



TRABAJO FINAL DE GRADUACION
PROYECTO DE INVESTIGACION APLICADA

DAÑO PUNITIVO

**Pautas para su procedencia y aplicación
en la Ley de Defensa del Consumidor**

Carrera: ABOGACIA

Alumno: AIXA YAZLLE

N° de Legajo: VABG 18500

Fecha: Año 2017

Resumen

En el presente Trabajo Final de Graduación se estudia el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, que incorpora al ámbito consumeril la multa civil por daños punitivos.

El artículo por un lado, es una norma laxa que hace extensiva la aplicación de la sanción a un sin número de situaciones jurídicas y por otro, tiene aspectos cerrados que limitan al Magistrado en cuanto a su tope y destino.

Dentro de las posturas doctrinarias, hay quienes sostienen su inconstitucionalidad, mientras otros entienden que la norma no es contraria a nuestro ordenamiento jurídico, y por lo tanto celebran su incorporación al régimen de defensa del consumidor. A su vez, dentro de estos últimos, hay teorías amplias y restringidas en cuanto a sus requisitos de procedencia y aplicación.

La jurisprudencia, también hizo un aporte fundamental en la materia, y en los años de vigencia del artículo fue delimitando los alcances de la norma.

El objetivo de este Trabajo, consiste en apreciar si son suficientes las pautas con las que cuenta el Juez para estimar los supuestos de incumplimiento legal o contractual que hacen procedente la aplicación de la multa civil por daños punitivos.

Abstract

In the present Final Work of Graduation is studied the art. 52 bis of the Consumer Defense Law, which incorporates the civil penalty for punitive damages in the consumer field.

The article on the one hand, is a lax standard that extends the application of the sanction to a number of legal situations and on the other, has closed aspects that limit the Magistrate as to its cap and destination.

Within the doctrinal positions, there are those who maintain their unconstitutionality, while others understand that the norm is not contrary to our legal system, and therefore celebrate its incorporation into the consumer protection regime. At the same time, within the latter, there are broad and restricted theories as to their requirements of origin and application.

The jurisprudence, also made a fundamental contribution in the matter, and in the years of validity of the article was delimiting the scope of the norm.

The purpose of this paper is to assess whether the guidelines used by the Judge are sufficient to estimate the legal or contractual non-compliance that makes the application of the civil fine for punitive damages appropriate.

Agradecimientos

A Marita, Dani, Fede, Mario y Graciela por ser los primeros en apoyarme desde los inicios de mi carrera.

A mi Lela querida, que pide hace muchos años por este momento.

A mi Abi, que este también era uno de sus sueños.

A mis tíos Hugui, Tata, Carmen, Tuty, Silvia, Ricardo y Agustín por su colaboración incondicional y generosa.

A Angélica y Eli, por acompañarme con su cariño incondicional.

A aquellos amigos, amigas y familiares de hierro que nunca dejaron de confiar en mí.

Y a las dos personas que hacen que TODO en mi vida sea posible, Diego y Facu este logro personal, también es de ustedes.

Los amo y simplemente GRACIAS!

Aixa

INDICE

❖ Resumen	1
❖ Abstract	2
❖ Agradecimientos	3
❖ Introducción	5
❖ Capítulo I: Evolución histórica, función y características del daño punitivo.	
I.1 Breve reseña de la evolución histórica del daño punitivo.....	7
I.2 La multa civil en el ordenamiento jurídico argentino.....	8
I.3 Naturaleza jurídica, función y finalidad del instituto.....	12
I.4 La sanción pecuniaria disuasiva.....	14
❖ Capítulo II: El art. 52 bis de la ley 24.240	
II.1 Legitimación activa.....	18
II.2 El carácter accesorio de la multa.....	21
II.3 Cuestionada constitucionalidad del daño punitivo en el ámbito civil.....	22
II.4 Posturas a favor de su procedencia.....	25
❖ Capítulo III: Jurisprudencia	
III.1 Pautas que siguieron los magistrados para aplicar la multa civil	
Breve análisis de los fallos más relevantes.....	27
III.1 a. “Machinandarena Hernández c. Telefónica Argentina”.....	27
III.1 b. “Teijeiro o Teigeiro c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”....	29
III.1 c. “Alu c. Banco Columbia S.A.”.....	31
III.1 d. “De Los Ríos c. Autotransporte Andesmar S.A.”.....	34
III.1 e. “Defilippo c. Parra automotores S.A. y otros”.....	35
❖ Capítulo IV: La multa civil, pautas para su procedencia y estimación.	
IV.1 El sujeto pasivo.....	38
IV.2 ¿Simple incumplimiento del proveedor o conducta subjetiva del dañador?.....	39
IV.3 Conductas típicas ante las que procede la multa.....	43
IV.4 Graduación de la multa por el Juez.....	45
IV.5 La responsabilidad solidaria en el daño punitivo.....	50
IV.6 El tope máximo – art. 47 inc. b) de la ley 24.240.....	52
❖ Conclusiones Finales	55
❖ Bibliografía	57
❖ Doctrina.....	57
❖ Legislación.....	59
❖ Jurisprudencia.....	60

Introducción

El derecho del consumidor es conocido en la actualidad como el nuevo Derecho civil, las relaciones de consumo están presentes en la actividad diaria de todas las personas que forman parte de una sociedad.

Cada día, hacemos uso de un medio de transporte, adquirimos insumos, productos para el consumo personal o de nuestra familia y contratamos servicios domiciliarios, entre otras cosas; estas actividades, en su mayoría, nos colocan en el rol de consumidores o nos exponen a una relación de consumo.

Ante la realidad consumista en la que vivimos, los proveedores de bienes y servicios, los contratos de adhesión y la hipervulnerabilidad de muchos de los consumidores, hacen que estas actividades, que realizamos casi automáticamente, puedan verse frustradas o viciadas por distintos motivos; es ahí, donde una relación entre proveedor y consumidor se ve truncada, cuando debe garantizarse el goce de los derechos consagrados en la legislación.

El Derecho del Consumidor se encuentra amparado por la Constitución Nacional en sus arts. 42 y 43; a su vez el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorporó un innovador sistema de protección de los consumidores y usuarios reglamentando los contratos de consumo, mientras la ley especial 24.240 y sus modificatorias, regulan las cuestiones específicas en torno a la materia.

Dentro de esta ley especial, el art. 52 bis regula la aplicación del daño punitivo estableciendo que al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales, independientemente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder, el Juez le podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor.

La incorporación de este artículo por la ley 26.361, trae aparejada una importante innovación, ya que la función punitiva no forma parte de las funciones del sistema de reparación de daños de nuestro ordenamiento; incluso, la misma fue eliminada del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación por la Comisión Bicameral creada al efecto.

A su vez, la doctrina y la jurisprudencia tienen posturas a favor y en contra de su constitucionalidad. Se critica la amplitud de su redacción y la indeterminación de las conductas que hacen posibles su aplicación.

El objetivo de este trabajo es saber si son suficientes las pautas con las que cuenta el Juez para estimar los supuestos de incumplimiento legal o contractual que hacen procedente la aplicación del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

Se analiza el instituto del daño punitivo, para conocer la forma en que debe proceder el Magistrado ante el caso particular, ya que queda a criterio de la interpretación judicial, tanto la procedencia como la graduación de la multa y la norma no brinda demasiados parámetros para su determinación.

La estructura del presente Trabajo Final de Graduación consta de cuatro capítulos. En el primero, y a modo de introducción a la materia, se realiza un breve análisis de la evolución histórica del instituto hasta su incorporación en el ordenamiento jurídico vigente y se hace hincapié en la función del daño punitivo.

En el segundo capítulo se exponen y analizan las posturas doctrinarias en torno a la procedencia y aplicación del daño punitivo, las discusiones sobre su constitucionalidad y el carácter de la multa.

La tercera parte es la exposición y comentario de los fallos jurisprudenciales más renombrados, ponderando en cada caso cuales fueron las pautas que utilizaron los Magistrados para merituar los supuestos de incumplimiento legal o contractual.

En el cuarto capítulo se profundiza sobre la procedencia del daño punitivo en las relaciones de consumo, puntualmente el art. 52 bis de la ley 24.240, su extensa redacción y las controversias que esto genera. Se analiza el simple incumplimiento del proveedor en contraposición a la conducta subjetiva del dañador. Se desarrollan las pautas para la graduación de la multa civil por el Juez, y la responsabilidad solidaria en caso de pluralidad de proveedores.

Para finalizar, se exponen conclusiones globales sobre la suficiencia de las pautas con las que cuenta el Juez para estimar los supuestos de incumplimiento legal o contractual que hacen procedente la aplicación del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

Capítulo I

Evolución histórica, función y características del daños punitivo.

I.1 Breve reseña de la evolución histórica del daño punitivo.

Si bien en la actualidad las condenas por daños punitivos se aplican en numerosos sistemas legislativos, Demetrio A. Chamatropulos (2009) en su obra, sostiene que los antecedentes más importantes datan de los países principales del common law, Inglaterra y Estados Unidos. Afirma que los dos primeros casos que se conocen, sucedieron en Inglaterra en el siglo XVIII, ambos en el año 1763. Ellos son “*Wilkes c/ Wood*” y “*Huckle c/ Money*”.

Ambos casos tuvieron origen en causas similares; a raíz de publicaciones periodísticas que difamaban y ofendían a la autoridad real, se libraron órdenes de allanamiento ilegales por parte de las autoridades estatales, sin especificar las personas contra las que se llevarían a cabo, concretándose en domicilios de ciudadanos relacionados con imprentas y editoras, los cuales al accionar contra las autoridades solicitaron se apliquen sanciones ejemplares con el fin de disuadir esas conductas estatales invasivas de los derechos civiles de los ciudadanos. En ambos casos se otorgaron por primera vez, indemnizaciones que superaban los daños sufridos por los damnificados.

Otro fallo que sienta precedentes en Inglaterra es “*Rookes c/ Barnard*” (1964), el cual trató sobre un asunto de intimidación y que pone un freno a la aplicación frecuente de los daños punitivos en ese país y a partir del cual, las penas privadas solo se aplican a las siguientes situaciones:

- I. Cuando una ley lo autoriza expresamente.
- II. Contra funcionarios que han actuado de manera arbitraria, opresiva o inconstitucional contra personas privadas.
- III. Cuando el dañador actuó de modo premeditado, sabiendo de antemano que las indemnizaciones a pagar son inferiores a las ganancias que le otorga la conducta ilícita (Chamatropulos, 2009).

A diferencia de las limitaciones que se establecieron en Inglaterra, en los Estados Unidos el instituto es de aplicación permanente.

Cabe recordar que a diferencia de nuestro sistema legislativo, los estados miembros tienen la facultad de legislar no solo sobre materia de forma o procedimiento sino también sobre cuestiones de fondo, por lo que algunos de esos estados (solo cinco) prohíben la aplicación del daño punitivo; en los demás, la multa civil es aceptada con mayor o menor amplitud según el caso.

I.2 La multa civil en el ordenamiento jurídico argentino.

En nuestro país, para hablar de la multa civil debemos introducirnos indefectiblemente en el derecho del consumidor; el cual, tiene origen legislativo con tratamiento específico en el ordenamiento Argentino a partir de la sanción de la ley 24.240¹ que data del año 1993.

Con la reforma constitucional de 1994, se introdujo a la Carta Magna el art. 42, el que expresamente reza:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control².

¹ Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993

² Art. 42 de la Constitución Nacional texto según reforma del año 1994.

Con esta reforma, la materia pasó a tener raigambre constitucional atendiendo a la defensa de los consumidores y usuarios en las relaciones de consumo, tutelando su salud, bregando por el acceso a la información adecuada, tratando de asegurarles la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno (Zarini, 2004).

A su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación introdujo en el Libro Tercero, Título III, desde el art. 1092 al 1122³, una innovadora reglamentación referente a los contratos de consumo. Esta incorporación representa un complemento sumamente valioso a la materia consumeril, ya que constituye un avance de protección jurídica al consumidor.

Como lo sostuvieron los miembros de la Comisión de Reforma en los Fundamentos del Anteproyecto, la metodología utilizada responde a dos aspectos fundamentales:

a) la dinámica constante de las relaciones de consumo y b) la sectorización de la legislación que constituye una especie de descodificación del propio subsistema. Lo que llevo a incluir en el Código una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como “protección mínima”, generando así los siguientes efectos: 1) nada obsta a que la ley especial establezca condiciones superiores; 2) ninguna ley especial puede derogar esos mínimos y afectar al sistema ya que cualquier ley puede ser fácilmente reformada, pero es más fácil reforma una ley especial que un Código; 3) se establecen reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, etc; 4) y por último, en el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el Código recupera centralidad con relación a las demás, debiendo ser aplicadas todas ellas con el principio de interpretación más favorable al consumidor⁴.

De este modo, se refuerza la norma especial con la incorporación de principios básicos al Código Civil y Comercial, los que si bien ya estaban consagrados en esa primera norma, significaron una conquista para la materia.

Como lo expusieron los miembros de la Comisión, estos forman principios generales de “protección mínima” que refuerzan los derechos ya consagrados.

Ahora bien, es necesario precisar algunos conceptos básicos de la materia consumeril, y es por ello, que dos son los sujetos que necesariamente deben

³ Ley 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación B.O. 08/10/2014.

⁴ De los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

relacionarse para que exista una relación de consumo; el consumidor, al que la ley especial define como:

La persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”⁵.

Similar redacción tiene el art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El otro sujeto es el proveedor, caracterizado como:

La persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marcas, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. No están comprendidos en la 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 ofrecimiento⁶.

El vínculo jurídico que se genera entre proveedor y consumidor es la relación de consumo⁷.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social⁸. Es lo que se conoce como *bystander*, que en su traducción al español significa espectador.

⁵ Art. 1 Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 modificado por ley 26.994 - B.O. 08/10/2014.

⁶ Art. 2 Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 modificado por ley 26.994 - B.O. 08/10/2014.

⁷ Art. 3 Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 modificado por ley 26.994 - B.O. 08/10/2014.

⁸ Art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cuando una relación de consumo se ve truncada o un consumidor se ve vulnerado, puede recurrir ante la autoridad a petitionar el amparo de sus derechos.

La Ley de Defensa del Consumidor prevé para ello dos vías posibles, el reclamo en sede administrativa (previsto por los arts. 43 y 45 de la Ley 24.240) y la acción judicial (art. 52 de la Ley 24.240), la cual le da la posibilidad de iniciarla al consumidor o usuario que ve afectados o amenazados sus derechos. Le otorga legitimación por sus propios derechos, a estos consumidores o usuarios, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal⁹.

Con ello, además de los montos reclamados por el consumidor en concepto de indemnización, éste podrá reclamar en su petición judicial la aplicación de una multa civil; por cuanto el art. 52 bis prevé:

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 ley¹⁰.

De este modo, en el año 2008 la ley 26.361 incorporó al régimen consumeril los daños punitivos como uno de los rubros que el actor de una acción judicial puede reclamar. Los mismos fueron definidos como:

Sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (Pizarro, 1993, p. 291).

Por su parte, la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci (1994) dijo al respecto “*los punitive demanages se conceden para sancionar al demandado (sujeto dañador) por*

⁹ Art. 52 Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 modificado por ley 26.994 - B.O. 08/10/2014.

¹⁰ Art. 52 bis Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 incorporado por ley 26.361 – B.O. 07/04/2008.

haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo”.

Se trata de un rubro extra o plus de la indemnización reclamada por el damnificado, independiente del perjuicio efectivamente sufrido.

Rubro, que conforme lo prevé el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor debe ser peticionado por el consumidor afectado en el escrito de demanda y luego, es el Juez quien valora su procedencia, aplicación y merítua el monto de la multa impuesta.

I.3 Naturaleza jurídica, función y finalidad del instituto.

De la definición del daño punitivo surge su naturaleza sancionatoria y a su vez, las dos funciones principales del instituto: castigar y disuadir conductas reprochables.

Aquí comienzan a vislumbrarse los posibles problemas con los que se encontrará el Juez al momento de aplicar la multa, debemos tener en cuenta que el magistrado (del fuero civil y comercial), deberá imponer una sanción con el fin de castigar y disuadir, tarea encomendada en la mayoría de los casos (si no en todos) a los jueces del fuero penal.

Asumir la naturaleza jurídica sancionatoria de la figura, trajo aparejadas críticas y dudas sobre su constitucionalidad, discusión que será objeto de análisis en otro capítulo de este trabajo, limitándonos aquí a precisar las consecuencias que acarrea la adopción de esta postura.

Siendo los daños punitivos una sanción, el objetivo principal es punir al sujeto que con su conducta disvaliosa produce un daño.

Esto, responde a la concepción moderna del derecho de daños, el cual, no solo se ocupa de resarcir al damnificado, es decir indemnizarlo por el perjuicio sufrido, sino que va más allá e impone al sujeto pasivo un “plus” por su conducta subjetiva, es decir lo castiga.

En ese orden, el castigo tiene un fin que se corresponde con la otra función del instituto que es disuadir la conducta reprochable.

No solo se busca la disuasión de la conducta del sujeto dañador, sino que también, al aplicar la multa civil se busca demostrar y poner de relieve lo disvalioso de las mismas; y así, evitar la reiteración de conductas reprochables por parte de otros sujetos que estén en posiciones equivalentes. Lo que a su vez, responde a la primera de las funciones del derecho de daños que es la de prevención.

Algunos autores le dan un orden de prelación a estas dos funciones, distinción que resulta irrelevante ya que ambas son esenciales para su existencia y a su vez, se interrelacionan dándole sentido a la finalidad de la multa civil.

Los daños punitivos se caracterizan por dos aspectos esenciales: son excepcionales y accesorios.

Chamatropulos (2009) sostiene que el carácter excepcional es un elemento que no debe perderse de vista en la aplicación del daño punitivo, no podría aplicarse la multa civil cuando medie solo una “simple negligencia por parte del condenado”. Este debe ser usado como último recurso con destino a castigar y disuadir conductas de una gravedad subjetiva muy particular, de lo contrario, aplicarlo todo el tiempo y de forma irracional desgastaría progresivamente la figura y perdería el “impacto psicológico” que busca su aplicación.

Por otra parte, el carácter accesorio, responde al hecho de que no puede aplicarse la multa civil como un concepto único, independiente del rubro indemnizatorio.

Esto quiere decir que necesariamente es el anexo de una condena principal por la que se repara un perjuicio.

Los daños punitivos no pueden ser una condena autónoma y a su vez, deberá la multa guardar proporcionalidad con el monto indemnizatorio al cual acompaña.

I.4 La sanción pecuniaria disuasiva.

En nuestro sistema legislativo, el derecho de daños tiene dos funciones, la preventiva y la compensatoria. Solo en algunos casos y especialidades del derecho de daños, aparece también la función punitiva o sancionatoria.

El Código Civil y Comercial de la Nación es claro en su actual redacción del art. 1708 – “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”¹¹

Para Zavala de González (1999) la función compensatoria refiere a que la reparación del daño significa el cumplimiento por el responsable de una prestación en beneficio de la víctima, mediante la cual se hace efectiva la obligación surgida por un daño injusto. El fundamento de la reparación radica en el principio que impone no dañar a otro (*alterum non laedere*). Es decir que violada la prohibición y experimentado el perjuicio por la víctima, el derecho obliga a repararlo. Es una solución *ex post*, es decir para después de ocurrido el daño.

Así, el art. 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación establece:

Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código¹².

La responsabilidad por daños no solo es reparadora, sino también preventiva, la cual se orienta hacia la prevención de perjuicios, y de haber sucedido, a evitar la continuidad o agravación de los mismos.

Así, puede surgir responsabilidad preventiva ante el peligro de daño sin responsabilidad resarcitoria, si ninguno se ha producido todavía.

Este objetivo se alcanza mediante una pretensión sustancial inhibitoria, cuyo objeto es la evitación de perjuicios futuros. Esta idea es congruente con una noción amplia del derecho de daños que comprende entre los resultados lesivos que generan

¹¹ Art. 1708 - Ley 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación B.O. 08/10/2014.

¹² Art. 1716 - Ley 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación B.O. 08/10/2014.

responsabilidad, no solo el daño causado sino también la amenaza de un daño injusto (Zavala de González, 1999).

Congruente con la función preventiva del derecho de daños es el art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación:

Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto a ella depende de:
a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo¹³.

A raíz de esta innovación del Código Civil y Comercial de la Nación, se incorpora al cuerpo normativo la acción preventiva; la cual, procede en aquellos casos en los que por acción u omisión antijurídica se hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento¹⁴.

Estas dos funciones del derecho de daños, la resarcitoria y la preventiva, son las que hoy se encuentran legisladas en el Código Civil y Comercial de la Nación, excluyéndose de este cuerpo normativo a la punitiva como una de las funciones del derecho de daños.

Sin embargo, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1714¹⁵, preveía la “sanción pecuniaria disuasiva” (cuyo antecedente es el art. 1587 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998).

El derogado artículo establecía:

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

¹³ Art. 1710 - Ley 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación B.O. 08/10/2014.

¹⁴ Art. 1711 - Ley 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación B.O. 08/10/2014.

¹⁵ Art. 1714 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011.

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 fundada¹⁶.

Se proyectaba en igual sentido, la modificación del actual art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor por uno de similar redacción al art. 1714 para lograr así integración y coherencia normativa.

El art. 1714 en su redacción original, ampliaba la legitimación activa para petitionar la multa y establecía parámetros más concretos por los que debería transitar el Juez para merituarla y aplicarla.

Extendía la órbita de la sanción pecuniaria disuasiva (arts. 1708, 1714 y 1715) a los derechos de incidencia colectiva en general, los que atentan contra cualquier forma de discriminación, la protección del ambiente y demás, ampliando así el ámbito de aplicación de la multa; no como sucede en la actualidad que solo la ley especial de defensa del consumidor la prevé en su art. 52 bis.

A su vez, en la parte final de su redacción, la norma le otorgaba al Magistrado la potestad de asignarle destino a la multa por resolución fundada.

Dice Galdos (2014) que la denominación “sanción pecuniaria disuasiva” denota que se trataba de una sanción, que cumple la función punitiva de la responsabilidad civil, de naturaleza pecuniaria, porque constituye una prestación de dar sumas de dinero, pero también consiste en la disuasión de futuras conductas que puedan causar daños, conforme la tipificación legal.

La referencia a la naturaleza penal que se desprende del término “sanción”, se neutralizaría con la otra categorización que le sigue “pecuniaria disuasiva”.

Se procuraba que el dañador no vuelva a dañar y que la sanción pecuniaria tenga efectos ejemplificadores respecto de terceros.

¹⁶ Art. 1714 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin perjuicio de los beneficios que podría haber aportado a la materia este artículo, el Honorable Congreso de la Nación, eliminó el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva del Proyecto de Código Civil y Comercial.

La eliminación se hizo “con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones”¹⁷

Sin embargo, mantuvo el art. 1715 sobre punición excesiva (con su texto desdoblado), por entender que su campo de aplicación se extiende más allá de esa supresión, quedando comprendidas en el ámbito otras sanciones civiles, como las conminatorias del art. 804 y la especial en materia de daño punitivo contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 y su modificatoria¹⁸.

Entendemos con Stiglitz (2014) que la eliminación del artículo, implica una política regresiva sobre indemnizaciones.

El art. 1714, tal como se había planteado en el Proyecto, habría significado para los Jueces una herramienta de gran utilidad, ya que no solo contemplaba una redacción clara de los requisitos de procedencia del instituto, sino que también otorgaba pautas para la graduación de la multa civil.

En consecuencia, los daños punitivos en materia de Defensa del Consumidor, se circunscriben en la actualidad a lo establecido en el art. 52 bis de la ley especial.

¹⁷ Dictamen de la Comisión Bicameral del Honorable Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación.

¹⁸ Dictamen de la Comisión Bicameral del Honorable Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación.

Capítulo II

El art. 52 bis de la Ley 24.240

II.1 Legitimación activa.

Pasamos aquí al estudio del artículo conforme la actual redacción incorporada por ley 26.361; para poder así, evaluar cuales son las pautas con las que cuenta el Juez para estimar los supuestos de incumplimiento legal o contractual que hacen procedente su aplicación.

El art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor prevé:

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 ley¹⁹

Para algunos autores, la terminología utilizada por el artículo o el *nomen iuris* – daños punitivos -, no es la adecuada, ya que lo que se intenta punir es la conducta del proveedor, calificada por su particular gravedad y su impacto social y no el daño causado; entendiendo que la terminología correcta habría sido “sanción pecuniaria” o “multa civil” (Junvent Bas, Molina Sandoval, Garzino y Heredia Querro, 2013).

El análisis y discusión del origen de la denominación es amplio e interesante, pero no se corresponde con el objeto final de este trabajo, solo recordaremos que en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, la denominación de la figura era la de “sanción pecuniaria disuasiva”.

¹⁹ Art. 52 bis Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 incorporado por ley 26.361 – B.O. 07/04/2008.

Con respecto a la legitimación activa, el artículo establece que es “*a instancia del damnificado*”, lo que significa que es el consumidor o usuario el legitimado para solicitar su aplicación.

Furlotti (2010) entiende que en principio, de la lectura de la norma podría apreciarse que no están legitimadas para peticionarla, las asociaciones de consumidores, la Autoridad de Aplicación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, ya que no son damnificados y están imposibilitados de reclamarla, interpretación que encuentra sentido si seguimos con la lectura del artículo y encontramos que el destinatario de la multa civil es el consumidor.

En este punto la doctrina es pacífica y entiende que el legitimado activo es el consumidor, por el simple hecho de que la norma también lo emplaza como beneficiario.

A su vez, el art. 1 de la ley, equipara en la categoría de consumidores a todos aquellos que sin ser parte se ven expuestos a una relación de consumo.

Por lo cual, cuentan también con legitimación activa para reclamar daños punitivos, los llamados “*bystander*” palabra que traducida al español significa “espectador”.

En un innovador fallo “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer c. Garbarino S.A.I.C. s/ Ordinario”, la Sala D de la Cámara Nacional Comercial, resolvió hacer lugar a una acción interpuesta por una asociación de consumidores y usuarios, condenando a la demandada a reparar el perjuicio causado a los consumidores, más una multa civil en concepto de daño punitivo.

En el caso, se hizo una interpretación amplia del art. 52 bis y se otorga legitimación activa a una asociación de consumidores y usuarios.

Cuestionada la legitimación por la demandada, la Cámara entendió que:

El art. 52 bis de la LDC no distingue si sólo está legitimado el consumidor "individual" – damnificado - o si también lo está una asociación que lo represente –damnificados -. Consideramos que no corresponde distinguir donde el legislador no lo ha hecho, y mucho

menos cuando tal interpretación implicaría un cercenamiento a los derechos del consumidor, contrarios a los fines de la legislación tuitiva²⁰.

En ese sentido entienden la norma Arias Cau y Garzino (2014), cuando al comentar el fallo sostienen que es correcto optar por esta postura amplia que otorgó legitimación a las asociaciones de consumidores, ya que al cumplir con los requisitos previstos por la Ley de Defensa del Consumidor para funcionar como tales (arts. 55, 56 y 57 de la LDC), cuentan con legitimación para iniciar acciones judiciales en defensa de los intereses de incidencia colectiva.

A su vez entienden, que en el caso concreto de los daños punitivos, ante la duda que el artículo 52 bis presenta, debe optarse por otorgarles legitimación para percibir la multa, por aplicación del principio “*in dubio pro consumidor*” (art. 3 de la LDC).

Sin entrar en el análisis profundo de las acciones colectivas o de clase, nos limitamos a coincidir con la postura expuesta en cuanto a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores debidamente inscriptas.

Por lo tanto, cuentan con legitimación para petitionar la aplicación de la multa civil, tanto el consumidor individual como las asociaciones de consumidores; con la salvedad, de que estas últimas deben cumplir con los requisitos previstos por la Ley de Defensa del Consumidor en cuanto a su personería, autorización para funcionar y reconcomiendo.

El beneficiario de la multa será siempre el consumidor que reclama al Juez la aplicación de daños punitivos al proveedor.

Wajtraub (2011) sostiene que de tratarse de acciones individuales, la situación no presentará mayores problemas ya que el monto de la sanción será percibida por el consumidor. En cambio, de tratarse de procesos colectivos, de proceder la sanción por daños punitivos, el monto de la multa impuesta deberá distribuirse entre la clase representada de igual manera que lo que se disponga para la distribución de montos indemnizatorios por daños, aunque el daño punitivo no tenga esa naturaleza.

²⁰ Cam. Nac. Com. - Sala D – “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer c. Garbarino S.A.I.C. s/ Ordinario”. 08/11/2013. [AR/JUR/783623/2013]. La Ley Online.

II.2 El carácter accesorio de la multa

Conforme a la naturaleza jurídica del daño punitivo, la multa civil debe tener siempre carácter excepcional; es decir, que si bien el consumidor está legitimado para pedirla junto con su escrito de demanda, el Juez deberá respetar ese carácter, a fin de evitar caer en una aplicación corriente y cotidiana que termine por desvirtuar su finalidad disuasiva y punitoria.

Así lo entiende Zavala de González (2011) cuando dice que deben aplicarse sanciones económicas disuasorias de actividades injustamente perjudiciales, ya que el derecho de daños no solo debe satisfacer intereses privados de las víctimas sino, el derecho genérico de no ser víctimas.

Es por ello, que más allá de la legitimación con la que cuenta el consumidor, es de suma importancia que el Magistrado no pierda de vista en ningún momento, el carácter excepcional de los daños punitivos.

Además, la multa civil no tiene carácter indemnizatorio, ya que no repara el daño causado, sino que se suma a los demás rubros reclamados como un extra de naturaleza accesorio.

Así lo entienden Trigo Represas y López Meza (2004) cuando dicen que los daños punitivos son un “plus” de indemnización que se concede al perjudicado y que excede del que le corresponde según la naturaleza y el alcance los daños.

Lo mismo se desprende del concepto de daño punitivo que nos brinda Pizarro (1993) y que ya expusimos en el primer capítulo de este trabajo, los mismos 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 (...)” (pag. 291).

Así lo establece art. 52 bis que expresamente establece “*independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*”, con lo que queda claro que la multa civil prevista, tiene carácter accesorio.

No podrá aplicarse una multa por daño punitivo, sin que exista la obligación de reparar y se haya impuesto una indemnización (más allá de la cuantía de la misma).

Ello requiere una construcción lógica por parte del juzgador, supone la preexistencia de un daño resarcible como presupuesto fundamental de procedencia del derecho de daños, directo o indirecto, actual o futuro y cierto y subsistente²¹.

Comprobada su existencia y determinados los rubros indemnizatorios, recién allí, el Juez deberá estimar, determinar y graduar la multa civil que se pretende imponer.

Esto resulta lógico, ya que sería imposible imaginar la aplicación autónoma de multas civiles sin considerar la obligación de reparar de la cual derivan; más allá de que su naturaleza no sea indemnizatoria, sino disuasiva y sancionatoria.

Esta es la posición adoptada por la mayoría de la doctrina: “la multa civil si bien acompaña al resarcimiento de daños efectivamente sufridos, es un plus cuantificable económicamente, con finalidad sancionatoria y consecuentemente, preventiva de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico” (Junyent Bas y Garzino, 2011, Apartado III.2).

Sin perjuicio de que el daño punitivo no tiene carácter indemnizatorio, requerirá al igual que todo rubro reclamado, la prueba de su existencia y de los extremo invocados en la demanda (Alvarez Lorrondo, 2014).

No debe el Juez perder de vista que la multa civil tiene carácter excepcional y accesorio. Lo primero, será pauta necesaria para no caer en la aplicación corriente de la figura, que termine por desvirtuar su finalidad disuasiva. Y lo segundo, para fijarla como un “plus” de los demás rubros indemnizatorias que pudieran corresponder.

II.3 Cuestionada constitucionalidad del daño punitivo en el ámbito civil.

Como vimos, dentro de la protección que el régimen otorga, el consumidor que vio vulnerados sus derechos en la relación de consumo y llega a los tribunales con su

²¹ Art. 1737 - Ley 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación B.O. 08/10/2014.

pretensión, tiene la posibilidad de solicitarle al Juez la aplicación de una multa civil en contra del proveedor que incumplió con sus obligaciones legales o contractuales.

Esta multa, de carácter punitivo, generó en la doctrina y la jurisprudencia posiciones divididas en cuanto a los requisitos y alcances de su aplicación.

La norma faculta al consumidor como legitimado activo para el ejercicio de la acción, la que se suma a los demás rubros indemnizatorios reclamados por éste y le otorga el beneficio de su percepción.

Es decir, es el consumidor el beneficiario de la multa; la cual, es impuesta con el fin de evitar futuras inconductas del proveedor.

El art. 52 bis es sumamente criticado por la doctrina, sobre todo por la laxitud y amplitud de su redacción, la cual llevó a tomar posturas muy distintas en torno al instituto.

La naturaleza jurídica de la multa es netamente punitiva y sancionadora y su finalidad es la de disuadir futuras inconductas.

A partir de allí, la doctrina se divide en torno a la constitucionalidad de la figura en los términos planteados por la Ley de Defensa del Consumidor.

Así, hay quienes concuerdan con la procedencia de su aplicación y quienes se oponen a la misma por sostener que la norma es inconstitucional.

Quienes propician esta segunda postura entienden que los daños punitivos constituyen una sanción materialmente penal y por lo tanto, no puede ser utilizada y menos aplicada en materia civil.

Así lo sostenía Bustamante Alsina (1994) al entender que la pena privada importa un retroceso en la evaluación del régimen sancionatorio de los ilícitos ya sean civiles o penales.

En la actualidad el principal opositor de la aplicación de los daños punitivos en el ámbito civil es Sebastián Picasso, para quien la figura resulta inconstitucional por cuanto:

1) se contenta con el mero incumplimiento del proveedor para la procedencia de los "daños punitivos", lo que lesiona el principio de culpabilidad que rige la imposición de sanciones de naturaleza penal; 2) no tipifica adecuadamente la conducta reprimida, ni los criterios que deben tenerse en cuenta para graduar la pena; 3) consagra la responsabilidad solidaria de todos los proveedores incumplidores, con lo que se viola una vez más el principio de culpabilidad; 4) la pena es percibida por la víctima, lo que lesiona el principio de igualdad ante la ley y 5) su aplicación se efectúa en el marco del proceso civil, que no resguarda adecuadamente garantías procesales mínimas del derecho penal, como la presunción de inocencia (Picasso, 2015, p. 7/8).

De los fundamentos expuestos por el jurista se desprende que la figura de los daños punitivos entra en la esfera propia del derecho penal. Su aplicación en el ámbito civil es inconstitucional por violar los principios de legalidad, culpabilidad y de igualdad ante la ley, violando el debido proceso garantizado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Sin perjuicio de las críticas efectuadas, Picasso sostiene que la propuesta del art. 1714 que contempló el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (hoy eliminado por el Honorable Congreso de la Nación), brindaba soluciones al problema de los daños punitivos como se encuentran planteados en la actualidad.

Otorgaba pautas suficientes a los Jueces para evaluar en el caso concreto la procedencia del rubro reclamado en concepto de daños punitivos evaluando la conducta subjetiva del dañador, se eliminaba la referencia a la responsabilidad solidaria de los incumplidores y se aclaraba la forma de graduación y el destino de la multa.

Sin estar de acuerdo con lo expuesto en cuanto a la inconstitucionalidad de la figura en los términos planteados, coincidimos en que la incorporación del art. 1714 del Proyecto habría efectuado una regulación "mesurada y razonable" de los daños punitivos.

De este modo, para los ojos de quienes sostienen la inconstitucionalidad de la multa civil, la función del derecho de daños es la de reparar y no las de punir y castigar, ya que éstas últimas serían funciones propias y exclusivas del derecho penal.

Sostienen que siempre que la finalidad sea la de castigar al responsable, la aplicación del instituto será materia penal y nunca de aplicación en el ámbito civil.

Entienden que los Jueces civiles, tal como se encuentra planteada actualmente la figura en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, no cuentan con instrumentos para merituar y garantizar el debido proceso que requiere la aplicación de una pena.

Consideran insuficiente el mero incumplimiento legal o contractual del proveedor como presupuesto de procedencia, por ser este un concepto abierto violatorio de principios de raigambre constitucional.

Para que una conducta sea punible, es necesario que esté debidamente tipificada por la ley. No basta con decir que ante el incumplimiento legal o contractual la multa será procedente, ya que cualquier conducta contraria a derecho dentro de la relación de consumo sería pasible de sanción por daños punitivos.

Si bien la postura que atenta contra la constitucionalidad de la figura resulta extrema, coincidimos en que el incumplimiento legal o contractual como único requisito de procedencia para la aplicación de la multa, es un presupuesto insuficiente y extremadamente amplio.

II.4 Posturas a favor de su procedencia.

En oposición a quienes se inclinan por la inconstitucionalidad del daño punitivo en el ámbito civil, se encuentran los juristas que sostienen su procedencia, siendo esta la postura mayoritaria en la actualidad.

Pizarro (1996) fue uno de los primeros en darle atención a la función punitiva como una de las funciones del derecho de daños, entendiendo que la prevención y la reparación no siempre son suficientes para dismantelar los efectos del ilícito.

Por ejemplo, en los supuestos de daño causado deliberadamente con el fin de lograr un beneficio lucrativo con la actividad ilícita, en los cuales la reparación del daño estaría incompleta si no se le brinda al Juez herramientas suficientes para punir al dañador y evitar la reiteración de esas inconductas.

A su vez, entre quienes sostienen la procedencia del daño punitivo, existen dos posturas, las cuales salieron a la luz luego del dictado del primer fallo que aplicó el art. 52 bis luego de la sanción de la Ley 26.361, en el cual se aplicó una multa civil por daño punitivo²².

Allí, las posturas vuelven a dividirse y en relación a los requisitos de procedencia del daño punitivo Federico Álvarez Larrondo (2014) distingue una postura a la que no llama “amplia”, sino ajustada a lo requerido por el art. 52 bis y otra “restringida”.

La primera de ellas, es la postura sostenida por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Mar del Plata en el caso Machinandiarena Hernández, y sostiene que la norma solo exige el incumplimiento, por parte del proveedor, de cualquier obligación legal o contractual para con el consumidor; es decir, cualquier derecho violado en una relación de consumo, legitimará al consumidor a petitionar la aplicación de la multa en su beneficio.

Con este criterio “amplio” o ajustado a los requerimientos del art. 52 bis, el mero incumplimiento de una norma o una ley que regule la relación de consumo, sería pauta suficiente para que el Juez aplique la sanción por daño punitivo, lo que hace que la figura sea de aplicación corriente, convirtiéndola en un instrumento que en la mayoría de los casos no cumplirá su finalidad punitiva y disuasiva.

La otra postura, a la que llaman restringida, es la que sostiene que no todo incumplimiento por parte del proveedor es requisito suficiente para la aplicación de la multa civil, sino sólo aquellas inconductas que representen supuestos de especial gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del proveedor, requiere una particular subjetividad (Álvarez Larrondo, 2014).

Aquí, prevalece el carácter excepcional de la aplicación de la figura, postura en la que se alinea la mayoría de la doctrina.

²² Juzg. Civ. y Com. N° 8, Mar del Plata, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica Argentina S.A.”. 24/02/09 s/ Reclamo contra actos de particular. Sumarísimo. Expte. 20.338/08..

Quien coincide plenamente con la tesis del jurista marplatense es Gabriel Stiglitz (2014) quien expresa:

Mal puede llamarse restrictiva cuando en verdad no es más que una necesaria interpretación razonable de la norma, adecuada a los principios informadores del derecho privado y en resguardo de derechos constitucionales. Confrontar esa postura no implicaría “amplitud”, sino banalización (pag. 3).

Aún entre quienes coinciden con la procedencia del daño punitivo hay discrepancia en cuanto a sus formas de interpretación y la suficiencia de las pautas para estimar cuales serían los supuestos de incumplimiento legal o contractual que debería valorar el Juez para su estimación.

Ante una figura con finalidad sancionatoria como el daño punitivo, siempre será mejor que el Juez al momento de valorar su procedencia se alíe en la postura restringida y no caiga en la aplicación corriente y desmedida de la figura, lo que puede traducirse en grave inseguridad jurídica.

Aplicar la multa por daño punitivo ante cualquier incumplimiento legal o contractual es convertir al instituto en una figura corriente y cotidiana.

Más allá de la amplitud del artículo, y de lo generalizado que resulta establecer como pauta de aplicación “el incumplimiento de una obligación legal o contractual”, la magnitud de la falta cometida no será la misma en todos los casos y el grado de subjetividad del agente es un elemento esencial que tiene que estimar el Juez para de la valoración de la conducta.

Capítulo III

Jurisprudencia destacada.

III.1 Pautas que siguieron los magistrados para aplicar la multa civil. Breve análisis de los fallos más relevantes.

Ante la amplitud del art. 52 bis, los Jueces hicieron distintas interpretaciones de la norma.

Analizaremos los fallos más destacados de la jurisprudencia actual, con el fin de individualizar en el caso particular, cuáles fueron las pautas que utilizaron los Magistrados para estimar los supuestos de incumplimiento legal o contractual que hicieron procedente la multa civil.

III. 1 a. “Machinandiarena Hernández c. Telefónica Argentina”

En el año 2009 la jurisprudencia hizo su aporte y el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 8 de la ciudad de Mar del Plata, en los autos “Machinandiarena Hernández c. Telefónica Argentina”, resolvió el primer caso de daño punitivo en el país luego de la sanción de la Ley 26.361 y aplicó una multa en concepto de daño punitivo a una empresa de telefonía celular, cuyo local carecía de rampa de acceso para discapacitados, impidiendo el ingreso al mismo a un cliente que había concurrido a formular un reclamo, el cuál se desplazaba en silla de ruedas²³.

Este fue el “*leading case*” en la materia, ya que el fallo fue luego confirmado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata y finalmente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, rechazó el recurso extraordinario planteado por la demandada confirmando el fallo de primera instancia.

El argumento que sostuvieron en la Cámara fue el abuso de posición de poder en el que se encontraba la empresa y el grave menosprecio por el derecho del

²³ Juzg. Civ. y Com. N° 8, Mar del Plata, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica Argentina S.A.”. 24/02/09 s/ Reclamo contra actos de particular. Sumarísimo. Expte. 20.338/08.

consumidor, infringiendo así la obligación de trato equitativo y digno previsto por la ley (art. 8 bis LDC).

La Cámara de Apelaciones tomó como pauta de procedencia el incumplimiento legal por parte de la compañía telefónica, receptando el criterio amplio de interpretación del art. 52 bis, así se lee en el fallo:

La norma solo exige el incumplimiento por parte de éste (refiriéndose al proveedor) de sus obligaciones legales o contractuales con el usuario. Nada más. En consecuencia, el daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se dé cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo²⁴.

El fallo a su vez fue apelado, y luego confirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, pero si bien confirma la procedencia del daño punitivo recoge los fundamentos de la mayoría de la doctrina que sostiene que la multa es procedente solo en supuestos de particular gravedad²⁵.

III.1 b. “Teijeiro o Teigeiro c. Cervecería y M. Quilmes S.A.I.C.A. y G.”

Un fallo relevante y controvertido es el caso “Teijeiro o Teigeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, en el cual un consumidor que al momento de abrir una de las bebidas gaseosa de la marca de la demandada, se encontró con un envoltorio de gel intimo flotando dentro de la botella.

La Jueza de primera instancia condeno a la demandada a la entrega de una botella de iguales características que la adquirida por el consumidor, el pago de \$1.500 en concepto de daño moral e hizo lugar a la aplicación de daños punitivos por la suma de \$2.000.000²⁶.

Las pautas utilizadas fueron las fallas en el proceso de llenado de los envases, las que se tradujeron en un grave incumplimiento por parte de la embotelladora, la

²⁴ Cam. Apel. Civil y Com. de Mar del Plata, Sala II, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica Argentina S.A.” 27/05/2009. L.L. 2009 – C, 647.

²⁵ C.S.J. Bs.As. “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica Argentina S.A.” 06/11/2012, RCyS 2013 – V, 82.

²⁶ Juzg. 1º Inst. Civ. y Com. 5ª Nom. Córdoba, “Teijeiro o Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.” 23/03/2011. [AR/JUR/12898/2011].

cual produjo un posible riesgo para la salud del consumidor, entendiendo a su vez que la accionada no pudo dar una explicación racional al respecto.

Sin bien la magistrada en los fundamentos entendió que la aplicación de la multa debe hacerse ante la presencia de conductas subjetivas que revistan un grave menosprecio por los derechos de los consumidores, en el caso se comprobó que la embotelladora cumplía con los requisitos de salubridad y control requeridos, y sin perjuicio de ello se le aplicó la multa civil.

De esa interpretación se entiende que el factor de atribución es objetivo, lo que no se condice con los fundamentos de fondo expuestos por la Jueza; ya que por un lado sostiene que la conducta subjetiva del proveedor debe revestir un grave menosprecio por los derechos del consumidor y acreditadas en el caso las condiciones y requisitos de salubridad, aplicó igualmente la multa.

A su vez, el monto de la condena resulta a todas luces desproporcionado.

Si bien la Jueza quiso utilizar pautas de criterio restringido, el resultado de la sentencia se enmarca en el criterio amplio de procedencia del art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor.

Recurrido el fallo por la demandada, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación de Córdoba, revocó la condena para los rubros daño moral y daño punitivo y mantuvo solo el punto referente al reintegro de una bebida de iguales características.

En este caso la Cámara entendió que el proveedor no debe responder objetivamente y ser pasible de la aplicación del art. 52 bis solo por su calidad de tal, sino que la conducta debe merecer un reproche subjetivo de gravedad que en el caso concreto la haga procedente; a su vez, entendió que la multa debe usarse de manera excepcional para que cumpla con su finalidad disuasiva²⁷.

El pronunciamiento de la Cámara fue recurrido por el actor y el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba lo rechazó, confirmando el decisorio

²⁷ Cam. Apel. Civ. y Com. de 3ª Nom, Córdoba, “Teijeiro o Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, 17/04/2012. RCyS 2012-V, 160.

de la Cámara, con la salvedad del rubro por daño moral, en el cual ordeno al a quo dictar un nuevo pronunciamiento, entendiendo en el particular que el petitorio del actor no fue tratado y que efectivamente la presencia del elemento extraño provocó una lesión en la confianza que el consumidor tenía en la marca de la bebida²⁸.

Las contradicciones en cuanto a las pautas utilizadas por los jueces en el caso en estudio son claras.

Para la Jueza de primera instancia resulta suficiente el incumplimiento legal para hacer lugar al rubro por daños punitivos, mientras que la Cámara de Apelaciones y el Tribunal Superior de Justicia entienden que la conducta de la demandada debe enmarcarse en un obrar que revista grave desinterés por los derechos del consumidor, debiendo mediar dolo o culpa grave por parte del proveedor, exigiendo así un factor de atribución subjetivo y calificado (Picasso, 2014).

La historia de este caso conocido como el del “objeto extraño en la gaseosa”, no terminó de escribirse ya que el fallo del Tribunal Superior de Justicia fue recurrido por el actor y la causa actualmente se encuentra en la Corte Suprema de Justicia de la Nación aun en trámite.

A su vez, su resolución sin dudas será de gran utilidad para la interpretación del instituto ya que hasta la fecha, el más alto Tribunal de la república no se pronunció con respecto a la materia.

III.1 c. “Alu c. Banco Columbia S.A.”

En este caso, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, condenó a la demandada Banco Columbia S.A. al pago de una multa civil por la suma de \$3.000 a favor de la actora, por haber calificado como

²⁸ TSJ Córdoba – Sala Civil y Comercial “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. s/ abreviado – otros – recurso de casación” (15/04/2014). [AR/JUR/6030/2014]. LA LEY 30/04/2014, 7 2014-C, 50.

moroso al reclamante luego de ser condenado por sentencia firme a rectificar los datos que erróneamente ésta brindó al Banco Central de la República Argentina²⁹.

En los hechos, con fecha 06/09/2006 la demandada fue condenada a rectificar la calificación que hizo del actor ya que erróneamente se lo incluyó en la categoría 5 de deudores morosos, sin que el reclamante cuente con deuda alguna.

En el año 2008 en oportunidad en la que el actor solicita un crédito, toma conocimiento que aún continuaba calificado como moroso en dicha categoría sin que la demandada haya dado cumplimiento con la rectificación ordenada.

El Juzgado de primera instancia no hizo lugar a la aplicación de daños punitivos por entender que la conducta descalificante era anterior a la entrada en vigencia de la ley 26.361.

Por su lado, la Cámara entendió que correspondía aplicar la multa civil ya que la conducta desplegada se mantuvo hasta junio del año 2009, fecha en que el art. 52 bis ya estaba vigente.

De los fundamentos del fallo se lee:

La ley resulta clara al señalar que para la viabilidad de los daños punitivos no tiene relevancia jurídica que haya habido condena por daños compensatorios, cuando afirma que la condena es independiente de otras indemnizaciones. (cons. C – párrafo tercero).

La pauta que tuvieron en cuenta los Jueces al sentenciar fue la conducta reticente de la demandada a rectificar los datos mal consignados del actor; lo que no solo constaba en el momento en que se inició la demanda de habeas data, sino que a pesar de existir sentencia firme de condena, la demandada continuó con su conducta por dos años más mostrando un claro desinterés en el cumplimiento de su obligación.

El fallo de la Cámara fue recurrido ante la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

²⁹ Cam. Apel. Civil y Comercial de Tucumán – Sala II “Alu, Patricio Alejandro c/ Banco Columbia S.A. s/ sumarísimo (residual)”. 28/02/2012. [AR/JUR/1579/2012]. LLNOA2012 (mayo),433.

La recurrente planteo la inconstitucionalidad del daño punitivo en nuestro derecho, argumentando que éste no recepta las “penal privadas”, y sostuvo que el art. 52 bis es un “tipo penal abierto” contrario al art. 18 de la Constitución Nacional y demás tratados internacionales.

Ese planteo fue rechazado por la Corte, que si bien no desconoce que en el ámbito privado prevalece la autonomía de la voluntad, entiende también que en caso de presentarse relaciones asimétricas entre estos, es necesario “publicar” en algunos casos el derecho privado e introducir herramientas que se puedan aplicar a los particulares, dentro de los presupuestos de la responsabilidad, los que no tienen la misma estructura que las de derecho penal, ya que estas últimas repercuten en la persona humana de manera directa.

A su vez, sostuvo que a diferencia del derecho penal, la responsabilidad civil prescinde de la tipicidad, se impone el deber general de no dañar, la causalidad entre el hecho y el daño y por último el factor de imputación.

Entendió que la sanción punitiva en el ámbito consumeril se justifica por:

La función de tutela que la Ley N° 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedoras de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de defensa del consumidor: Por otro lado el "Principio pro Homine" no puede aplicarse a personas jurídicas, que en la gran mayoría de los casos integran como parte la relación de consumo. La reparación civil hace al interés privado del damnificado pero en ocasiones es insuficiente para preservar al interés público representado por la necesidad de un comportamiento lícito en las relaciones jurídicas (cons. VII)³⁰.

El rechazo del planteo de inconstitucionalidad con los fundamentos vertidos por la Corte Suprema de Tucumán, sentó un pilar fundamental para muchos fallos posteriores.

La idea de “publicar” el derecho privado en casos de evidente desigualdad, como sucede en el ámbito consumeril, e introducir sanciones a los particulares para dismantelar los efectos lesivos de las conductas socialmente indeseables, es una de las

³⁰ C.S.J. Tucumán “Alu, Patricio Alejandro c/ Banco Columbia S.A. s/ Sumarísimo (Residual) – recurso de casación”. 22/04/2013. [AR/JUR/12132/2013]. La ley 26/06/2013, 15 –DJ31/07/2013,22 – LLNOA 2013 (agosto),777.

pautas de valoración del instituto que el Juez debe siempre tener en cuenta al momento de estimar su procedencia.

A su vez, la Corte confirmó el fallo de la Cámara agregando además que:

La regulación del instituto del daño punitivo, a partir de 2008, es comprensiva de la conducta violatoria y omisiva del Banco Columbia respecto de la obligación legal y luego sentencial y configura a partir de ese momento un presupuesto que hace operativa la sanción prevista en la norma (cons.VII) ³¹.

La Corte se apoyó en los mismos fundamentos que la Cámara para fallar y entendió que la conducta reprochable de la demandada se prolongó en el tiempo, por lo que correspondía la aplicación de la multa civil, ya que en ese lapso en el que se mantuvo la inconducta, entró en vigencia la ley 26.361 que incorporó el art. 52 bis a la Ley de Defensa del Consumidor.

III.1 d. “De Los Ríos c. Autotransporte Andesmar S.A.”

En este fallo la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy condenó a la demandada a resarcir a la actora por el daño directo y daño moral sufridos a causa de la suspensión intempestiva de un viaje de regreso al país desde la ciudad de Iquique – Chile, al que sumó una multa por daño punitivo fundada en el incumplimiento por parte de la demandada de los arts. 4 y 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor³².

La Cámara rechazó el planteo de inconstitucionalidad del daño punitivo planteado por la demandada, invocando los fundamentos usados por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en el ya analizado fallo “Alu c. Banco Columbia S.A.”.

En los hechos se acreditó que la actora, al finalizar sus vacaciones y presentarse en la terminal de colectivos de la ciudad de Iquique – Chile para

³¹ C.S.J. Tucumán “Alu, Patricio Alejandro c/ Banco Columbia S.A. s/ Sumarísimo (Residual) – recurso de casación”. 22/04/2013. [AR/JUR/12132/2013]. La ley 26/06/2013, 15 –DJ31/07/2013,22 – LLNOA 2013 (agosto),777.

³² Cam. Civ. y Com. de Jujuy – Sala II – “De Los Ríos, Marta Susana c/ Autotransporte Andesmar S.A. s/ acción emergente de la ley del consumidor” [AR/JUR/641/2014]. LL NOA 2014 (abril), 333.

emprender el viaje de regreso a su ciudad de origen, no pudo arribar al micro ya que no había unidades previstas para realizar el trayecto cuyo boleto había adquirido.

A su vez, no recibió información alguna por parte de la empresa hasta el otro día, donde le comunicaron de manera informal que el viaje se había reprogramado y tuvo que permanecer sola y sin recursos económicos en el país vecino por dos días más de lo previsto.

De los fundamentos del fallo en análisis se lee:

Se encuentra acreditado el incumplimiento unilateral, voluntario e inesperado del contrato que ligaba a la empresa con la actora en el marco de la relación de consumo y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle la necesaria información y un trato digno en los términos de los artículos 4 y 8 bis de la ley 24.240 (cons. V).

La Cámara fundó la aplicación de la multa civil en el trato indigno y la falta de información que padeció la reclamante, tomando como pauta la indiferencia y el menosprecio con que actuó la empresa hacia la actora, al dejarla varada en el extranjero, sin recursos para costear los gastos de alimentos y hotelería, lo que se sumó a la falta de atención e información adecuada y a término por parte de la incumplidora.

Valoró el incumplimiento, no como una simple falta a la obligación contractual que le pesaba, sino que fue más allá y aplicó la multa por considerar que el justificativo dado por la Empresa en su contestación de demanda era insostenible y además, la conducta desplegada reflejaba un claro menosprecio por los derechos de la pasajera.

III.1 e. “Defilippo c. Parra automotores S.A. y otros”

El caso, inicia con una sentencia de un Juzgado de Primera Instancia que desestimó la demanda del actor e hizo lugar a la falta de acción planteada por Parra Automotores S.A. por considerar que el plazo de garantía de un vehículo adquirido en esa empresa, había caducado.

La Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, revoco la sentencia de primera instancia, entendiendo que el vehículo defectuoso se encontraba dentro del periodo de garantía convenido por las partes e hizo lugar a la pretensión de la actora, condenando a la demandada a sustituir dicho vehículo por uno de iguales características, el pago \$10.000 por daño moral, \$2.000 por reintegro de honorarios y \$25.000 por daño punitivo³³.

En los hechos se demostró que la actora adquirió un vehículo 0 km que presentaba fallas, deteniéndose imprevistamente lo que representaba una circunstancia grave para la seguridad de quienes se trasladan en el.

La demandada fue reticente en admitir los defectos y a pesar de las reiteradas reparaciones, la unidad conservaba el desperfecto.

En cuanto a los daños punitivos la Cámara adhirió a la opinión del representante del Ministerio Público y entendió que las empresas demandadas expusieron a la actora a un “peregrinaje permanente”, y mostraron:

Una conducta de “evidente menosprecio” de los derechos de su cliente, todo lo cual ha proseguido durante el proceso judicial, sin que se asuma la responsabilidad que impone toda convención en orden a la necesidad de “honrar la palabra empeñada” (cons. IX).

La sentenciante para hacer lugar a la multa civil, optó por la postura doctrinaria restringida, que es aquella que entiende que los daños punitivos no proceden ante el mero incumplimiento de una obligación legal o contractual, sino que la pauta que el Juez debe valorar en el caso concreto es la “actitud subjetiva del dañador”, que se traduzca en el dolo o culpa grave y que consista en un menosprecio hacia los derechos del consumidor.

El fallo fue recurrido y se planteó en el recurso la inconstitucionalidad de los daños punitivos, sosteniendo que por su carácter punitivo, son propios del derecho penal y no del derecho civil.

³³ Cam Cuarta de Apel. en lo Civ. y Com. de Córdoba – “Defilippo, Darío Eduardo y otro c. Parra Automotores S.A. y otro s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato - recurso de apelación – Expte. N° 2168020/36”. Sentencia N° 72 de fecha 01/07/2014.

El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba además de confirmar el fallo de la Cámara de Apelaciones, rechazó el planteo de inconstitucionalidad, con similares argumentos a los del caso “Alu c. Banco Columbia S.A.”.

A su vez, sostuvo que los daños punitivos son parte del derecho protectorio con rango constitucional que ampara los derechos del consumidor y agregó:

Cabe admitir que la función de penalizar, en principio, sólo está reservada al Derecho Penal, pero el instituto de que se trata que contempla una sanción punitiva, no se corresponde necesariamente con el derecho ni el proceso penal, no advirtiendo inconveniente en su carácter de multa civil de emplazarla en la esfera privada (cons.V)³⁴.

Estos son algunos de muchos de los fallos que existen en la actualidad y los que encontramos más relevantes en la materia.

De su análisis, se advierte la amplia labor jurisprudencial con relación al daño punitivo.

Las pautas que tomaron en cuenta los Jueces para resolver la procedencia, aplicación, graduación de la multa civil, y sobre todo la constitucionalidad del instituto, a pesar de los defectos de redacción que contiene la norma, sirven de base en la actualidad para delinear los límites y alcances del art. 52 bis.

Si bien entendemos razonables algunos de los fundamentos expuestos por quienes sostienen la inconstitucionalidad del daño punitivo en nuestro sistema de derecho, del estudio de ambas posturas y el análisis de los fallos, compartimos con la mayoría de la doctrina la constitucionalidad de la multa civil.

Y dentro de esta línea, para que el Juez aplique los daños punitivos, debemos estar frente a una conducta grave del proveedor y no un mero incumplimiento legal y contractual, coincidiendo con la postura “restringida”.

³⁴ TSJ Córdoba – Sala Civil y Comercial “Defilippo, Darío Eduardo y otro c. Parra Automotores S.A. y otro s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato - recurso de casación e inconstitucionalidad”. [AR/JUR/25136/2016]. LLC 2016 (julio), 4.

Capítulo IV

La multa civil, pautas para su procedencia y estimación

IV.1 El sujeto pasivo:

Ya determinamos la legitimación activa, ahora es necesario dejar aclarado quien es el legitimado pasivo del daño punitivo, es decir, el proveedor.

Conforme el art. 2 de la ley 24.240, proveedor es:

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 marcas, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. No están comprendidos en la 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 ofrecimiento³⁵.

Este punto no reviste mayores controversias, salvo en el caso de pluralidad de proveedores, donde la responsabilidad es solidaria, lo que será objeto de análisis en otro punto de este Capítulo.

Solo corresponde hacer una salvedad con relación al Estado como legitimado pasivo de la multa civil.

El art. 1 de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, en su último párrafo establece que: “la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”³⁶.

Del texto de la norma surge que la sanción pecuniaria disuasiva no es aplicable al Estado; todo ello, en el contexto de una ley que limita la responsabilidad estatal a los casos allí establecidos y excluye la aplicación del Código Civil y Comercial de la

³⁵ Art. 2 Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 modificado por ley 26.994 - B.O. 08/10/2014.

³⁶ Art. 1 Ley 26.944 –Responsabilidad del Estado B.O. 08/04/2014.

Nación, determinando que en los casos de responsabilidad del Estado será de aplicación el derecho administrativo nacional o local.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que la sanción pecuniaria disuasiva fue eliminada del Código Civil y Comercial de la Nación, corresponde preguntarse ¿a qué se refiere dicha prohibición legal?.

Al respecto hay dos posturas, la primera entiende que hay un error de redacción en el texto de la norma y que la limitación se refiere a las *astreintes* o sanciones conminatorias. Y la segunda, no cree en el error y sostiene que efectivamente no procede la sanción por daños punitivos contra el Estado, si bien se eliminó la sanción pecuniaria disuasiva, la prohibición continúa vigente en relación al art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (Lorenzetti, 2015).

En el caso que la interpretación acertada fuera la segunda, la legitimación pasiva se vería limitada a los proveedores de naturaleza privada ya que el Estado no podría ser condenado con multas civiles, creando situaciones jurídicas de desigualdad ante la ley.

Es decir, si la conducta reprochable proviene de un particular la multa sería procedente, mientras que si proviene del Estado, no lo sería.

Aun no hay pronunciamientos jurisprudenciales con relación al tema, pero recordemos que en el caso de la prohibición de aplicar *astreintes* al Estado, la mayoría de la doctrina sostuvo la inconstitucionalidad de dicha limitación, con fundamento en que lesiona el acceso a la jurisdicción y afectan el derecho de defensa en juicio, a la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad (Lorenzetti, 2015).

Coincidimos desde ya por minoritaria que fuere, con la postura que sostiene el error de redacción de la norma, por ser la más favorable al consumidor (art. 3 LDC).

VI.2 ¿Simple incumplimiento del proveedor o conducta subjetiva del dañador?

Esta es la más controvertida y la más relevante de las pautas que deberá tener en cuenta el Juez al momento de estimar la procedencia de la multa civil.

En relación a la conducta del sujeto pasivo, el artículo en estudio dice:

Al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales, 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 (...) ³⁷.

A partir de aquí, se plantea el problema más importante para determinar si la multa civil es procedente o no.

Ello dependerá de la literalidad que el Juez le dé al texto del artículo (postura amplia), o de lo contrario, la interpretación restringida que haga del mismo.

Si el Magistrado toma como pauta para la procedencia del daño punitivo el simple incumplimiento de una obligación legal o contractual por parte del proveedor, afirmarnos sin duda a equivocarnos, que en cada relación de consumo truncada que se lleve a los estrados, el Juez deberá hacer lugar a la aplicación de la multa civil.

Ello es así, ya que el mero incumplimiento legal o contractual puede traducirse tanto en la mínima demora en la prestación del servicio o entrega del producto, como en el incumplimiento total, definitivo y malicioso por parte del proveedor. Así, el abanico de posibles incumplimientos se torna infinito e inimaginable.

Stiglitz y Pizarro (2009) entre otras apreciaciones que hacen de la norma sostienen que resultaría poco serio, aplicar la multa frente a cualquier incumplimiento o ilícito, ya que atentaría contra la esencia misma de la figura.

Esta fue la postura que se adoptó en el *leading case* “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica Argentina S.A.” ³⁸ y en el fallo de primera instancia del caso “Teijeiro o Teigeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.” ³⁹

Asumir que el simple incumplimiento es pauta suficiente para que proceda el rubro reclamado en concepto de daño punitivo, tal como lo requiere el art. 52 bis, significa pensar que el carácter excepcional de la figura no será tal y que su aplicación

³⁷ Art. 52 bis Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 incorporado por ley 26.361 – B.O. 07/04/2008.

³⁸ Juzg. Civ. y Com. N° 8, Mar del Plata, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica Argentina S.A.”. 24/02/09 s/ Reclamo contra actos de particular. Sumarísimo. Expte. 20.338/08..

³⁹ Juzg. 1° Inst. Civ. y Com. 5ª Nom. Córdoba, “Teijeiro o Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.” 23/03/2011. [AR/JUR/12898/2011].

procederá en la mayoría de los casos, desnaturalizando sus funciones de sanción punitiva y disuasiva.

Este es el aspecto más criticado por la doctrina y donde los juristas que sostienen su inconstitucionalidad atacan más fuerte; critican la ausencia de tipicidad formal, sosteniendo que deberían requerirse como presupuestos o pautas de procedencia: la existencia de daño, factor de imputación subjetivo, gravedad de la conducta y situación particular del dañador (Junyent Bas y Garzino, 2011).

Ante la falta de estos requisitos o pautas de estimación por parte de la norma, la doctrina y la jurisprudencia fueron restringiendo la amplitud del art. 52 bis y reinterpretándolo a fin de evitar caer en la aplicación corriente y desmedida de la multa ante el simple incumplimiento por parte del proveedor de una obligación legal o contractual.

De esta forma, en contraposición a la tesis amplia, se coloca la tesis restringida.

No basta el simple incumplimiento legal o contractual por parte del proveedor, sino que la conducta del infractor debe tener una especial subjetividad, una carga de intención maliciosa, que de no llegar a configurar el dolo, al menos revista un grave menosprecio por los derechos del consumidor.

Así lo sostiene Trigo Represas (2009):

Las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. (párrafo 5°).

El mero incumplimiento de una obligación, si bien genera el deber de reparar el daño causado, nunca puede traducirse en pauta suficiente para que el Juez aplique una sanción.

La multa tiene carácter punitivo por lo que resultaría a todas luces contrario a derecho aplicarla por simple negligencia o como resultado de un factor objetivo de atribución; y en este último caso, sin que se encuentre acreditado que la conducta del

proveedor tiene relación adecuada de causalidad con el riesgo que introdujo en la sociedad.

Junyent Bas y Garzino (2011) van más allá, y sostienen que el Juez además debe estimar como pauta de valoración de la conducta no solo lo reprochable de la misma en el caso concreto, sino también en relación al beneficio o provecho que obtuvo el proveedor con su ejecución.

Requisito que entienden, aún no fue receptado por la jurisprudencia ya que en la mayoría de los casos se hizo lugar a la multa por daño punitivo teniendo en cuenta solo la conducta antisocial reprochable y vejatoria del condenado.

La pauta de estimación brindada en este punto por la norma, es claramente insuficiente para el Juez.

Hacer lugar a la multa por el simple incumplimiento de una obligación legal o contractual reviste una inseguridad jurídica de dimensiones incalculables.

El juzgador deberá interpretar el Art. 52 bis de modo restringido, teniendo en cuenta la especial intención del agente, la que tendrá que traducirse en el incumplimiento intencional del proveedor o al menos desaprensivo de los derechos del consumidor.

Esto es lo que sostuvo la Cámara en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación de Córdoba en el fallo Teijeiro cuando determino que no puede aplicarse la multa al proveedor por su simple calidad de tal, y rechazo la procedencia del daño punitivo con estos fundamentos:

“para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor, no basta la acreditación de las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad del proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de tal gravedad que torne conveniente adoptar esa medida excepcional”⁴⁰

⁴⁰ Cam. Apel. Civ. y Com. de 3ª Nom, Córdoba, “Teijeiro o Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, 17/04/2012. RCyS 2012-V, 160.

La conducta del proveedor debe ser agravada, revestir en el particular un menosprecio o indiferencia por los derechos del consumidor.

Al ser el art. 52 bis una norma laxa, el Magistrado deberá necesariamente adoptar posición en cuanto a la apreciación literal o restrictiva del texto.

De optar por la postura amplia, caerá en la aplicación corriente y desmedida de la norma, con grave riesgo de punición excesiva.

Siempre será conveniente optar por la teoría restrictiva, estimar y valorar la conducta del incumplidor en el caso particular.

IV.3 Conductas típicas ante las que procede la multa.

En este sentido, la misma ley prevé casos particulares en los cuales procede la multa civil. El art. 8 bis de la ley 24.240, impone al proveedor el deber de trato digno y prohíbe las prácticas abusivas.

Los proveedores de bienes y servicios deben garantizar las condiciones de trato equitativo y digno, abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias; a su vez, no deben ejercer diferenciación alguna con extranjeros, previendo que en todos estos casos además de las multas que pudieren corresponder, serán pasibles de la multa civil prevista en el art. 52 bis⁴¹.

Si bien el artículo del daño punitivo conforme lo reproduce la norma, no brinda mayores pautas para estimar la conducta del proveedor; de un estudio integral de la ley especial, surge que frente a ciertas conductas tipificadas por la norma, la multa es procedente.

Estas deben traducirse en el trato indigno, condiciones vergonzantes, vejatorias o discriminatorias.

⁴¹ Art. 8 bis Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 incorporado por ley 26.361 – B.O. 07/04/2008.

Si analizamos los casos en los cuales se dan estas inconductas específicas, advertimos que no se tratara de simples incumplimientos legales o contractuales, sino que requieren una subjetividad de parte del agente dañador que va más allá de la mera negligencia.

Del estudio de algunos casos particulares, vemos el de una empresa de transportes que fue condenada por el incumplimiento intempestivo del contrato, abandonando a una pasajera por dos días en el extranjero.

Es el fallo “De Los Ríos c. Autotransporte Andesmar S.A.”, donde la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy consideró que la empresa de transportes vulneró el deber de información y trato digno en los términos de los arts. 4 y 8 bis de la ley 24.240, al suspender repentinamente uno de sus viajes, sin previo aviso a la actora, quien como consecuencia de ello tuvo que permanecer dos días en un país extranjero, sin recursos para afrontar gastos inesperados.

La cámara condenó a la demandada a la indemnización por daño directo, daño moral y aplico una multa por daño punitivo por la suma \$10.000 (idéntico al monto del rubro daño moral)⁴².

En el caso “Rueda c. Claro AMX”, se condenó a la demandada por daños punitivos, por la negativa reiterada de reconocer el servicio técnico del celular de propiedad de la actora, argumentando que la misma no abonaba ciertos conceptos pendientes; se advirtió que la peticionante concurrió a los locales comerciales y efectuó reiterados reclamos telefónicos sin recibir respuesta o de recibirlas las mismas eran evasivas⁴³.

Si bien los casos comentados son distintos, en ambos los fundamentos de los Jueces se basaron en la tipificación legal que prevé el art. 8 bis de la ley especial.

⁴² Cam. Civil y Comercial Jujuy – Sala II – “De Los Ríos, Marta Susana c/ Autotransporte Andesmar S.A. s/ acción emergente de la ley del consumidor” [AR/JUR/641/2014]. LL NOA 2014 (abril), 333.

⁴³ Cam. Civil y Comercial Rosario – Sala 2 – “Rueda, Daniela c/ Claro AMX Argentina S.A.”. 29/07/2010.

La aplicación de la multa por daño punitivo en los casos de prácticas abusivas o falta de trato digno, no traerá mayores complicaciones para el Juez, ya que las conductas y requisitos de su procedencia están tipificados en el art. 8 bis.

En cambio, en los demás casos resulta fundamental la valoración de la conducta del proveedor para poder estimar la procedencia del daño punitivo.

Y al no contar con suficientes pautas para la estimación del incumplimiento legal o contractual conforme la redacción vigente, el Juez debe recurrir a otras normas y principios del ordenamiento jurídico, salvo en aquellos casos específicos donde la misma ley tipifica las conductas, como la violación de los principios de trato equitativo y digno o el ejercicio de prácticas abusivas, que expresamente habilitan a la aplicación de la multa.

IV.4 Graduación de la multa por el Juez.

Una vez determinada la existencia de la conducta disvaliosa, en pos de continuar con la construcción lógica que implica aplicar una sanción, el Juez debe graduar el monto de la misma.

Al ser una multa civil, la misma tiene carácter patrimonial, por lo cual debe traducirse en una suma de dinero.

Conforme las pautas que propone el artículo, la misma *“se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”*.

Se debe diferenciar “la gravedad del hecho” (que en la mayoría de los casos analizados es valorada por el Juez); de las “demás circunstancias del caso”, frase que amplía nuevamente las pautas de interpretación a tener en cuenta por el Magistrado, ya que se traduce en un sin número de condiciones que se podrían tener en cuenta para la graduación de la multa.

Estas circunstancias a las que se refiere el artículo deberán ser objeto de interpretación restrictiva, respetando el nexo adecuado de causalidad que debe guardar el hecho productor del daño con el perjuicio efectivamente sufrido.

Ello, con fundamento en la causalidad como uno de los presupuesto de la responsabilidad civil por daños prevista en el art. 1726 del C.C.C.N.. Principio fundamental del cual no puede apartarse el juzgador al momento de determinar el daño resarcible.

Con relación a la “gravedad del hecho” hay autores que sostienen que “el daño punitivo tiene la particularidad de que el mal debiera ser equivalente a la mejora indeseablemente lograda por el responsable, articulando de este modo una relación entre el daño causado, la conducta reprochable y la sanción aplicable” (Molina Sandoval, 2008, pag. 76).

Esto respone a una especie de proporcionalidad que debe guardar el daño efectivamente sufrido con la conducta desplegada por el agente, la que deberá ser estimada según la magnitud de su disvalor y arrojará así, el resultado de la sanción aplicable.

En este punto, uno de los autores que más defendió el instituto de los daños punitivos, desde su faz sancionatoria como de la doble función que ocupa si la misma tiene finalidad preventiva, entiende que el art. 52 bis debe interpretarse a partir de una lectura contextualizada y tener presente una serie de “notas típicas”, a saber:

- a) Gravedad de la falta cometida, b) situación particular del dañador y su fortuna personal,
- c) beneficios obtenidos con el ilícito, d) posición de mercado del infractor, e) carácter antisocial de la conducta, f) finalidad disuasiva futura perseguida, g) actitud posterior del demandado, h) número y nivel de empleados comprendidos en la inconducta de mercado, i) sentimientos heridos de la víctima (Pizarro, 1993, p. 283).

Si bien estas “notas típicas”, amplían aún más la figura del daño punitivo, resultan de gran utilidad para el Juez a la hora de la graduación de la multa.

La gravedad de la falta cometida, es la base para la determinación de toda indemnización, y aunque la multa civil no tenga ese carácter, resulta lógico que la misma guarde relación con el perjuicio causado.

A su vez, la situación particular del proveedor, es un elemento fundamental. Si bien la ley no distingue entre categorías de proveedores, no es igual la magnitud del daño causado por un pequeño proveedor de un comercio singular, que la dimensión

que puede tener el perjuicio causado por un proveedor monopólico con una expansión comercial mucho mayor.

Es allí, donde la posición que el dañador ocupe en el mercado jugará un rol fundamental al momento de graduar la multa.

En relación a la proporcionalidad que debe guardar la multa con el perjuicio causado, también será determinante el nivel de ganancias o “beneficios obtenidos con el ilícito”, como así también lo reprochable de la conducta.

No tendrá la misma incidencia social un incumplimiento, que sin dejar de ser grave, responda a los vaivenes propios de los negocios, que aquel que pueda cargar con notas disvaliosas desde el punto de vista moral.

La finalidad disuasiva perseguida y la conducta posterior también se interrelacionan. Si bien la conducta a punir debe serle reprochable al proveedor, su actuar posterior configurará un agravante o un atenuante de dicho incumplimiento.

Es allí, donde el Juez debe estimar cual es la conducta futura que se intenta disuadir con la aplicación de la multa y evaluar qué grado de punición hará que el proveedor desista de reproducirla nuevamente.

Con relación al número de empleados comprendidos en la conducta de mercado, la nota típica apunta a la magnitud e impacto social que la misma tuvo en la sociedad.

Se deberá valorar en igual sentido que las demás, ya que no es lo mismo punir una falta o incumplimiento particular que una con dimensiones expandidas dentro de la sociedad.

Por último, los sentimientos heridos de la víctima son un parámetro del cual el Magistrado no puede alejarse. No porque los daños punitivos requieran la valoración de lo emocional y subjetivo de la víctima como algo extra de lo cual debe valerse el juzgador, sino porque al igual que la gravedad de la falta cometida son presupuestos básicos a la hora de cuantificar el daño.

Todas estas notas típicas, a su vez coinciden en su mayoría con las pautas para la graduación de sanciones administrativas que establece el art. 49 de la Ley de Defensa del Consumidor:

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) años⁴⁴.

Estos parámetros se encuentran en la ley especial a continuación del artículo que establece cuales son las sanciones administrativas que se aplicarán en caso de incumplimiento, pero en una interpretación armónica de la materia, estas servirán también de base al Juez para la graduación de la multa civil.

Piedecosas (2011) sostiene que estas pautas que brinda el art. 49 de la Ley de Defensa del Consumidor, si bien refieren a la graduación de multas de otra índole, autorizan al Juez a ponderar el grado de intencionalidad y otras circunstancias que permiten graduarla, a fin de no recurrir a postulaciones de derecho comparado carentes de efectos en el sistema vigente de nuestro país.

Más allá de estas notas típicas, en la mayoría de los casos, para graduar el monto de la multa civil, las pautas de las que se vale el Juez, se reducen a estimar los beneficios económicos obtenidos por el dañador con la producción de la conducta disvaliosa.

Es el ejemplo del derecho comparado, cuando los autores citan con frecuencia el famoso caso "*Grimshaw c. Ford Motors Co.*" conocido como el "caso Ford Pinto", en el cual, el vehículo de la marca se incendiaba con frecuencia provocando graves quemaduras a una niña. Otro, es el de "*Anderson c. General Motors*", donde también se produjeron quemaduras a los usuarios del modelo Chevrolet Malibú.

⁴⁴ Art. 49 Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 modificado por ley 26.994 - B.O. 08/10/2014.

En ambos casos, los vehículos contenían defectos de fabricación conocidos por sus productores, pero resultaba más barato indemnizar a los damnificados por los daños sufridos, que cambiar el diseño de fabricación del producto o reparar los que ya se encontraban en circulación (Junvent Bas, Molina Sandoval, Garzino, Herrera Querro, 2013).

En términos similares, en antecedentes nacionales la jurisprudencia local aplicó daños punitivos en la causa “Navarro c. Gilpin” diciendo que:

Se intenta evitar que esa conducta que aparezca reprobada pueda ser reincidente, con más razón si se detecta que a la infractora le resulta más beneficioso económicamente indemnizar a aquellos damnificados que puntualmente han reclamado la aplicación de la ley, que desistir de su práctica lesiva⁴⁵.

Estos son los ilícitos lucrativos, donde muchas veces los proveedores tienen conocimiento cierto del daño que causan a los consumidores con sus productos y sin embargo, el nivel de ganancias o los beneficios económicos obtenidos son mayores que las pérdidas que representan las indemnizaciones a los usuarios.

Entre estos cálculos, estiman también la posibilidad de que no todos los consumidores afectados inicien acciones legales o reclamen los perjuicios sufridos, lo que aumenta los beneficios de los proveedores especuladores.

En estos casos, el Juez no puede alejarse de la pauta para valorar, graduar y cuantificar la multa civil.

Debe determinar proporcionalmente el monto de la multa con la magnitud del daño causado y los beneficios obtenidos por el dañador.

Así, “mientras mayor es el incumplimiento y su repercusión sobre el consumidor o usuario, mayor será la multa” (Piedecabras, 2011 p. 427).

⁴⁵ Cam. Civ. y Com. de Córdoba – 3ª Nom. “Navarro, Mauricio José c. Gilpin Nash, David Ivan s/ abreviado. Cumplimiento Resolución de Contrato”. Expte. 1745342/36, sentencia 181, de fecha 27/10/2011.

IV.5 La responsabilidad solidaria en el daño punitivo.

Para los casos en los que intervenga más de un proveedor, el art. 52 bis prevé: *“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”*.

No debe confundirse la responsabilidad solidaria prevista en el Art. 40 de la ley de defensa del consumidor con la prevista en el artículo 52 bis.

La primera se refiere a la responsabilidad por daños causados al consumidor por el riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio, haciendo responsables de forma extensiva y solidaria al productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor y vendedor que haya puesto su marca en la cosa o servicio. En el caso del transportista responde por los daños ocasionados con motivo o en ocasión del servicio⁴⁶.

En estos casos el factor de atribución es objetivo. A su vez, el principio general en materia consumeril es el de la responsabilidad objetiva del proveedor por los daños causados al consumidor, así lo establece el art. 5 de la ley que prevé que las cosas y servicios deben ser prestados de forma tal que no presenten peligro alguno para la salud e integridad física de los consumidores⁴⁷.

Este es el deber de seguridad y garantía que pesa sobre el proveedor y por el que responde objetivamente.

Schwartz (2016) sostiene y lo establece el derecho vigente, que en estos casos, solo se podrá liberar de responsabilidad si demuestra que la producción del daño le ha sido ajena (art. 1722 del C.C.C.N.). Lo que logrará acreditando la ruptura del nexo causal, ya sea por el caso fortuito o fuerza mayor (art- 1730 del C.C.C.N.); el hecho del damnificado, también conocido como culpa de la víctima (art. 1729 del C.C.C.N.); o por el hecho de un tercero por quien no debe responder (que debe reunir las características del caso fortuito, art. 1731 del C.C.C.N.).

⁴⁶ Art. 2 Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 modificado por ley 24.999 - B.O. 30/07/1998.

⁴⁷ Art. 5 Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993.

Distinto es el caso del art. 52 bis, donde habrá responsabilidad solidaria siempre que se acredite la “coactuación” de los agentes que integran esa cadena de producción en relación al hecho dañoso que se intenta castigar con la aplicación de la multa. (Junyent Bas y Garzino, 2011).

Si bien el principio general en el derecho consumeril es la solidaridad de todos los proveedores que intervengan en la cadena productiva, en la aplicación del daño punitivo, el Juez debe contar con la prueba de las conductas reprochables de cada uno de los responsables en forma separada.

La multa civil tiene carácter punitivo y sancionatorio, lo que lleva implícita la necesidad de determinar y diferenciar entre la pluralidad de proveedores, cuáles son las conductas calificadas por el dolo o la culpa grave.

De esta manera, el factor de atribución para la aplicación de la multa civil es subjetivo. Lo que resulta coherentes si se requiere para su procedencia, de una conducta disvaliosa del agente, un reproche subjetivo de quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor.

Junvent Bas, Molina Sandoval, Garzino y Heredia Querro (2013) dicen que este reproche subjetivo se relaciona directamente con el concepto de dolo del art. 1724 del C.C.C.N. “El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos⁴⁸”

Establecida la diferencia entre la responsabilidad solidaria prevista en uno y otro artículo, en caso de pluralidad de proveedores, el Juez para aplicar la multa civil no puede limitarse a hacerla extensiva a todos los que intervienen en la cadena productiva, como en los casos de daño directo.

Debe tener en cuenta la conducta desplegada por cada uno de ellos, la que a su vez, valorada individualmente, debe contener la carga de reproche subjetivo que requiere la norma, o al menos hoy, la doctrina mayoritaria.

Trigo Represas (2009), sostenía que para que la responsabilidad sea solidaria hace falta “algo más”, no basta el mero reproche a los responsables, sino que deben

⁴⁸ Art. 1724 - Ley 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación B.O. 08/10/2014.

configurarse en cada uno de los sujetos, las exigencias de procedencia de la punición; es decir que la conducta descalificante se presente en el actuar de cada uno de ellos, lo contrario implicaría una injusticia.

En caso de que la aplicación de la multa sea solidaria, el mismo artículo contempla la posibilidad de una acción de regreso entre los proveedores responsables.

Para que esta proceda, debe determinarse el grado de responsabilidad que cada uno de los responsables solidarios tuvo en el hecho; por lo cual, de una u otra forma si no se hizo con anterioridad, habrá que probar en esta instancia posterior, el nivel de incidencia y grado de reproche subjetivo que tuvo cada proveedor en la conducta que dio origen a la multa.

IV.6 El tope máximo de la multa – art. 47 inc. b) de la ley 24.240.

Para finalizar, el art. 52 bis establece un tope al monto de la multa, el cual no podrá ser superior al establecido en el art. 47 inc. b) de la Ley de Defensa del Consumidor, el cual establece:

Sanciones: Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso: a)..., b) Multa de PESOS CIEN (\$100) a PESOS CINCO MILLONES (\$5.000.000)...”⁴⁹

Éste tope, mereció críticas, con argumento en que algunas veces puede resultar ínfimo para el cumplimiento del fin perseguido por la norma en casos de especial gravedad, ya que no se concretaría la finalidad preventiva y disuasiva de la multa civil (Pizarro, 2011).

La naturaleza de la multa responde a dos aspectos: castigar y disuadir la conducta reprochable.

⁴⁹ Art. 47 inc. b) Ley 24.240 – Defensa del Consumidor B.O. 15/10/1993 modificado por ley 26.361 – B.O. 07/04/2008.

Con lo cual, el tope significa un límite para lograr esos objetivos, ya que muchas veces, la conducta maliciosa o socialmente indeseable del proveedor, puede alcanzar beneficios económicos inimaginables.

En este sentido, la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca en el fallo “Castelli c. Banco de Galicia y Buenos Aires” fundamenta:

El quid de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas⁵⁰.

En los casos de ilícitos lucrativos en los que resulta menos costoso reparar los daños causados a las víctimas que modificar los modelos productivos; o en los llamados “microdaños”, donde la magnitud del perjuicio causado individualmente a un consumidor resulta prácticamente irrelevante, pero sumado al inmenso número de consumidores o usuarios, los beneficios obtenidos por el proveedor infractor llegan a ganancias incalculables, el tope de \$5.000.000 previsto por el artículo, perderá sentido a los fines sancionatorios y disuasivos.

Irigoyen Testa (2010) entiende que los topes que limitan a los daños punitivos son innecesarios y en su caso servirán para resolver problemas de ilícitos menores pero impiden solucionar los de mayor gravedad, que requieren una sanción extraordinaria.

Otro problema que presenta la existencia de este tope, que además es fijo, es decir \$5.000.000, es la inflación creciente característica de nuestro país.

Ese tope en el año 2008, cuando se incorporó el art. 52 bis a la Ley de Defensa del Consumidor tenía un sentido y un valor económico, hoy tiene otro mucho menor y con el correr de los años se ira depreciando como todo monto fijo, que si no es actualizado pierde valor económico por el devenir propio de las consecuencias inflacionarias.

⁵⁰ Cam. 1º de Apel. en lo Civ. y Com. Sala 2 – Bahía Blanca “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.” s/ nulidad de acto jurídico. Expte. N° 141.404. de fecha 28/08/2014.

La fijación de un tope es innecesaria y limita al Juez en la determinación del monto, ya que no brinda una pauta útil para su estimación, sino solo un límite que en caso de daños de gran magnitud termina privando al instituto de su finalidad disuasiva.

La “sanción pecuniaria disuasiva”, del art. 1714 del Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial y la propuesta de modificación del art. 52 bis, no contemplaban este tope que el texto vigente conserva.

Para finalizar podemos concluir a modo de resumen final del capítulo, en que el legitimado pasivo es el proveedor.

A pesar de la insuficiencia de pautas con las que cuenta el Juez para estimar la procedencia de la multa, la conducta del proveedor debe ir más allá del simple incumplimiento legal o contractual y debe contener una carga subjetiva que permita ser encuadrada en una falta grave o al menos desaprensiva de los derechos del consumidor.

Para la graduación de la multa, es fundamental estimar la magnitud del daño causado por el proveedor y los beneficios obtenidos producto del ilícito; lo que deberá guardar una debida proporción.

En caso de pluralidad de proveedores, para hacerla extensiva a todos aquellos que intervinieron en la cadena productiva, debe acreditarse ese reproche subjetivo, en la conducta de cada uno de ellos; de otro modo, la responsabilidad solidaria resultaría injusta. Sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieran corresponder.

Con relación al tope previsto, debe el Juez mantenerse dentro de los límites del art. 47 inc b), a pesar de lo insuficiente que pueda resultar.

Este será un parámetro que no podrá modificar por ser una disposición de derecho vigente; al menos, hasta que llegue la tan ansiada reforma normativa, como intento hacerlo la “sanción pecuniaria disuasiva”.

Conclusiones Finales.

Los daños punitivos son una figura de aplicación jurisprudencial extranjera, en principio extraña a nuestro sistema de reparación de daños, el cual en la actualidad no contempla a la función sancionatoria como una de las funciones del derecho de daños.

Es una multa civil que aplican, estiman, valoran y gradúan los Jueces.

Su finalidad es punitiva y disuasiva. Tiene carácter accesorio y se suma a los demás rubros indemnizatorios pero no tiene naturaleza compensatoria.

Conforme a la redacción actual del art 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, las pautas con las que cuenta el Juez para estimar los supuestos de incumplimiento legal o contractual que hacen procedente la multa civil, son insuficientes.

Existen conductas tipificadas por la ley especial ante las que procede la multa civil, como las prácticas abusivas o el trato indigno del art. 8 bis.

El simple incumplimiento de una obligación legal o contractual por parte del proveedor nunca puede ser requisito suficiente para que proceda la multa civil.

El factor de atribución para la aplicación de la multa civil es subjetivo, en consecuencia, acreditado el incumplimiento de una obligación legal o contractual, se requiere además, de una conducta disvaliosa del agente, un reproche subjetivo de quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor.

A pesar de los defectos de redacción que contiene la norma, la interpretación jurisprudencial para resolver la procedencia, aplicación, graduación de la multa y sobre todo la constitucionalidad del instituto, sirven de base en la actualidad para delinear los límites y alcances del art. 52 bis.

Su fórmula no es inconstitucional, pero su aplicación y valoración deben ser de interpretación restringida ya que su utilización corriente desvirtuaría la finalidad de la figura.

El Juez en el caso particular, debe adoptar un criterio prudencial debidamente fundado que respalde la toma de posición en cada uno de los puntos a tener en cuenta para su procedencia y graduación.

En caso de pluralidad de proveedores, debe tener en cuenta la conducta desplegada por cada uno de ellos; la que a su vez, valorada individualmente, debe contener esa carga de reproche subjetivo para que resulten responsables solidarios por los daños punitivos causados al consumidor.

A la hora de su graduación, se debe valorar la reprochabilidad de la conducta socialmente disvaliosa y el beneficio económico obtenido por el proveedor.

Es sumamente relevante la magnitud y proyección del daño causado, no es lo mismo punir una falta o incumplimiento particular que una con dimensiones expandidas dentro de la sociedad.

El tope previsto en el artículo, resulta innecesario y en casos de ilícitos económicos de gran magnitud, esté limita al Juez y evita que la multa impuesta cumpla con su finalidad punitiva y disuasoria.

Más allá de las críticas que la figura merece, representa una conquista para los defensores del derecho del consumidor y brinda una herramienta de gran utilidad y prevención, sobre todo para el desmantelamiento de los ilícitos lucrativos y los “microdaños” de las grandes empresas proveedoras de bienes y servicios.

Por último, no debemos perder de vista que el más alto Tribunal de la República, aún no se expidió sobre la materia, por lo que todavía queda abierta la puerta para que los detractores del instituto confirmen su teoría de la inconstitucionalidad; o en caso contrario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recorte con un fallo ejemplar la laxitud del artículo 52 bis y aclare el panorama, hasta tanto llegue la tan esperada reforma normativa, como intentó hacerlo la “sanción pecuniaria disuasiva”.

Bibliografía.

❖ **Doctrina**

- ALVAREZ LORRONDO, F. M. (2014). *La tesis restrictiva en daños punitivos. Necesidad Probatoria.* (30/04/2014, 7). [AR/DOC/1421/2014]. LA LEY 2014-C, 54.
- ARIAS CAU, E. J. y GARZINO, M. C. (2014). *Una nueva polémica sobre la legitimación de las asociaciones de consumidores y el daño punitivo.* [AR/DOC/1714/2014]. DCCyE 2014 (junio), 02/06/2014, 136.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. H. (1994). *Los llamados “daños punitivos” son extraños nuestro sistema de responsabilidad civil.* LA LEY, 1994-B-860.
- CHAMATROPULOS, D. A. (2009). *Los Daños Punitivos en la Argentina. Legislación. Jurisprudencia. Doctrina.* Buenos Aires: ERREPAR S.A.
- FURLOTTI, S. (2010). *Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 bis de la ley 24.240.* [AR/DOC/6809/2010]. LL Gran Cuyo2010 (Octubre), 819.
- GALDOS, J.M. (2014). *Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el Código Civil y Comercial de la Nación.* [AR/DOC/3839/2014]. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014,137.
- IRIGOYEN TESTA, M. (2010). *El tope apropiado de los daños punitivos.* [AR/DOC/7136/2010]. RCyS2010-XI, 48.
- JUNVENT BAS, F. A.; MOLINA SANDOVAL, C. A.; GARZINO, M. C. y HEREDIA QUERRO, J. S. (2013). *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada, anotada y concordada.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ERREPAR S.A.
- JUNYENT BAS, F. A. y GARZINO, M.C. (2011). *Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino.* DIARIO LA LEY, tomo LWWV-239, 2011-12-19.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. (1994). *¿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. Segunda Época, Año XXXVIII, Numero 31, 1993, p. 71 a 128.
- LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo 8 (Arts. 1614 a 1881)*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- MOLONA SANDOVAL, C. (2008). *Derecho de consumo*. Córdoba: Advocatus.
- PICASSO, S. (2014). *Objeto extraño en una gaseosa y los “daños punitivos”*. LA [AR/DOC/2140/2014]. LA LEY 2014-D, 24.
- PICASSO, S. (2015). *Las Funciones del Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Publicado en: RCyS 2015 – IV, 5. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Las-funciones-del-derecho-de-da%C3%B1os-por-Picasso.pdf>.
- PIEDECASAS, M. A. (2011). La prueba en relación con los “daños punitivos”. MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R. L. (Eds.). *Daños Punitivos*. (pp. 421-433). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- PIZARRO R. D. (2011). ¿Sirven los daños punitivos tal como están regulados en la ley de defensa del consumidor?. MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R. L. (Eds.). *Daños Punitivos*. (pp. 435 – 441). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- PIZARRO, R. D. (1993). *Daños Punitivos*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. y BUERES, A. J. (directores). *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Felix A. Trigo Represas*, segunda parte, p. 283 - 337. Buenos Aires: La Rocca.
- PIZARRO, R. D. (1996). *Daño moral. Prevención/Reparación/Punición*. Buenos Aires: HAMMURABI.

- STIGLITZ, G. A. (2014). *Indemnizaciones punitivas. Consumidores y ciudadanía*. [AR/DOC/1995/2014]. RCyS2014-VII,7.
- STIGLITZ, G. A. y PIZARRO, R. D. (2009). *Reformas a la ley de defensa del consumidor*. LA LEY, 2009-B, 949.
- TRIGO REPRESAS, F. A. (2009). *Desafortunadas innovaciones en punto a la responsabilidad por daños en la ley 26.361*. [AR/DOC/4238/2009]. LA LEY 26/11/2009, 26/11/2009,1.
- TRIGO REPRESAS, F. A. y LOPEZ MESA, M. (2004) *Tratado de responsabilidad Civil*. Tomo 1. Buenos Aires: LA LEY.
- WAJNTRAUB, J. H. (2011). El destino del monto derivado de la imposición de daños punitivos. MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R. L. (Eds.). *Daños Punitivos*. (pp. 399 – 420). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- ZARINI, H. J. (2004). *Constitución Argentina. Comentada y Concordada. Texto según reforma de 1994 (3° reimpresión)*. Buenos Aires: ASTREA.
- ZAVALA DE GONZALEZ, M. (2011). *Función preventiva de daños*. LA LEY 03/10/2011, 1.

❖ **Legislación**

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Dictamen de Comisión del Honorable Congreso de la Nación - Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de: <http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf>
- Ley 24.240 – Defensa del Consumidor y sus modificatorias.

- Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – Redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>

❖ **Jurisprudencia**

- C.S.J. Bs.As. “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica Argentina S.A.” 06/11/2012, RCyS 2013 – V, 82.
- C.S.J. Tucumán “Alu, Patricio Alejandro c/ Banco Columbia S.A. s/ Sumarísimo (Residual) – recurso de casación”. 22/04/2013. [AR/JUR/12132/2013]. La ley 26/06/2013, 15 –DJ31/07/2013,22 – LLNOA 2013 (agosto),777.
- Cam Cuarta de Apel. en lo Civ. y Com. de Córdoba – “Defilippo, Darío Eduardo y otro c. Parra Automotores S.A. y otro s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato - recurso de apelación – Expte. N° 2168020/36”. Sentencia N° 72 de fecha 01/07/2014.
- Cam. 1° de Apel. en lo Civ. y Com. Sala 2 – Bahía Blanca “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.” s/ nulidad de acto jurídico. Expte. N° 141.404. de fecha 28/08/2014.
- Cam. Apel. Civ. y Com. de 3ª Nom. Córdoba, “Teijeiro o Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, 17/04/2012. RCyS 2012-V, 160.
- Cam. Apel. Civil y Comercial de Tucumán – Sala II “Alu, Patricio Alejandro c/ Banco Columbia S.A. s/ sumarísimo (residual)”. 28/02/2012. [AR/JUR/1579/2012]. LLNOA2012 (mayo),433.
- Cam. Civ. y Com. de Córdoba – 3ª Nom. “Navarro, Mauricio José c. Gilpin Nash, David Ivan s/ abreviado. Cumplimiento Resolución de Contrato”. Expte. 1745342/36, sentencia 181, de fecha 27/10/2011.

- Cam. Civ. y Com. de Jujuy – Sala II – “De Los Ríos, Marta Susana c/ Autotransporte Andesmar S.A. s/ acción emergente de la ley del consumidor” [AR/JUR/641/2014]. LL NOA 2014 (abril), 333.
- Cam. Civ. y Com. de Rosario – Sala 2 – “Rueda, Daniela c/ Claro AMX Argentina S.A.”. 29/07/2010.
- Cam. Nac. Com. - Sala D – “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer c. Garbarino S.A.I.C. s/ Ordinario”. 08/11/2013. [AR/JUR/783623/2013]. La Ley Online.
- CApel. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica Argentina S.A.” 27/05/2009. L.L. 2009 – C, 647.
- Juzg. 1º Inst. Civ. y Com. 5ª Nom. Córdoba, “Teijeiro o Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.” 23/03/2011. [AR/JUR/12898/2011].
- Juzg. Civ. y Com. Nº 8, Mar del Plata, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica Argentina S.A.”. 24/02/09 s/ Reclamo contra actos de particular. Sumarísimo. Expte. 20.338/08.
- TSJ Córdoba – Sala Civil y Comercial “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. s/ abreviado – otros – recurso de casación” (15/04/2014). [AR/JUR/6030/2014]. LA LEY 30/04/2014, 7 2014-C, 50.
- TSJ Córdoba – Sala Civil y Comercial “Defilippo, Darío Eduardo y otro c. Parra Automotores S.A. y otro s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato - recurso de casación e inconstitucionalidad”. [AR/JUR/25136/2016]. LLC 2016 (julio), 4.