. Civ. y Com. de Córdoba 13/9/2012, Abeledo Perrot Córdoba, Noviembre 2012, pág.1262 y JA 2013-II boletín n° 2 del 10/4/2013, con nota de IRIGOYEN TESTA, Matías, *Daños punitivos, detrimentos por privación del uso del automotor y daño moral por el retardo en la prestación de la garantía posventa*.

¹⁴ Cám. 1° CC San Nicolás, 24/5/2012, Resp. Civil y seguros año XIV n°9 Set 2012 pág 75.

¹⁵ Cám. Nac. Com. sala F, 10/5/2012, Doc. Jud. Año XXIX, n° 8, 21/2/2013, pág. 13, con nota de CHAMATROPULOS, Demetrio A., *La Cámara Nacional Comercial aplica por primera vez los daños punitivos*; LL 2012-D-613, con nota de ALVAREZ LARRONDO, Federico, *Daños punitivos por trato inequitativo* y en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año III, n° 3, junio 2012, pág. 135, con nota aprobatoria de GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, *Daño punitivo por hostigar al consumidor*.

¹⁶ Cám. CC Tucumán, sala II, 28/2/2012, La Ley Noroeste 2012-433. La decisión fue confirmada por la Suprema Corte de la provincia, el 22/4/2013.

–A la empresa de telefonía que no dio respuesta a sucesivos pedidos del cliente para que se le diera de baja de determinadas líneas, silenciando toda respuesta invocando que existía una deuda pendiente de determinación, en actitud groseramente negligente e indiferente (\$20.000)¹⁷.

–A la compañía de telefonía celular, frente a conductas negligentes que afectaron la prestación del servicio, en tanto no contestó la demanda, cambió unilateralmente la titularidad de la línea telefónica, incomunicó al cliente y además, realizó intimaciones y reclamos de deuda bajo amenaza de ingresarlo en el registro de morosos (condena, \$5000, monto peticionado)¹⁸.

–A la empresa de telefonía celular, que no entregó al cliente el equipo telefónico cuyo precio abonó, y fue contumaz y reticente en cumplir con las obligaciones contraídas (\$ 1500)¹⁹.

–A la compañía de telefonía celular, que obligó al cliente a un largo peregrinar de reclamos, primero ante la empresa y luego ante la dirección de comercio (\$1000)²⁰.

–A la empresa telefónica que obligó al consumidor a realizar una serie de presentaciones y reclamos (a través de cartas documentos) y puso trabas para la rescisión del contrato (\$ 4000)²¹.

–A la vendedora de un mueble para cocina que tuvo un trato desconsiderado para su cliente, revelado por los reclamos infructuosos que éste debió realizar y los meses transcurridos, sin que le brindara respuesta alguna (\$ 3000)²².

–Al martillero y a la empresa inmobiliaria a quienes el consumidor pagó por adelantado una suma de dinero en concepto de alquiler, comisión y depósito en garantía y posteriormente el contrato de locación de la vivienda se frustró por culpa de éstos (\$ 500 pesos)²³.

–Al propietario de un centro turístico de sky por el hurto de una computadora en una cabaña, que reconoció que los robos son frecuentes en la zona e igualmente se abstuvo de tomar resguardos sin justificativo alguno, situación que configura un supuesto de culpa grave, asimilable al dolo contractual (\$ 1000)²⁴.

(b) En cambio, se rechazó la petición de daños punitivos porque:

¹⁷ Cám. Civ y Com de Salta sala I, 13/4/2011, Resp. civil y seguros, año XIII, n° 6, junio 2011 pág. 273; La Ley Noroeste, 2011-555; LL 2011-C-123, con nota de ONDARCUHU, José I., *Los daños punitivos vienen marchando en la jurisprudencia nacional* y en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año II, n° 3, junio 2011, pág. 11 con nota de ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, *Un nuevo avance en materia de daños punitivos*.

¹⁸ Cám. Civ. y Com de Rosario sala II, 29/7/2010, LL 2010-F-397 con nota de ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, *Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación*.

¹⁹ Juzgado Civ y Com 11 Nom. de Salta, 6/4/2010, LL 2010-D-222, La Ley Noroeste 2010-717, con nota de AGUIRRE ASTIGUETA, Sebastián, *Mora y daño punitivo* y LL Noroeste 2011-252, con nota de NALLAR, Florencia, *La prueba de los daños punitivos*.

²⁰ Cám. Civ y Com de Tucumán, sala III, 14/11/2011, La Ley Noroeste 2012-222 y Doc. Jud. Año XXVIII, n° 23, Junio 2012 pág. 83.

²¹ Cám. Apel. CC Zárate-Campana, 29/5/2012, ED 248-363.

²² Cám. 1° CC Córdoba, 27/10/2011, en Foro de Córdoba n° 151, pág 262 y en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año III, n° 2, Abril 2012, pág. 131, con nota de COLOMBRES, Fernando Matías, *Algunas cuestiones acerca de los daños punitivos*

²³ CC y C de Jujuy 24/10/2012, en Doc. Jud. Año XXIX, n° 16, 17/4/2013, pág. 92 (La sentencia carece de fundamentación respecto de este rubro, remitiéndose a las pautas que determinaron la condena al daño moral (indudables zozobras, angustias e intranquilidades).

²⁴ Cám. de Apelaciones del Noroeste del Chubut - 16/08/2011, elDial.com - AA6F39, publicado el 21/09/2011. El tribunal argumenta: “Una característica propia del ilícito de consumo es su naturaleza lucrativa y expansiva. Resulta crematísticamente beneficioso para el proveedor violar la ley pues eso siempre le traerá un rédito, ya sea en ganancias o en ahorro, pero además – y esto es lo más nocivo - lo colocará en mejor posición que a sus competidores afectando así la eticidad del mercado en su conjunto. Si el ilícito de consumo queda impune es probable que, en la competencia propia de cualquier actividad pluripólica, los proveedores que cumplan la ley sean desplazados del mercado por aquellos que la transgreden, ya que estos últimos obtienen mejores réditos. Frente a esta particular característica, el daño punitivo o mejor dicho la indemnización punitiva del daño, aparece como un requisito indispensable para que la ley consumerista tenga la necesaria vigencia, regencia y exigencia”.

*La empresa brindó en todo momento asistencia técnica específica y buscó solucionar el problema (concretamente, cambió la caja de dirección del automóvil) por lo que no existe conducta reprochable²⁵.

*No basta el mero incumplimiento, siendo insuficiente haber sido declarado responsable por factores objetivos de atribución. En consecuencia, se revoca la sentencia que había impuesto una multa de 2.000.000 a una embotelladora por haberse encontrado un preservativo en un envase²⁶.

*No se vislumbra en la empresa de telefonía un obrar grave y malicioso, ya que los elementos probatorios no develan que efectuara algún tipo de examen económico, cálculo o especulación de que le conviniera económicamente actual como lo hizo y abonar una indemnización por incumplimiento contractual²⁷.

*No existe intención ni culpa grave en el banco que trabó un embargo a una persona que no era quien había firmado el documento ejecutado²⁸.

*No se verifica designio doloso ni culpa grave en quien vendió un teléfono celular, y al realizar la operación mediante tarjeta de crédito hizo constar un valor mayor al precio real acordado con el comprador pero corrigió la liquidación en el mismo período en que el débito debía ser liquidado²⁹.

Por otra parte, doctrina y jurisprudencia discrepan sobre la aplicación temporal de la norma. La tendencia mayoritaria entiende que el artículo no es aplicable a los hechos acaecidos con anterioridad al momento de su incorporación legal al derecho del consumo³⁰. En algunos

²⁵ Cam. Apel. Concepción del Uruguay, sala Civil y Comercial, 4/6/2010, La Ley Litoral 2010-1265 (resumen).

²⁶ Cám. Civ y Com 3° nominación de Córdoba, 17/4/2012, Foro de Córdoba n° 153 pág. 281; un resumen se publica en Foro de Córdoba 157 pág. 143, con nota de MARCATTINI DE BULACIO, Andrea J., *Derechos del consumidor*. El daño punitivo; en LL 2012-D-207, con nota de PERRIAUX, Enrique, *El daño punitivo puesto a prueba*; en Rev. Resp. Civil y seguros, año XIV, n° 8, agosto 2012, pág. 77, con nota de IRIGOYEN TESTA, Matías, *Necesidad de daños punitivos ante la culpa grave (o dolo) de una embotelladora*; en La Ley Córdoba 2012-433 y también en pág. 703, con notas de IRIGOYEN TESTA, Matías, *Necesidad de daños punitivos ante la culpa grave (o dolo) de una embotelladora* y de PERRIAUX, Enrique, *El daño punitivo puesto a prueba*; en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año III, n° 4, agosto 2012, pág. 147, con nota de COLOMBRES, Fernando M., *Daño punitivo. Criterios para encuadrar la conducta del proveedor en los presupuestos de procedencia*. La sentencia de 1° instancia del 23/3/2011, del llamado "caso Tejeiro" se publica en JS n° 98 pág. 130 y ss. y en elDial.com - AA6DDE.

²⁷ Cámara CC Rosario sala IV, 7/8/2012, La Ley Litoral 2012, pág. 949, con nota desaprobatoria de GELCICH, Marcelo, *La intencionalidad del proveedor condenado con daños punitivos*, y en Doc. Jud. Año XXIX, n° 16, 17/4/2013, pág. 12, con nota de ARIAS CÁU, E.J., y BAROCELLI, S.S., *Productos defectuosos, pérdida de tiempo y derechos del consumidor* (los autores son críticos de la redacción del art. 52 bis, pero entienden que en el caso correspondía imponer daños punitivos y que la interpretación de la cámara fue excesivamente restrictiva dados los hechos probados).

²⁸ Cám. Nac. Civ sala D, el 22/9/2010 revocó la multa impuesta en primera instancia, en Rev. Resp. Civil y seguros, año XIII, n° 7, julio 2012, pág. 140.

²⁹ Cám. Nac. Co., Sala A, 11/10/2012, Doc. Jud. Año XXIX, n° 20, 15/5/2013, pág. 80 y en Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la empresa, año IV, n° 2, abril 2013, pág. 73, con nota de ALVAREZ LARRONDO, Federico, *Perfiles del daño punitivo y de la responsabilidad solidaria en la ley 24.240*. El comentador no comparte el criterio restrictivo del tribunal, pero carga las tintas también sobre los abogados porque advierte, que en estos supuestos, la multa hubiese prosperado si el actor hubiese acreditado que se trataba de una práctica frecuente, circunstancia no alegada ni probada en el caso.

³⁰ Cám. Nac. Civ. sala D., 22/9/2010, Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 7, julio 2011, pág. 140, con nota aprobatoria de SCHWARZBERG, Carlos, *Los llamados daños punitivos y la regulación de honorarios en porcentajes*; ídem. sala F, 18/11/2009, Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XII, n° 1, enero 2010, pág. 112, LL 2010-A-203, LL 2010-C-692 y LL 2010-C-602, con nota aprobatoria de NALLAR, Florencia, *Los aciertos y errores del art. 52 bis de la ley 24.240: irretroactividad de los daños punitivos. Supuestos de procedencia y aplicación*; Cám. Apel. CC de Mercedes, sala II, 15/6/2010, ED 239-541; Cám. Civ y Com de Posadas, 25/8/2011, La Ley Litoral 2012-94; también en página 154, con nota de PREVOT, Juan Manuel, *A propósito del art. 52 bis de la ley 24.240. Vestigios de oquedad legislativa*; CS Tucumán, 6/7/2012, La Ley Noroeste 2012-873 (el tribunal afirma que, en este caso corresponde la imposición pues la conducta

casos, se condenó a pagar daños punitivos por conductas anteriores a la entrada en vigencia de la ley en 2008, pero el problema de la irretroactividad no había sido planteado³¹; o había sido incorporado extemporáneamente³².

3. La incorporación de las sanciones pecuniarias disuasivas al proyecto de código civil y comercial de la nación.

A) Preliminares. Fundamentos de la solución

Probablemente, estos antecedentes jurisprudenciales, tan variables, justifican por qué las sanciones pecuniarias disuasivas se incorporan al proyecto, pero con restricciones, y se modifica la redacción de la ley de protección de consumidores.

En los fundamentos³³ se explica: “La norma proyectada dispone que se aplica a los derechos de incidencia colectiva; por lo tanto, la situación es la siguiente:

(a) Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la ley de defensa de consumidor que prevé este dispositivo.

(b) Derechos de incidencia colectiva: se aplica conforme a la norma proyectada.

(c) Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo: no se aplica.

(d) Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo: no se aplica

Las razones por las que se regula de esta manera son:

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.

En definitiva, los textos proyectados dicen

del empresario persistió después de la entrada en vigencia); Cám. Civ. y Com. de Tucumán, sala II, 28/2/2012, La Ley Noroeste 2012-433; ídem., 29/2/2012, La Ley Noroeste 2012-552; ídem. Sala III, 29/2/2012, La Ley Noroeste 2012-556; en contra, López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2008, pág. 376.

³¹ Cám. 1° CC Mar del Plata, 27/5/2009, La Ley Bs. As. 2009-557 y LL 2009-D-97. La decisión fue criticada por NALLAR, Florencia, *Imprudencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes*, LL 2009-D-96; RÚA, María Isabel, *El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales*, JA 2011-IV-1517.

³² Cám. 1° CC San Nicolás, 24/5/2012, Resp. Civil y seguros año XIV n°9 Set 2012 pág 75.

³³ Un autor parece coincidir con el articulado proyectado, pero critica fuertemente el párrafo de los fundamentos del proyecto que justifica esta incorporación al proyecto, entre otras razones, en la circunstancia de que ya están incorporados al régimen del consumidor: “El argumento presentado en los fundamentos es de muy poco valor, y resulta casi una burla a un tema que ha merecido agitados debates en doctrina y jurisprudencia, sobre todo desde su incorporación en la ley de Defensa del consumidor” (ALVAREZ, Agustín, *Principales lineamientos sobre las funciones de la responsabilidad civil en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, Doc. Jud. Año XXIX, n° 16, 17/4/2013, pág. 12). Al parecer, el novel autor pretende que los fundamentos contengan explicaciones exhaustivas respecto a cada una de las figuras jurídicas incorporadas.

ARTÍCULO 1714.- 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.

ARTÍCULO 1715.- Punicción excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punicción irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

Conforme lo expuesto, fue necesario adecuar el texto del art. 52 bis de la ley de protección de los consumidores que queda redactada en los siguientes términos:

Artículo 52 bis. Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

B) Puntualización de algunos aspectos

La comparación entre el texto de la ley de consumidores según redacción impresa por ley 26.361, de 2008, y el del proyecto de código civil y comercial, permite marcar las siguientes diferencias, superadoras de las críticas antes reseñadas. En el proyecto:

(i) El mero incumplimiento de las obligaciones no autoriza a imponer este tipo de sanciones. Se requiere actuar con *grave menosprecio hacia los derechos de los demás*, sean estos daños de incidencia colectiva, sean derechos invocados por consumidores.

(ii) Se elimina la solidaridad pasiva

(iii) Se enumeran otras pautas a tener en cuenta por el juez para liquidar la sanción (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)

(iv) Se eliminan los topes matemáticos y se da facultades al juez para eliminar excesos punitivos.

(v) El importe de la multa puede beneficiar al consumidor, pero pueden haber otros destinatarios, designados por el juez, según las circunstancias y por resolución fundada.

(vi) La figura se extiende a ámbitos en los cuales hay coincidencia de su necesidad, tal es el de los ataques a los derechos ambientales.

C) Posición de la doctrina frente a los textos proyectados

Como era esperable, la norma ha sido criticada por algunos autores, sea por no admitir la aplicación de oficio, sea por utilizar la palabra disuasoria, sea por silenciar algunos puntos como la asegurabilidad o no, por no dejar en claro quién es el destinatario, por no prever la solidaridad de todos los obligados, propiciando que se aclare que, al menos una parte debe destinarse al

consumidor³⁴; alguno ha dicho, incluso, que la nueva formulación directamente elimina los daños punitivos³⁵.

Otros, por el contrario, aplauden la visión prudente de la fórmula incorporada por el proyecto, que recoge el historial de la figura en el derecho comparado³⁶.

4. Reflexión de cierre.

Las sanciones pecuniarias disuasivas, como otras figuras jurídicas, requiere de jueces atentos a la realidad, prudentes, abiertos a los nuevos fenómenos. Por consiguiente, más allá de la regulación (perfectible, como toda obra humana) es el juez quien la conducirá a su éxito o fracaso, con o sin proyecto de código civil.

³⁴ NALLAR, Florencia, *Los daños punitivos en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, en Rev. Derecho privado y comunitario, 2012-3 pág. 471; ALVAREZ LARRONDO, Federico, *Las nuevas regulaciones en materia de sanciones pecuniarias disuasivas (otrora daños punitivos)*, en JA 2012-IV fascículo n° 5 del 31/10/2012, pág. 32; LOVECE, Graciela, *De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el proyecto de código*, LL 2012-D-1187; VITOLO, Daniel, *Las reformas al régimen de defensa del consumidor en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, Bs. As., ed. Ad Hoc, 2012, pág. 153.

³⁵ MARTÍNEZ, Marisol, *La derogación de la función disuasiva del daño punitivo*, en AV. *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la Nación. 1° Congreso Nacional de análisis y debate sobre el proyecto*, Bs. As., ed. Fidas-Legis, 2012, pág. 83

³⁶ PICASSO, Sebastián, *Los daños punitivos en el Proyecto de Código civil y comercial unificado*, en Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año III, n° 5, octubre 2012, pág. 82; PIZARRO, Ramón, *El desmantelamiento de los efectos del ilícito lucrativo en el proyecto de código civil y comercial*, en JA 2012-IV fascículo n° 13 del 26/12/2013, pág. 17; STIGLITZ, Gabriel, *Discriminación y sanción pecuniaria disuasiva*, Derecho Comercial del Consumidor y de la empresa, año III, n° 6, diciembre 2012, pág. 89; GALDOS, Jorge, *La sanción pecuniaria disuasiva ambiental*, en Rev. de Derecho ambiental, n° 31, julio/Setiembre 2012, pág. 85; LOPEZ MESA, Marcelo, *El daño directo y los daños punitivos de reformas al código civil*, en LÓPEZ MESA (director) *Estudios sobre el proyecto de nuevo código civil y comercial*, Resistencia, ed. ConTexto, 2012, pág. 9 (aunque critica la denominación y atribuye al proyecto una "manía definitoria y nomencladora").