

REPENSANDO LA INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

Por AGUSTÍN ÁLVAREZ¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Constitucionalidad de los daños punitivos. 3. El art. 52 bis LDC. 4. Cuantificación. 5. Costas. 6. Daños punitivos y acciones colectivas. 7. Tope máximo. 8. Asegurabilidad.

§1. Existen situaciones intolerables e irritantes en las que *el resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de inequidad e inseguridad* que estos hechos acarrearán. Tales situaciones se verifican cuando se producen graves perjuicios, con serio menosprecio a los intereses ajenos².

Podemos definir a los daños punitivos como multas privadas impuestas para castigar una conducta gravemente reprochable y disuadir su futura imitación.

La incorporación de los daños punitivos ha generado en la doctrina – antes de su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor – dos objeciones: (1) el rechazo por ser una institución ajena a nuestro sistema jurídico³, y (2) la extrañeza que los conceptos de “disuasión” y “punición” – ajenos a la reparación integral – importan en la teoría de la responsabilidad civil⁴.

Lo cierto es que la responsabilidad civil no tiene únicamente naturaleza *resarcitoria*, ya que también cumple una función *preventiva*⁵, y una función *punitiva*⁶. Estas últimas, se manifiestan en las indemnizaciones punitivas que buscan el castigo de una conducta reprochable y la disuasión de conductas similares, tanto para el condenado como para la colectividad.

En la nuestra vida jurídica, hubo algunos hitos que marcaron la tendencia a estudiar los daños punitivos, y que propiciaron su inclusión legal:

- a. El artículo de Pizarro: Ramón Pizarro, en un artículo publicado en un libro homenaje en el año 1993⁷, abrió el debate sobre su conveniencia y aplicación, que continúa hasta hoy.

¹ Miembro invitado del Instituto de Derecho Comparado de la Academia de Derecho de Córdoba

² MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ – RODOLFO MARTÍN GONZÁLEZ ZAVALA, “Indemnización punitiva”, en BUERES, ALBERTO J. – KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 188/193.

³ Tiene origen en el s. XVII, en Inglaterra, y se desarrollaron en el Derecho moderno en Estados Unidos. Según EDGARDO LÓPEZ HERRERA, *Los Daños Punitivos*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

⁴ JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, LL 1994-B-860; ELÍAS, ANA INÉS, *Daño punitivo: Derecho y Economía en la defensa al consumidor*, en ARIZA, ARIEL (Coord.), *La reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 141.

⁵ Esto tuvo recepción en el art. 1587 del Anteproyecto de 1998.

⁶ MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Actuaciones por daños*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 44; RAMÓN DANIEL PIZARRO – CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, tomo 2, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 463.

- b. Anteproyecto de 1998: en su artículo 1587⁸ consagra la multa civil, con destino a un fondo de garantía que castigaba a quienes actuaran con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos.
- c. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999): el tema se trató en una comisión llamada “Derecho privado comparado. Las penas privadas”, casualmente presidida por Pizarro. Allí se sugirió por unanimidad su inclusión en el ordenamiento jurídico, porque su aplicación por vía jurisprudencial era peligrosa.
- d. XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora, 2007): se aprobó de *lege ferenda* el siguiente despacho: “*Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos con destino a la víctima, en los cuales la cuantificación tenga en miras el patrimonio del agente dañador.*”

Con la reforma efectuada a la Ley de Defensa del Consumidor en el año 2008 (por Ley 26.361), se introdujeron los daños punitivos, siendo esta la primera mención que el ordenamiento argentino hace sobre este tema. Su recepción desde luego que no fue pacífica, y no se vislumbra en un futuro cercano una solución conciliadora.

§2. Constitucionalidad de los daños punitivos

PICASSO, uno de los principales detractores de esta institución, afirma que con esta inclusión se violan el principio de reserva (art. 18 CN), ya que “*la consagración legislativa de los "daños punitivos" requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso, no bastando con una genérica y abierta cláusula general. Lo mismo ocurriría, naturalmente, con el monto de la sanción...*”⁹

Uno de los principales argumentos en contra de la constitucionalidad de la multa civil, es el de que las sanciones son propias del derecho penal, y no se puede pretender que el Derecho Civil cumpla con todas las funciones que se esperan del ordenamiento jurídico.

EDGARDO LÓPEZ HERRERA refuta esto diciendo que el derecho argentino ya conoce otras penas privadas, como ser los intereses sancionatorios y la cláusula penal, e incluso algunas sanciones no pecuniarias (*ab initio*) como la pérdida de la patria potestad y la indignidad para suceder.¹⁰

También se pone en duda la constitucionalidad del destino de la multa¹¹ a la víctima, pero esta cuestión la analizaremos más adelante.

§3. El art. 52 bis LDC.

⁷ RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daños punitivos*, en AA.VV., *Derecho de Daños. Segunda parte*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291. EDGARDO LÓPEZ HERRERA lo califica de *landmark*, en *Los daños...cit.*, p. 318.

⁸ 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.*

⁹ SEBASTIÁN PICASSO, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en *Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor*, dirigido por ROBERTO VÁZQUEZ FERREYRA, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, y en *Sobre los denominados daños punitivos*, LL 2007-F-1154.

¹⁰ *Los daños...cit.*, p. 352.

¹¹ Preferimos referirnos a la suma reclamada en concepto de daños punitivos como multa y no como indemnización, porque si bien reconoce como causa la producción de un daño, tiene función sancionatoria y preventiva, y no indemnizatoria. Indemnizar: 1. tr. Resarcir de un daño o perjuicio. U. t. c. prnl., RAE, 22ª edición. En el mismo sentido EDGARDO LÓPEZ HERRERA, en *Los daños...cit.*, p. 20.

Artículo 52 bis. *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.*

a. Redacción: ¿Factor de atribución?

Se ha criticado la técnica legislativa, principalmente por la vaguedad de la expresión. Por ejemplo, PICASSO – gran crítico de los daños punitivos – entiende que según la redacción, bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, sin importar si hubo dolo o culpa por parte del proveedor o si este se enriqueció.¹²

Coincidimos con GALDÓS cuando afirma que para ser impuesto el daño punitivo, debe tener un elemento repugnante, indignante, antisocial (según los norteamericanos: *outrageous*)¹³ circunstancia que no está expresamente prevista en el artículo, pero que según LÓPEZ HERRERA, debe analizarse junto con la “gravedad del hecho” – que sólo es tenida en cuenta por la norma para graduar la sanción – pero que se relaciona con la gravedad de la actitud del dañador¹⁴.

Si bien siempre se relacionó esta institución con la culpa lucrativa (ocurre cuando quien conoce que su producto puede dañar, realiza un cálculo estadístico previo, y como los daños a solventar serán menores a las ganancias, lo mismo decide introducirlo al mercado), cabe aclarar que debe tratarse de una actitud *malsana, rayana al dolo y que debe probarse la malicia en el lanzamiento al mercado*, y no asta un simple análisis de costo-beneficio, propio de cualquier actividad comercial¹⁵.

b. Instancia de parte

Creemos que es un acierto que aunque el juez considere que en el caso concreto se aplicarían, el artículo veda la inclusión de oficio cuando dice “a instancia del damnificado”, es decir, que sólo la víctima puede poner en movimiento la acción¹⁶. Esto último, significa también que debe existir una demanda de daños compensatorios, o al menos su prueba¹⁷.

c. El destino de la multa

¹² SEBASTIÁN PICASSO, *Nuevas categorías...cit.*, LL 2007-F-1154.

¹³ JORGE MARIO GALDÓS, ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, Septiembre de 1999.

¹⁴ *Los daños...cit.*, p. 355.

¹⁵ EDGARDO LÓPEZ HERRERA, *Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa al Consumidor*, JA 2008-II-1198.

¹⁶ En contra de esto se pronuncia FEDERICO ÁLVAREZ LARRONDO cuando dice: “Creemos que esto resulta desacertado, por cuanto 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. El juez debería contar con la potestad de aplicar la sanción siempre que lo considere necesario, y no de acuerdo con la voluntad del consumidor.” En *La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino*, JA 2008-II-1246.

¹⁷ EDGARDO LÓPEZ HERRERA, *Daños punitivos... cit.*

Desechando lo propuesto en el Anteproyecto de 1998, en el que se sujetaba el destino de la multa al criterio (que no debe confundirse con arbitrio) del magistrado, la Ley de Defensa del Consumidor destina su totalidad al consumidor reclamante¹⁸.

Si bien no es una solución exenta de críticas, consideramos que es la más razonable, esto por dos motivos: (1) el Estado ha demostrado ser un mal administrador, y la experiencia en materia de fondos con destinos especiales, es nefasta; y (2) es poco probable que el consumidor gaste energías y tiempo en reclamar algo que, si se logra, no será destinado a él.

Es muy importante este último punto, ya que como la autoridad de contralor es incapaz de alcanzar todas las supuestas infracciones, el incentivo al consumidor de ser el destino de la multa, lo convierte en un fiscal de la correcta aplicación de la ley¹⁹.

§4. Cuantificación

El artículo dice que el monto se determinará *en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso*.

La gravedad del hecho, se relaciona directamente con el juicio de reprochabilidad al agente dañador: una grave indiferencia, una violación conciente y deliberada a los estándares de seguridad, graves omisiones al deber de información, en fin, cualquier actitud que importe intercambiar la seguridad del producto por el aumento de las ganancias.

Las “demás circunstancias del caso” se refieren a:

- la solvencia del proveedor: es necesario disuadir la conducta, por lo que debe ser un “apriete al bolsillo”, sin resultar confiscatoria,
- la cuantía del beneficio obtenido: esto se relaciona directamente con la institución del enriquecimiento si causa,
- la reincidencia: se propone que se agrave la multa para el reincidente, ya que en esos casos, ocurre que la primera no ha cumplido su función disuasoria²⁰.

§4. Responsabilidad solidaria. Legitimación pasiva.

La solidaridad a la que el artículo 52 bis se refieren no es la misma que se establece para la cadena de comercialización en el artículo 40, que nace en función de una conexidad contractual, y busca garantizar a la víctima la reparación de los perjuicios sufridos.

Como para la aplicación de los daños punitivos es necesaria la comisión de un hecho grave (cuasi doloso), no puede aplicarse aquella solidaridad objetiva, ya que no basta el incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales²¹.

Esta solidaridad requiere la prueba del elemento intencional agravado, que incluso puede involucrar a personas ajenas a la cadena de comercialización.

¹⁸ Esto se condice con el despacho de la mayoría en las Conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. El despacho de la minoría, proponía reflexionar sobre el destino de la indemnización. Lomas de Zamora, 2007.

¹⁹ Conf. FEDERICO ÁLVAREZ LARRONDO, *Una marca que genera confusión, un nuevo marco legal y una sanción que no es tal*, nota a fallo, LL del 25/3/2008, p. 5.

²⁰ EDGARDO LÓPEZ HERRERA, *Daños punitivos... cit.*

²¹ Íd. Aquí, LÓPEZ HERRERA agrega con acierto que el artículo 1081 Cód. Civ., no hubiera bastado, porque sólo vale para el ámbito extracontractual.

§5. Costas

Probablemente sea uno de los temas más controvertidos. El artículo 53 de esta Ley, consagra el principio de justicia gratuita – que no hay que confundirla con el beneficio de litigar sin gastos – que entra en conflicto con el principio de la imposición de costas frente al rechazo de lo pedido en la demanda.

Hay autores que sostienen que ante su rechazo el consumidor no cargue con las costas, para evitar que estas se conviertan en un freno para este tipo de reclamos²².

Nosotros, desde la vereda del frente, consideramos que el beneficio de justicia gratuita sólo comprende la tasa judicial, y que no incluye a las costas²³.

Por ello sostenemos que si bien es cierto que es difícil (y además al ser una institución nueva, no hay jurisprudencia que marque una pauta) cuantificar el daño punitivo, no se puede otorgar al consumidor la posibilidad de reclamar cualquier cifra – sin arriesgarse a ser condenado en costas – porque sería la causa de demandas manifiestamente improcedentes y maliciosas. Si así fuere, los abogados podrían demandar sumas exorbitantes, para ponerse en mejor posición de negociación frente a los proveedores, que podrían amedrentarse ante una demanda muy cuantiosa. Consideramos que esta actitud desnaturaliza la institución, y que consiste en una utilización maliciosamente por parte del consumidor.

No hay que desequilibrar la balanza hacia el otro lado, no hay que otorgar beneficios injustificados al consumidor, en desmedro del proveedor.

§6. Daños punitivos y acciones colectivas

La ley guarda silencio sobre este punto, no menciona la posible interposición de una demanda colectiva que reclame daños colectivos. Y entonces surge la pregunta obvia ¿Pueden reclamarse daños punitivos en una acción de clase?

Nosotros nos inclinamos por la negativa, pero solamente basándonos en una razón práctica: si el destino de la multa es para el damnificado es imposible dividirla equitativamente entre todos los damnificados posibles que se verían beneficiados por una acción de clase. Si se pudiera salvar esta complicación práctica, nos inclinaríamos por la posibilidad de su interposición.

Deviene obligatorio señalar que la doctrina nacional tiene otra concepción, y que nuestra postura se encuentra en soledad. Los autores se inclinan por la negativa de la combinación de ambas instituciones fundados en que las acciones colectivas no están diseñadas para ese fin, sino que persiguen la reparación integral de los daños de un grupo homogéneo de personas²⁴.

§7. Tope máximo

Es otro de los puntos en los que se diferencia del artículo 1587 del Anteproyecto de 1998. Si bien es discutible la limitación de los daños punitivos, coincidimos con LÓPEZ HERRERA en que hubiera sido imposible introducir la institución sin la limitación.

Nos parece razonable el tope de \$5.000.000.

²² EDGARDO LÓPEZ HERRERA, *Daños punitivos... cit.*

²³ Conf. ENRIQUE PERRIAUX, *La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor*, LL 2008-E, 1224.

²⁴ EDGARDO LÓPEZ HERRERA, *Daños punitivos... cit.*; FEDERICO ÁLVAREZ LARRONDO, *La incorporación...cit.*

§8. Asegurabilidad

¿No se contradice la posibilidad de contratar un seguro por daños punitivos con sus funciones sancionatoria y disuasoria²⁵? Es una discusión que se remonta a la asegurabilidad del dolo.

Creemos que es posible asegurarse, ya que la ley no se pronuncia en sentido contrario. Los seguros podrán adecuar sus pólizas e incluso no cubrir eventualidades que puedan generar daños punitivos. El dolo directo nunca puede ser asegurado²⁶.

²⁵ Esto amortigua el impacto económico que se persigue con fin disuasivo. ANA INÉS ELÍAS, “Daño punitivo: derecho y economía”, en ARIZA, ARIEL, *La reforma al régimen de Defensa al Consumidor por Ley 26.361*, 1ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 156.

²⁶ Por aplicación del artículo 507 Cód. Civ.