



AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

*Profesora titular de Derecho Privado IV (Familia)
Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza, Argentina)*

BREVES REFLEXIONES SOBRE LOS MAL LLAMADOS “DAÑOS PUNITIVOS” EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA Y EL FALLIDO INTENTO DE SU INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2014

SUMARIO: 1. Preliminares. La normativa. – 2. La jurisprudencia publicada. – 3. La prueba incorporada. – 4. Tipo de procedimiento en el que se discute el derecho del consumidor. – 5. Legitimación de las asociaciones. – 6. La aplicación de la ley en el tiempo. – 7. La determinación de los montos (por el actor, al demandar y por el juez, al dictar sentencia). – 8. La fallida incorporación de las sanciones pecuniarias disuasivas al proyecto de código civil y comercial de la nación. A) Preliminares. Fundamentos de la solución; B) Puntualización de algunos aspectos; C) Posición de la doctrina frente a los textos proyectados, posteriormente suprimidos; D) La supresión de la norma y el mantenimiento del art. 52 bis de la ley de protección de los consumidores. – 9. Reflexión de cierre.

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

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

¹ SALVADOR CODERCH, Pablo, *Punitive damages*, en Pantaleón Fernando (a cargo de), *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, ed. Universidad Autónoma y BOE, 2001, pág. 139; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2008, pág. 5. Señalo que en Italia, los tribunales se han negado a ejecutar en el país una sentencia extranjera que prevé daños punitivos con el argumento de que contraría el orden público italiano (Corte d’Appello di Trento, 16/8/2008, Resp. Civil y seguros, año XII, n° 6, Junio 2010, pág. 138, en *Danno e responsabilità*, 2009/1 pág. 92, con comentario de PONZANELLI, Giulio, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell’ordinamento italiano: una nuova vicenda*. El autor recuerda que la solución coincide con la dada por la Corte de Casación italiana el 19/1/2007).

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

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

⁴ TRIGO REPRESAS-LOPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs As., ed. La Ley, 2004, t. I, pág. 557 y ss; PIZARRO, Daniel, *Daños punitivos*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R. y PARELLADA, C., (directores) *Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Félix A. Trigo Represas*, Bs. As., ed. La Rocca, 1993, pags. 287;



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

Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

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

CAMPS, Carlos E., *De los daños punitivos al enriquecimiento sin causa en el derecho civil ambiental*, JA 2001-I-1105; DÍAZ, Juan, Elías, J., y GUEVARA, A., *¿Los daños punitivos aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio*, en JA 2003-II-961; FRÚGOLI, Martín, *Daños punitivos en la amplitud del derecho de daños*, en Rev. Resp. Civil y seguros, año XIV, n° 8, agosto 2012, pág. 69; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *El daño punitivo y la sanción pecuniaria disuasiva. Análisis comparativo de la proyección de una figura resistida hoy consagrada*, en Rev. Resp. Civil y seguros, año XV, n° 10, Octubre 2013, pág. 15; MARTÍNEZ ALLES, María Guadalupe, *¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima*, en Rev. Resp. Civil y seguros, año XIV, n° 5, mayo 2012, pág. 55; MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Daños punitivos en la actividad financiera de consumo*, en Rev. Derecho de Daños, 2013-1-437; Brodsky, Jonathan, *Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores*, en Rev. Lecciones y Ensayos, n° 90, 2012, pág. 277. Por mi parte, en un artículo que escribí HACE una década entendí que no correspondía incorporar los daños punitivos sino otras figuras, como por ej. liquidar los daños por las ganancias obtenidas por el dañador, cuando son superiores a las pérdidas de la víctima (Ver, de mi autoría, *¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXVIII, segunda época, n° 31, 1.993).

⁵ CASTRILLO, Carlos V., *Los daños punitivos en la propiedad intelectual*, en Doc. Jud. Año XXIX, n° 3, enero 2013, pág. 1; del mismo autor, *¿Una tímida condena a daños punitivos en le ropaje de daños y perjuicios?*, en Rev. Responsabilidad civil y Seguros, año XV, n° 8, agosto 2013, pág. 135; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, *Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361*, LL 2008-D-58; del mismo autor, *Un nuevo avance en materia de daños punitivos*, en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año II, n° 3, junio 2011, pág. 115; DIEZ, Bernardo, *Apostillas para la recepción del daño punitivo en nuestra jurisprudencia*, en JA 2010-III-363; CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Bs., As., ed. Errepar, 2009; el autor, incluso, propone alternativas para que la figura tenga mayor aceptación en la jurisprudencia; ver *Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina*, LL 2013-D-1079; para el supuesto específico de la responsabilidad de los auditores, ver, *Los daños a reparar por el auditor. Reparación integral y especial referencia a los daños punitivos*, en Martorell, Ernesto E (director), *Tratado de la responsabilidad de los auditores*, Bs. As., ed. Thomson Reuters, La Ley, 2014, t. II, pág. 489; ANDRADA, Alejandro Dalmacio, *Cómo lograr mayor eficacia, cumplimiento y respeto de la ley 24.240. La acción del Estado*, en Rev. Derecho privado y comunitario 2012-1-261 (aunque reconoce las imperfecciones del texto).

⁶ FERRER, Germán, *La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos*, en LL 2011-F-736 En contra, Cám. de Apelaciones del Noroeste del Chubut – 16/08/2011, elDial.com – AA6F39, publicado el 21/09/2011 para quien los “mal llamados daños punitivos no son contrarios a nuestro sistema



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

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

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

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

jurídico continental” que desde siempre ha reconocido los intereses moratorios, la cláusula penal, la duplicación de la suma dada en arras etc. No se entiende entonces por qué el art. 52 bis de la Ley 24.240 ha causado tan estruendoso rechazo por parte de cierta doctrina”. Por mi parte, replico que son las sanciones civiles las que no son extrañas al sistema, pero sí los daños punitivos.

⁷ BRU, J., y STIGLITZ, G., *Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor*, en RUSCONI, Dante (coordinador), *Manual de derecho del consumidor*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2009, pág. 434 y ss; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2008, pag 362; PICASSO, Sebastián, *Sobre los denominados daños punitivos*, LL 2007-F-1154; MAYO, Jorge, *La inconsistencia de los daños punitivos*, LL 2009-B-1269; RÚA, María Isabel, *El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales*, JA 2011-IV-1510; PREVOT, Juan M., *Daños punitivos*, La Ley Litoral 2011-1279; TÉVEZ, Alejandra y SOUTO María V., *Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor*, en RDCO 2013-B-667 y ss; ZENTNER, Diego, *Contrato de consumo*, Bs. As., ed. La Ley, 2010, pág. 243; NAVAS, Sebastián, *¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?* LL 2012-F-80 (especialmente, respecto de la segunda crítica).

López Mesa, Marcelo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Bogotá, ed Universidad Javeriana, 2009, pág. 229 y 230 (el autor afirma que la forma en que se plasmaron estos daños punitivos en la ley no ha podido ser más deficiente y que el legislador no ha dejado error por cometer). Ver excelente trabajo de MORO, Emilio, *Daños punitivos y responsabilidad personal de administradores societarios. ¿Pueden los consumidores accionar directamente contra los administradores de sociedades mercantiles?*, en Rev. de Derecho Comercial y de las obligaciones, n° 262, Set/Oct 2013, pág. 351; del mismo autor, donde se reproduce este artículo y otros muy valiosos, *Las sociedades comerciales frente al derecho del consumidor*, Paraná, ed. Delta, 2014.

⁸ Cám. 9° Civ y Com. Córdoba, 27/9/2012, Foro de Córdoba n° 160, febrero 2013, pág. 189. Algunas sentencias mencionan esta regla para justificar sumas fijadas en primera instancia cuyo monto el consumidor considera reducido (Compulsar Cám. Nac. Civ y Com.Fed. sala 2°, 30/3/2012, JA 2012-IV-139). En mi opinión, se trata de una fundamentación confusa, pues si lo acreditado es el mero incumplimiento, no corresponde imponer la sanción.



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

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

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

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

– A una concesionaria y a la agencia de automóviles que tardaron más de 60 días en solucionar los problemas que un auto 0 Km presentó inmediatamente después de su entrega,

⁹ Cám. 1° CC Mar del Plata, 27/5/2009, La Ley Bs. As. 2009-557; las reseñas se publican en LL 2009-D-97 y LL 2009-C-647. La decisión fue confirmada por la Suprema Corte de Bs. As., el 6/11/2012 Ver LL 2013-A-423; Derecho Comercial del Consumidor y de la empresa, año III, n° 6, diciembre 2012, pág. 89, con nota de STIGLITZ, Gabriel, *Discriminación y sanción pecuniaria disuasiva*, en Doc. Jud. Año XXIX, n° 22, 29/5/2013, pág. 3, con nota de BAROCELLI, Sergio S., *Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Bs. As. confirma su procedencia* y en LL 2013-A-235, con nota de BERSTEN, Horacio, *Procedencia de la multa civil del art. 52 bis LDC*. La decisión de la corte bonaerense también se reseña en Rev. Abeledo Perrot, Bs As, n° 4, Abril 2013, pág. 474; Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XV, n° 5, Mayo 2013, pág. 79, con nota de ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, *“Machinandarena”, cuando el desdén dejó de ser negocio* y en Doc. Jud. Año XXIX, n° 43, 23/10/2013, pág. 3, con nota de HITTERS, Juan M., y FERREIRO, Andrés, *Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley (absurdo). La implicancia del derecho del consumidor en el proceso*.

¹⁰ Cám. Nac. Civ. sala G, 25/9/2012, en JA 2012-IV-173, LL 2012-F-177y Rev. Resp. Civil y seguros, año XIV, n° 11. Nov. 2012, pág. 55, con nota de GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo, *Daño punitivo a un laboratorio y a su director por no advertir el riesgo de un medicamento*. Ver excelente comentario a este fallo de GONZALO SOZZO, *Responsabilidad derivada del consumo de medicamentos (Lecciones del defecto del producto, el recall y los daños punitivos)*, en Rev. de Derecho Privado y comunitario 2013-1-341. Compulsar también LL 2012-F-380 (síntesis), con nota de NALLAR, Florencia, *Aplicación de los daños punitivos en la industria de los medicamentos*; Rev. Comercial del Consumidor y de la empresa, año III, n° 6, Diciembre 2012, pág. 95, con notas de QUAGLIA, Marcelo C., *Daño punitivo: un novedoso fallo que aborda la temática* y de CANTAFIO, Fabio F., *La responsabilidad civil por productos farmacéuticos defectuosos*.

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

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



omitieron responder a los requerimientos del consumidor, y no comparecieron a la audiencia de mediación (condena, \$ 40.000)¹³.

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

– Al banco que calificó erróneamente como deudor irrecuperable a un particular, en tanto persistió en esa conducta aunque se le había ordenado la rectificación de la información (\$ 3000); la impugnación constitucional del daño punitivo es improcedente, pues su regulación específica resulta acorde a lo dispuesto por la Constitución nacional¹⁵.

– A la entidad financiera que realizó débitos indebidos de la tarjeta de crédito del cliente, habiéndose acreditado que no solo incumplió con las obligaciones a su cargo sino que agravó la situación por el desdén frente al derecho invocado, dado que frente al reclamo, respondió con su silencio e incomparencia al proceso (se condenó a pagar \$ 3000)¹⁶.

– Al banco que canceló intempestivamente la tarjeta de crédito y no dio explicaciones acerca de por qué, no obstante que el titular superó la situación de mora, lo mantuvo informáticamente en ella varios días, con la información desactualizada (\$ 12.000)¹⁷.

– A la entidad financiera que se negó injustificadamente a abonar el seguro de desempleo, contratado por un cliente conjuntamente con una tarjeta de crédito, y lo incluyó en la central de deudores del sistema financiero del BCRA, por la notoria desatención en las numerosas gestiones realizadas por aquél con el objeto de cancelar su saldo deudor y su manifiesta negligencia e inoperatividad (\$ condena, 15.000)¹⁸.

– A un importante banco local que, a partir de la solicitud de una tarjeta Visa, que finalmente

¹³ Cam. Civ. y Com. de Córdoba 13/9/2012, Abeledo Perrot Córdoba, Noviembre 2012, pág.1262, JA 2013-II-394, con nota de IRIGOYEN TESTA, Matías, *Daños punitivos, detrimentos por privación del uso del automotor y daño moral por el retardo en la prestación de la garantía posventa*, y en La Ley Córdoba, 2014-735, con nota de CALDERÓN, Maximiliano Rafael, *Las garantías en las cosas muebles no consumibles y sus consecuencias: sustitución, indemnización y sanción*.

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

¹⁵ CS Tucumán, 22/4/2013, Doc. Jud. Año XXIX, n° 31, 31/7/2013. La Corte confirma la decisión de la Cám. CC Tucumán, sala II, 28/2/2012, publicada en La Ley Noroeste 2012-433.

¹⁶ Cám. Apel. Civil, Comercial y Minería de General Roca, 26/03/2010, Resp. Civil y seguros 2010-XII, 225; cita Online: AR/JUR/49583/2010.

¹⁷ Cám. Nac. Com. sala D, 4/2/2013, JA 2013-I-901 y JA 2013-II-833.

¹⁸ Cám. Nac. Com. sala F, 10/5/2012, Doc. Jud. Año XXIX, n° 8, 21/2/2013, pág. 13, con nota de CHAMATROPULOS, Demetrio A., *La Cámara Nacional Comercial aplica por primera vez los daños punitivos*; LL 2012-D-613, con nota de ALVAREZ LARRONDO, Federico, *Daños punitivos por trato inequitativo* y en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año III, n° 3, junio 2012, pág. 135, con nota aprobatoria de GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, *Daño punitivo por hostigar al consumidor*; LL 2012-F-80, con nota de NAVAS, Sebastián, *¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?* y Rev. Resp. Civil y seguros, año XIV, n°10, Octubre 2012 pág. 98, con nota de LUCHINSKY, Matías, *Los daños punitivos: una herramienta eficaz frente a ciertas problemáticas consumeristas*.



nunca recibió, abrió al cliente una cuenta corriente no peticionada, en la que debitó automáticamente gastos administrativos; ante la queja del cliente, le decía que estaba todo solucionado y, al mismo tiempo, lo intimaba al pago inmediato por haberse transferido la deuda a gestión; además, ante la denuncia al organismo administrativo de protección de los consumidores ofreció condonar la deuda, reconociendo –aunque veladamente– que era incausada, no obstante lo cual el cliente continuó recibiendo reclamos por la pretensa deuda sin modificar los informes cursados al B.C.R.A. y demás organismos de información crediticia, registrándose su situación como “deudora morosa de alto riesgo”. El tribunal califica la conducta del banco de desaprensiva, con connotaciones desfachatadas y total desprecio a los derechos de la contraparte (\$ se liquida en 1.000.000 después de una serie de cálculos matemáticos)¹⁹.

– A la compañía de seguros que rechazó el pago de la indemnización reclamada por el asegurado, a cuyo fin emitió una nueva póliza falseando la fecha de vigencia original, argumentó falta de seguro a los fines de sustraerse al pago de la reparación, se negó a poner a disposición de la otra parte los libros a fin de obtener información certera y obtuvo un rédito económico por el mero transcurso del tiempo y la pérdida de valor de la indemnización (la cámara eleva a \$ 50.000, los daños punitivos que el tribunal de primera instancia había fijado en \$ 10.000)²⁰.

– A la aseguradora que demoró más de cinco años en abonar la indemnización por el incendio de la vivienda del asegurado, al negar con menosprecio los derechos del consumidor²¹ (\$40.000).

– A la empresa de telefonía que no dio respuesta a sucesivos pedidos del cliente para que se le diera de baja de determinadas líneas, silenciando toda respuesta invocando que existía una deuda pendiente de determinación, en actitud groseramente negligente e indiferente (\$20.000)²².

– A la compañía de telefonía celular, frente a conductas negligentes que afectaron la prestación del servicio, en tanto no contestó la demanda, cambió unilateralmente la titularidad de la línea telefónica, incomunicó al cliente y además, realizó intimaciones y reclamos de deuda bajo amenaza de ingresarlo en el registro de morosos (condena, \$5000, monto peticionado)²³.

¹⁹ Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, 28/8/2014. Voto del Dr. Peralta Mariscal.

²⁰ Cám. Nac. Com. sala F, 2/7/2013, Doc. Jud. 5/3/2014, año XXX, n° 10, pág. 87 y Resp. Civil y Seguros, año XVI, n° 5, marzo 2014, pág. 269, AR/JUR/26380/2013. Excelente voto preopinante de la Dra. Tevez.

²¹ Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, sala III, 3/12/2013, Resp. civil y seguros, año XVI, n° 2, febrero 2013 pág. 228, AR/JUR/84011/2013.

²² Cám. Civ y Com de Salta sala I, 13/4/2011, Resp. civil y seguros, año XIII, n° 6, junio 2011 pág. 273; La Ley Noroeste, 2011-555; LL 2011-C-123, con nota de ONDARCUHU, José I., *Los daños punitivos vienen marchando en la jurisprudencia nacional* y en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año II, n° 3, junio 2011, pág. 11, con nota de ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, *Un nuevo avance en materia de daños punitivos*.

²³ Cám. Civ. y Com de Rosario sala II, 29/7/2010, LL 2010-F-397 con nota de ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, *Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación*.

JUS CIVILE



– A la empresa de telefonía celular, que no entregó al cliente el equipo telefónico cuyo precio abonó, y fue contumaz y reticente en cumplir con las obligaciones contraídas (\$ 1500)²⁴.

– A la compañía de telefonía celular, que obligó al cliente a un largo peregrinar de reclamos, primero ante la empresa y luego ante la dirección de comercio (\$1000)²⁵.

– A la empresa telefónica que obligó al consumidor a realizar una serie de presentaciones y reclamos (a través de cartas documentos) y puso trabas para la rescisión del contrato (\$ 4000)²⁶.

– A la empresa de telefonía que demoró injustificadamente la provisión de la línea (cerca de un año); el consumidor no recibió adecuada información respecto a las causas de la no conexión, y pese a los reiterados reclamos formulado, incluso, ante el organismo de control, la empresa continuó siendo remisa, negó la calidad de cliente del denunciante, y evidenció un total desinterés en atender sus necesidades; tal conducta de la demandada se agravó por la posición dominante que tiene en el mercado del servicio de telefonía domiciliaria, al punto de ser casi monopólica, lo que configura una clara situación de abuso de poder (\$20.000)²⁷.

– A la empresa telefónica que demostró una actitud desaprensiva, al no dar solución satisfactoria al traslado de la línea solicitado, durante más de dos años, período en el cual el usuario realizó incontables reclamos (\$ 25.000)²⁸.

– A la proveedora del servicio de televisión por el perjuicio que el ingreso de roedores provocó al propietario de un inmueble, pues no tomó las medidas necesarias para revertir el nulo funcionamiento del sistema de discos plásticos que colocaron en el tendido a tal fin, de modo que adoptó una conducta desaprensiva e ignoró los padecimientos del damnificado, lo que no se modificó a pesar de los reclamos efectuados. Si bien la empresa de televisión por cable no es la responsable de la plaga, debe responder por el ingreso de roedores a un inmueble particular a través de su tendido, pues debería haberlo efectuado con las máximas normas de seguridad (art. 902 del CC)²⁹.

– A la vendedora de un mueble para cocina que tuvo un trato desconsiderado para su cliente,

²⁴ Juzgado Civ y Com 11 Nom. de Salta, 6/4/2010, LL 2010-D-222, La Ley Noroeste 2010-717, con nota de AGUIRRE ASTIGUETA, Sebastián, *Mora y daño punitivo* y LL Noroeste 2011-252, con nota de NALLAR, Florencia, *La prueba de los daños punitivos*.

²⁵ Cám. Civ y Com de Tucumán, sala III, 14/11/2011, La Ley Noroeste 2012-222 y Doc. Jud. Año XXVIII, n° 23, Junio 2012 pág. 83.

²⁶ Cám. Apel. CC Zárate-Campana, 29/5/2012, ED 248-363.

²⁷ Cám. 6° Civil de Apelaciones en los civil y comercial de Córdoba, 8/4/2014, www.infojus.gov.ar, consultado el 30/4/2014, La Ley Córdoba, 2014 pág. 581 y en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XVI, n° 6, Julio 2014, pág. 154.

²⁸ ST Jujuy, 30/10/2013, Doc. Jud., Año XXX, n° 19, 7/5/2014, pág. 70 y Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año V, n° 2, abril 2014, pág. 89, con nota de Junyent Vas, Francisco y Garzino, María C., *La aplicación del daño punitivo en un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Jujuy*.

²⁹ Cám. Nac. Civ. sala H, 10/12/2012, Rev. Resp. Civil y Seguros, año XV, n° 6, Junio 2013, pág. 148. La sentencia confirma la de primera instancia sin especificar el monto; del total fijado descontó el 50% en virtud de la responsabilidad parcial, desde que existió concausalidad, como se especifica en el texto.



revelado por los reclamos infructuosos que éste debió realizar y los meses transcurridos, sin que le brindara respuesta alguna (\$ 3000)³⁰.

– A la vendedora de una moto, que no entregó la cosa objeto del contrato al comprador que había pagado la totalidad del precio, no acreditó la diferencia de precio alegada entre el modelo originariamente vendido y el que debía entregar y cuya diferencia sostenía estaba impaga y, además, no concurrió a ninguna de las dos audiencias de conciliación fijadas por la autoridad administrativa, lo que denota absoluta falta de colaboración a los fines de procurar la rápida solución del conflicto (\$10.000)³¹.

– Al comerciante que violó el deber de información, indujo a error a la compradora, y realizó publicidad engañosa, pues vendió una heladera con la referencia a que era “made in USA” siendo que el motor era de origen brasileño, y el consumidor conoció esta circunstancia recién cuando el motor comenzó a fallar³² (\$ 11.000. El tribunal tuvo en consideración que se había impuesto a la empresa vendedora una multa administrativa de \$ 2000, que había quedado firme).

– A la vendedora y a la concedente por las fallas que presentó el vehículo vendido porque "la contumacia en la conducta de las demandadas resulta a todas luces evidente, como así también el aprovechamiento de su ‘posición dominante’, con ‘menosprecio’ de los derechos del consumidor, porque obligaron al actor a un ‘peregrinaje permanente’, incluso ante la Dirección de Defensa del Consumidor, para terminar en el proceso judicial en donde siguieron insistiendo en que la reparación era satisfactoria siendo que, tal como se señala en la ampliación de la pericia, la ‘falla’ es grave, puede poner en riesgo la salud y la vida de los ocupantes de automotor, y se desconoce su causa, todo lo cual pone de relieve no sólo el incumplimiento grave de la garantía legal, sino la especulación económica que esconde dicha conducta y la total orfandad probatoria en orden al esclarecimiento de la situación del automotor"³³.

– Al martillero y a la empresa inmobiliaria a quienes el consumidor pagó por adelantado una suma de dinero en concepto de alquiler, comisión y depósito en garantía y posteriormente el

³⁰ Cám. 1° CC Córdoba, 27/10/2011, en Foro de Córdoba, n° 151, pág 262; en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año III, n° 2, Abril 2012, pág. 131, con nota de COLOMBRES, Fernando Matías, *Algunas cuestiones acerca de los daños punitivos*, y en Rev. Resp. Civil y seguros, año XV, n° 3, marzo 2013, pág. 199.

³¹ Cám. Civ. y Com. de 6ª Nom. (Córdoba), 5/11/2013, sentencia n° 133, en Actualidad jurídica, Revista Civil y Comercial n° 226, pág. 7361

³² Cám. de Apel. en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 11/6/2013, autos “R., L. V. contra Whirpool Arg. S.A. s/ Daños y Perjuicios. Incumplimiento contractual”, en Rev. Resp. Civil y Seguros, año XV, n° 9, Setiembre 2013, pág. 99 y en Rev. Abeledo Perrot Bs As., Octubre 2013, pág. 1346 y ED 256-467. La sentencia contiene una síntesis de los diferentes montos otorgados por los tribunales argentinos. Un comentario adverso, por entender que no hay culpa grave ni dolo, ha formulado Méndez Acosta, Segundo, *La conducta requerida en los daños punitivos*, Doc. Jud. Año XXX, n° 17, 23/4/2014.

³³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Cuarta – Córdoba, 1/7/2014, *Defilippo, Darío Eduardo y otro vs. Parra Automotores S.A. y otro s. Abreviado* n° 2168020/36, RC J 5554/14.

JUS CIVILE



contrato de locación de la vivienda se frustró por culpa de éstos (\$ 500 pesos)³⁴.

– Al propietario de un centro turístico de sky por el hurto de una computadora en una cabaña, que reconoció que los robos son frecuentes en la zona e igualmente se abstuvo de tomar resguardos sin justificativo alguno, situación que configura un supuesto de culpa grave, asimilable al dolo contractual (\$ 1000)³⁵.

– A una sociedad administradora de un plan de ahorro que dispuso la baja de un contrato de capitalización de forma unilateral e injustificada, si la expresión de agravios no reúne los requisitos exigidos en el ordenamiento procesal (en el caso, \$ 5000)³⁶.

– Al banco y a la compañía aseguradora que, pese a las reiteradas peticiones de la cónyuge superviviente, se negó a cancelar totalmente la hipoteca, no obstante la muerte del deudor y el seguro de vida contratado por imposición del ente financiero, invocando que se había producido solo la extinción del 50%, desde que la cónyuge también era deudora, siendo que, en realidad, no lo era. El tribunal argumentó que la “luce francamente inadmisibles que la accionada, a la cual debe exigírsele una actuación responsable y enmarcada en los exigentes parámetros de la especialidad que ostenta – arts. 902, 909, ss. y ccs. del Código Civil, haya actuado de la manera que lo hizo, negando la interesada cancelación del crédito – e incluso descontándole unilateralmente una cuota – por lo que la multa y su monto (\$7.000,00) se encuentran perfectamente justificados”³⁷.

– A la compañía de seguros que no pagó oportunamente la indemnización para cubrir los daños producidos en la vivienda asegurada contra incendio, pues si la discusión era sobre el monto a pagar, “debió la compañía de seguros hacer un pago en consignación en los términos de los arts. 756, 757 inc. 1, 758, 761 y cc. del C.C. y de los art. 49, 51 de la ley 17.418”; el asegurado lleva cinco años y dos meses en esa situación siendo que la empresa por su objeto tiene responsabilidad social frente al consumidor, por lo que no se le ha dispensado un trato digno (\$ 40.000)³⁸.

³⁴ CC y C de Jujuy 24/10/2012, en Doc. Jud. Año XXIX, n° 16, 17/4/2013, pág. 92 (La sentencia carece de fundamentación respecto de este rubro, remitiéndose a las pautas que determinaron la condena al daño moral (indudables zozobras, angustias e intranquilidades).

³⁵ Cám. de Apelaciones del Noroeste del Chubut – 16/08/2011, elDial.com – AA6F39, publicado el 21/09/2011. El tribunal argumenta: “Una característica propia del ilícito de consumo es su naturaleza lucrativa y expansiva. Resulta crematísticamente beneficioso para el proveedor violar la ley pues eso siempre le traerá un rédito, ya sea en ganancias o en ahorro, pero además – y esto es lo más nocivo – lo colocará en mejor posición que a sus competidores afectando así la eticidad del mercado en su conjunto. Si el ilícito de consumo queda impune es probable que, en la competencia propia de cualquier actividad pluripólica, los proveedores que cumplan la ley sean desplazados del mercado por aquellos que la transgreden, ya que estos últimos obtienen mejores réditos. Frente a esta particular característica, el daño punitivo o mejor dicho la indemnización punitiva del daño, aparece como un requisito indispensable para que la ley consumerista tenga la necesaria vigencia, regencia y exigencia”.

³⁶ Cám. 4° CC y Minas de Mendoza, 15/8/2013, La Ley Gran Cuyo 2013-1127.

³⁷ Cám. Apel. de Corcordia, Entre Ríos, 1/10/2013, Beluzzo c/Banco Macro y otros (inédito)

³⁸ Cám. Apel. Civil y Comercial de Mar del Plata, 10/12/2013, "Amaya Maria Antonia c/ BBVA consolidar seguros s.a. s/ daños y perjuicios por incumplimiento contractual".



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

* La empresa brindó en todo momento asistencia técnica específica y buscó solucionar el problema (concretamente, cambió la caja de dirección del automóvil) por lo que no existe conducta reprochable³⁹.

* No basta el mero incumplimiento, siendo insuficiente haber sido declarado responsable por factores objetivos de atribución. En consecuencia, se revoca la sentencia que había impuesto una multa de 2.000.000 a una embotelladora por haberse encontrado un preservativo en un envase⁴⁰.

* No se vislumbra en la empresa de telefonía un obrar grave y malicioso, ya que los elementos probatorios no develan que efectuara algún tipo de examen económico, cálculo o especulación de que le conviniera económicamente actual como lo hizo y abonar una indemnización por incumplimiento contractual⁴¹.

* El adquirente de un automotor de destino mixto es una persona jurídica y no se acreditó cual era el uso principal de la cosa vendida⁴².

³⁹ Cam. Apel. Concepción del Uruguay, sala Civil y Comercial, 4/6/2010, La Ley Litoral 2010-1265 (resumen).

⁴⁰ Cám. Civ y Com 3° nominación de Córdoba, 17/4/2012, J.S. n° 101, 2013, pág. 97; Foro de Córdoba n° 153 pág. 281; un resumen se publica en Foro de Córdoba 157 pág. 143, con nota de MARCATTINI DE BULACIO, Andrea J., *Derechos del consumidor. El daño punitivo*; en LL 2012-D-207, con nota de PERRIAUX, Enrique, *El daño punitivo puesto a prueba*; en Rev. Resp. Civil y seguros, año XIV, n° 8, agosto 2012, pág. 77, con nota de IRIGOYEN TESTA, Matías, *Necesidad de daños punitivos ante la culpa grave (o dolo) de una embotelladora*; en La Ley Córdoba 2012-433 y también en pág. 703, con notas de IRIGOYEN TESTA, Matías, *Necesidad de daños punitivos ante la culpa grave (o dolo) de una embotelladora* y de PERRIAUX, Enrique, *El daño punitivo puesto a prueba*; en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año III, n° 4, agosto 2012, pág. 147, con nota de COLOMBRES, Fernando M., *Daño punitivo. Criterios para encuadrar la conducta del proveedor en los presupuestos de procedencia*. La sentencia de 1° instancia del 23/3/2011, del llamado “caso Tejeiro” se publica en JS n° 98, pág. 130 y ss y en eDial.com – AA6DDE. La sentencia de la Cámara fue confirmada por el Superior Tribunal de Córdoba el 15/4/2014. Compulsar Resp. Civil y Seguros, año XVI, n° 6, Junio 2014, pág. 136; LL 2014-C-49, con notas de Hernández, Carlos y Frustagli, Sandra, *Decisión judicial sobre daños punitivos* y de Álvarez Larrondo, Federico, *La tesis restrictiva en daños punitivos. Necesidad probatoria*; Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año V, n° 3, Junio 2014, pág. 123, con nota de Barreiro, Rafael, *El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por la ley de defensa del consumidor*, Doc. Jud. Año XXX, n° 28, 10/7/2014, pág. 34; Foro de Córdoba n° 170, Junio 2014, pág. 157. La decisión del Superior Tribunal de la provincia también fue comentada por Sebastián Picasso bajo el sugestivo título *El gel íntimo en la gaseosa y los “daños punitivos”: fin del sainete*.

⁴¹ Cámara CC Rosario sala IV, 7/8/2012, LL 2012-F-12; Rev. Resp. Civil y Seguros, año XIV, n° 11, Nov. 2012, con nota de RIOS, Guillermo, *El elemento subjetivo en la conducta del proveedor y la concesión del daño punitivos*; en La Ley Litoral 2012, pág. 949, con nota desaprobatoria de GELCICH, Marcelo, *La intencionalidad del proveedor condenado con daños punitivos*, y en Doc. Jud. Año XXIX, n° 16, 17/4/2013, pág. 12, con nota de ARIAS CÁU, E.J., y BAROCELLI, S.S., *Productos defectuosos, pérdida de tiempo y derechos del consumidor* (los autores son críticos de la redacción del art. 52 bis, pero entienden que en el caso correspondía imponer daños punitivos y que la interpretación de la cámara fue excesivamente restrictiva dados los hechos probados).

⁴² Cám. 5° CC Córdoba, 24/2/2014, La Ley Córdoba 2014-810.



* No existe intención ni culpa grave en el banco que trabó un embargo a una persona que no era quien había firmado el documento ejecutado⁴³.

* No se verifica designio doloso ni culpa grave en quien vendió un teléfono celular, y al realizar la operación mediante tarjeta de crédito hizo constar un valor mayor al precio real acordado con el comprador pero corrigió la liquidación en el mismo período en que el débito debía ser liquidado⁴⁴.

* El incumplimiento derivó de una simple desinteligencia entre las partes⁴⁵.

* No se acreditó que la suspensión del recital de música haya tenido como finalidad la obtención de un mayor rédito⁴⁶.

* El incumplimiento en tiempo propio de la obligación de entregar una vivienda pre-moldeada no configuró un supuesto de particular gravedad calificado por el dolo o la culpa grave de la empresa, ni estuvo dirigido a la obtención de enriquecimientos indebidos, ni impuesto por un abuso de posición dominante⁴⁷.

* El espectador que había comprado su entrada no pudo ingresar a la cancha por la conducta violenta de la barra brava, hecho suficiente para que la asociación sea responsable por el incumplimiento de la obligación de seguridad, pero no para ser sancionado con una pena⁴⁸.

* Aunque los dependientes de la demandada –Lotería provincial– incumplieron el reglamento que les obligaba a actuar con la debida medida, excediéndose en el ejercicio de la facultad de excluir al actor de la sala de juegos, fue el propio actor quien con su actitud dio lugar a la actuación del personal de seguridad provincial frente al incumplimiento incuestionado de la orden de abandonar la sala⁴⁹.

⁴³ Cám. Nac. Civ sala D, el 22/9/2010 revocó la multa impuesta en primera instancia, en Rev. Resp. Civil y seguros, año XIII, n° 7, julio 2012, pág. 140.

⁴⁴ Cám. Nac. Com. Sala A, 11/10/2012, Doc. Jud., Año XXIX, n° 20, 15/5/2013, pág. 80 y en Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la empresa, año IV, n° 2, abril 2013, pág. 73, con nota de ALVAREZ LARRONDO, Federico, *Perfiles del daño punitivo y de la responsabilidad solidaria en la ley 24.240*. El comentador no comparte el criterio restrictivo del tribunal, pero carga las tintas también sobre los abogados porque advierte, que en estos supuestos, la multa hubiese prosperado si el actor hubiese acreditado que se trataba de una práctica frecuente, circunstancia no alegada ni probada en el caso.

⁴⁵ Cám. 9° Civ y Com. Córdoba, 27/9/2012, Foro de Córdoba, n° 160, febrero 2013, pág. 189.

⁴⁶ Cám. 6° CC Córdoba, 21/2/2013, en ED 253-41, Doc. Jud., Año XXIX, n° 27, 3/7/2013, con nota de ALVAREZ LARRONDO, Federico, *La necesaria actividad probatoria en materia de daños punitivos. Una asignatura pendiente*, pág. 11. Ver comentario sin título de SOZZO, Gonzalo, en Rev. de Derecho Privado y comunitario 2013-3 pág. 399.

⁴⁷ Cám. Nac. Com. sala B, 21/02/2013, Rev. de Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año IV, n° 4, agosto 2013, pág. 90, con nota de GARCIA TOSELLO, María E., *Admisión de la indemnización por daño directo y rechazo de los daños punitivos*.

⁴⁸ Cám. Apel. Rosario sala IV, 9/4/2013, ED 254-45

⁴⁹ Cámara Nac. Civil – sala I, 4/7/2014, expte. n° 12.497/2010 juzgado n° 79 – “Hovaghimian Sergio c/ Trilenium sa s/ daños y perjuicios” (inédito).



* No se verifica culpa grave ni dolo en el la entidad financiera que omitió brindar medidas de resguardo adecuadas a un cliente que luego sufrió el robo en una denominada “salidera bancaria”⁵⁰.

* El corte de luz que causó daños se produjo cuando los dependientes de la empresa demandada se encontraban realizando una tarea de prevención – independientemente de que falló – por lo que no puede sostenerse la existencia de grave menoscabo a los derechos del acreedor⁵¹.

* La conducta de la empresa de medicina prepaga no puede ser calificada de dolosa ni gravemente culposa⁵².

* No se aplica la ley de protección de los consumidores a los daños causados por la prensa, en el caso, canal de televisión de difundió noticias relativas a la intimidad de las personas⁵³.

* No se advierte que el hecho ocurrido –intoxicación con bromato de potasio que sufrió un alumno al ingerir galletitas elaboradas en la institución educativa– aunque pueda catalogarse de conducta desaprensiva por parte de la institución educativa demanda, no alcanza para configurar el antecedente de una sanción excepcional⁵⁴.

El incumplimiento de la obligación por la demandada (Edesur), consistente en cortes en el servicio de provisión de luz eléctrica, es insuficiente para justificar la sanción⁵⁵.

* Por razones formales, porque la petición fue formulada en el escrito de oposición de excepciones y la reconvención resulta inviable en los procesos ejecutivos⁵⁶.

3. – La posición tomada en los casos reseñados, en muchas ocasiones, no depende de la posición teórica frente a los daños punitivos sino a la carencia de prueba.

Se ha señalado que es carga de quien lo reclama aportar prueba sobre: (a) El perjuicio resultante de la infracción; (b) La posición en el mercado del infractor; (c) la cuantía del

⁵⁰ Cám. civ. Neuquén, sala III, 11/12/2013, Responsabilidad civil y seguros, año XVI, n° 2, Febrero 2014, pág. 85 y en Rev. Derecho comercial del Consumidor y de la empresa, año V, n° 3, Junio 2014, pág. 270, con nota de Quaglia, Marcelo Carlos, *Un nuevo fallo sobre “salideras bancarias”*.

⁵¹ CNCIV y Com Fed. Sala I, 27/03/2014, elDial.com – AA87D3. Aclaro que, en el caso, ni siquiera era aplicable la ley de protección de los consumidores, desde que la actora era una empresa que explota un parque de diversiones.

⁵² CNCOM – SALA B – 26/05/2014, elDial.com – AA8823, publicado el 02/07/2014.

⁵³ Cám. Nac. Civ., sala I, 16/9/2013, JA 2014-I-437, con comentario de Avalle, Damián, *Daños punitivos y responsabilidad de los medios de prensa*.

⁵⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H, 5/09/2014, R. y otro vs. Instituto María Madre Nuestra y otro s. Daños y perjuicios, Rubinzal Online, Número de causa: 80671/2008, RC J 7263/14.

⁵⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 15/7/2014, inédito (voto Dra. Susana Najurieta).

⁵⁶ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I, Azul, Buenos Aires, Credil S.R.L. vs. Tornini, Guillermo Abel s. Cobro ejecutivo 22-05-2014, RC J 3888/14.



beneficio obtenido; (d) el grado de intencionalidad; (e) la gravedad de los riesgos y de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización; (f) la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho⁵⁷.

4. – Razonablemente, se ha decidido que la procedencia del daño punitivo reclamado a una empresa de medicina prepaga no puede tratarse en el marco de una acción de amparo pues ésta sólo tiende a restituir la situación jurídica restringida o a que cese inmediatamente la lesión constitucional⁵⁸.

5. – Con buen criterio se ha decidido que los daños punitivos también pueden reclamarse en el marco de una acción colectiva interpuesta a favor de consumidores afectados por una práctica abusiva (cobro ilegítimo de gastos administrativos⁵⁹).

6. – Doctrina y jurisprudencia discrepan sobre la aplicación temporal de la norma. La tendencia mayoritaria entiende que el artículo no es aplicable a los hechos acaecidos con anterioridad al momento de su incorporación legal al derecho del consumo⁶⁰. En algunos casos, se condenó a pagar daños punitivos por conductas anteriores a la entrada en vigencia de la ley

⁵⁷ ALVAREZ LARRONDO, Federico, *La necesaria actividad probatoria en materia de daños punitivos. Una asignatura pendiente*, Doc. Jud. Año XXIX, n° 27, 3/7/2013, pág. 11.

⁵⁸ Cám. Nac. Fed. Civ y Com. sala II, 23/08/2013, Doc. Jud. 19/2/2014, año XXX, n° 8 pág. 62.

⁵⁹ Cám. Nac. Com. sala D, 8/11/2013, Rev. Resp. civil y seguros, año XVI, n° 5, Mayo 2014, pág. 155; Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año V, n° 3, Junio 2014, pág. 123, con nota de Arias Cau y otra, *Una nueva polémica sobre la legitimación de las asociaciones de consumidores y el daño punitivo*, y en AR/JUR/83623/2013.

⁶⁰ Cám. Nac. Civ. sala D., 22/9/2010, Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 7, julio 2011, pág. 140, con nota aprobatoria de SCHWARZBERG, Carlos, *Los llamados daños punitivos y la regulación de honorarios en porcentajes*; ídem. sala F, 18/11/2009, Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XII, n° 1, enero 2010, pág. 112, LL 2010-A-203, LL 2010-C-692 y LL 2010-C-602, con nota aprobatoria de NALLAR, Florencia, *Los aciertos y errores del art. 52 bis de la ley 24.240: irretroactividad de los daños punitivos. Supuestos de procedencia y aplicación*; Cám. Apel. CC de Mercedes, sala II, 15/6/2010, ED 239-541; Cám. Nac. Civ. sala A, 22/8/2012, LL 2012-F-411 (síntesis), con nota aprobatoria de VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Responsabilidad civil por efectos adversos de un medicamento*; Cám. Civ y Com de Posadas, 25/8/2011, La Ley Litoral 2012-94; también en página 154, con nota de PREVOT, Juan Manuel, *A propósito del art. 52 bis de la ley 24.240. Vestigios de oquedad legislativa*; CS Tucumán, 6/7/2012, La Ley Noroeste 2012-873 (el tribunal afirma que, en este caso corresponde la imposición pues la conducta del empresario persistió después de la entrada en vigencia); Cám. Civ. y Com. de Tucumán, sala II, 28/2/2012, La Ley Noroeste 2012-433; ídem, 29/2/2012, La Ley Noroeste 2012-552; ídem Sala III, 29/2/2012, La Ley Noroeste 2012-556; Cám. Civ y Com Azul, sala II, 6/11/2013, La Ley Bs As., 2014 pág. 427; Shina, Fernando, *Daños al consumidor*, Bs. As., ed. Astrea, 2014, n° 50. En contra, López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2008, pág. 376. Algunas sentencias muestran discrepancias entre los integrantes del mismo tribunal (Ver, por ej., Cám. 5° CC Córdoba, 24/2/2014, La Ley Córdoba 2014-810).



en 2008, pero el problema de la irretroactividad no había sido planteado⁶¹; o había sido incorporado extemporáneamente⁶².

7. – Quien peticiona daños punitivos no está obligado a estimarlos. El Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (Buenos Aires, 23 a 25 de septiembre de 2010) recomendó: “El consumidor no debe mensurar el daño punitivo al tiempo de su petición, por cuanto su imposición ha sido atribuida exclusivamente al magistrado en cumplimiento de una manda constitucional (art. 42 C. Nac.), y por consiguiente no es pasible de la oposición de la excepción de defecto legal ...” Por ello, el *quantum* solicitado es irrelevante, especialmente cuando se lo relativizó en función de lo que más o en menos determine el criterio del tribunal, aunque era innecesario.

La función es judicial. Bien se ha dicho que “fijar su monto es una tarea delicada, siendo premisas ineludibles que: a) no es un resarcimiento; b) es una sanción; c) tiene incidencia la gravedad de la falta; d) no tiene relación directa y lineal con los rubros indemnizatorios; e) debe cumplir una función preventiva disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas”. El juez bonaerense que enumera estas premisas ha confesado que años atrás descreía del método matemático, pues pensaba que las condenas tenían que representar la concreción de la justicia como fruto de la aplicación del derecho, y no el resultado de la matemática. Pero con el tiempo se fue convenciendo de que se trata de un auxilio eficaz para el juez a la hora de lograr la ansiada objetividad, con la decisiva ventaja correlativa de permitir la reconstrucción del razonamiento que lleva a fijar una suma y no otra, lo que permite a su vez a las partes ejercer de manera mucho más amplia su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) pues para individualizar el yerro de fundamento les bastará demostrar ante un tribunal superior que la fórmula utilizada es inadecuada, que no se la aplicó correctamente o que una o varias de las variables son equivocadas. Mucho más difícil es persuadir a un tribunal revisor del error en la determinación de una suma que se considera “prudente”, “acorde a las circunstancias del caso” o que se valida con una alocución similar⁶³.

8. – A) Probablemente, estos antecedentes jurisprudenciales, tan variables, justifican por qué

⁶¹ Cám. 1° CC Mar del Plata, 27/5/2009, La Ley Bs. As. 2009-557 y LL 2009-D-97. La decisión fue criticada por NALLAR, Florencia, *Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes*, LL 2009-D-96; RÚA, María Isabel, *El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales*, JA 2011-IV-1517.

⁶² Cám. 1° CC San Nicolás, 24/5/2012, Resp. Civil y seguros año XIV n°9 Set 2012 pág 75.

⁶³ Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, 28/8/2014. Voto del Dr. Peralta Mariscal.

JUS CIVILE



las sanciones pecuniarias disuasivas se intentaron incorporar al proyecto de código civil y comercial, pero con restricciones, modificando la redacción de la ley de protección de consumidores.

En los fundamentos de elevación⁶⁴ se explica: “La norma proyectada dispone que se aplica a los derechos de incidencia colectiva; por lo tanto, la situación es la siguiente:

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

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

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

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

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

a) no hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria, y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. Por lo tanto, es mejor diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo. Siempre habrá tiempo para ampliar a los otros supuestos mediante leyes especiales, pero no se puede avanzar a ciegas en materia de política legislativa.

b) el campo de aplicación es muy amplio y significativo, de modo que se permite un desarrollo del instituto mediante la jurisprudencia y doctrina que va a permitir definir con mayor claridad sus perfiles. Es lo que ha sucedido en los países donde se ha aplicado;

c) no hay buenos ejemplos sobre una regla general en un código civil;

d) se ha preferido optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada “tragedia de los bienes comunes”, es decir, no hay incentivos individuales para su tutela.

En definitiva, los textos proyectados decían:

Artículo 1714.— Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave

⁶⁴ Un autor parece coincidir con el articulado proyectado, pero critica fuertemente el párrafo de los fundamentos del proyecto que justifica esta incorporación al proyecto, entre otras razones, en la circunstancia de que ya están incorporados al régimen del consumidor: “El argumento presentado en los fundamentos es de muy poco valor, y resulta casi una burla a un tema que ha merecido agitados debates en doctrina y jurisprudencia, sobre todo desde su incorporación en la ley de Defensa del consumidor” (ALVAREZ, Agustín, *Principales lineamientos sobre las funciones de la responsabilidad civil en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, Doc. Jud. Año XXIX, n° 16, 17/4/2013, pág. 12). Al parecer, el novel autor pretende que los fundamentos contengan explicaciones exhaustivas respecto a cada una de las figuras jurídicas incorporadas. Otras críticas a los fundamentos y a la regulación han sido formulados por MARTÍNEZ DE HOZ, José, *Reflexiones sobre la sanción pecuniaria disuasiva*, ED 253-511.



menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

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

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

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

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

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

(ii) Se elimina la solidaridad pasiva

(iii) Se enumeran otras pautas a tener en cuenta por el juez para liquidar la sanción (la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas)

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

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

(vi) La figura se extiende a ámbitos en los cuales hay coincidencia de su necesidad, tal es el de los ataques a los derechos ambientales⁶⁵.

⁶⁵ Compulsar, entre otros, LEDESMA, Juan I., *Los daños punitivos en el derecho ambiental*, en Rev. de Derecho ambiental, n° 36, Oct/Dic. 2013, pág. 39.



C) Como era esperable, la norma proyectada fue criticada por algunos autores, por no admitir la aplicación de oficio, por utilizar la palabra disuasoria, por silenciar algunos puntos como la asegurabilidad o no, por no dejar en claro quién es el destinatario, por no prever la solidaridad de todos los obligados, propiciando que se aclare que, al menos una parte debe destinarse al consumidor⁶⁶; alguno ha dicho, incluso, que la nueva formulación directamente elimina los daños punitivos⁶⁷.

Otros, por el contrario, aplauden la visión prudente de la fórmula incorporada por el proyecto, que recoge el historial de la figura en el derecho comparado⁶⁸ y concentra la figura en la defensa de los bienes de incidencia colectiva⁶⁹.

D) Lamentablemente, el Senado sustituyó el texto del art. 1714 y suprimió los llamados daños punitivos del código civil; además, mantuvo el texto del art. 52 bis de la ley de protección de los consumidores en su redacción actual.

⁶⁶ NALLAR, Florencia, *Los daños punitivos en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, en Rev. Derecho privado y comunitario, 2012-3 pág. 471; ALVAREZ LARRONDO, Federico, *Las nuevas regulaciones en materia de sanciones pecuniarias disuasivas (otrora daños punitivos)*, en JA 2012-IV fascículo n° 5 del 31/10/2012, pág. 32; LOVECE, Graciela, *De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el proyecto de código*, LL 2012-D-1187; FALCO, Guillermo, *El daño punitivo en el proyecto de código civil y comercial de la Nación y en el de modificación de la ley de defensa del consumidor*, en Rev. Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año V, n° 2, abril 2014, pág. 55; VITOLO, Daniel, *Las reformas al régimen de defensa del consumidor en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, Bs. As., ed. Ad Hoc, 2012, pág. 153. No obstante, este último autor ha adherido, en general, a la regulación, excepto en cuanto no prevé un límite máximo (Ver VITOLO, Daniel R., *Sanciones pecuniarias disuasivas*, LL 2013-E-699 y ss); JUNYENT BAS, Francisco y otros, *Destinatario de la multa en el daño punitivo*, LL 2013-B-696.

⁶⁷ MARTÍNEZ, Marisol, *La derogación de la función disuasiva del daño punitivo*, en AV. *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la Nación. 1° Congreso Nacional de análisis y debate sobre el proyecto*, Bs. As., ed. Fidas-Legis, 2012, pág. 83.

⁶⁸ PICASSO, Sebastián, *Los daños punitivos en el Proyecto de Código civil y comercial unificado*, en Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año III, n° 5, octubre 2012, pág. 82; PIZARRO, Ramón, *El desmantelamiento de los efectos del ilícito lucrativo en el proyecto de código civil y comercial*, en JA 2012-IV fascículo n° 13 del 26/12/2013, pág. 17; STIGLITZ, Gabriel, *Discriminación y sanción pecuniaria disuasiva*, Derecho Comercial del Consumidor y de la empresa, año III, n° 6, diciembre 2012, pág. 89; GALDOS, Jorge, *La sanción pecuniaria disuasiva ambiental*, en Rev. de Derecho ambiental, n° 31, julio/Setiembre 2012, pág. 85; LOPEZ MESA, Marcelo, *El daño directo y los daños punitivos de reformas al código civil*, en LÓPEZ MESA (director) *Estudios sobre el proyecto de nuevo código civil y comercial*, Resistencia, ed. ConTexto, 2012, pág. 9 (aunque crítica la denominación y atribuye al proyecto una “manía definitoria y nomencladora”); FRÚGOLI, Martín, *Ciertas cuestiones a delimitar en los daños punitivos. El proyecto de código civil y comercial de 2012*, Foro de Córdoba, n° 159, Dic. 2012, pág. 77; CENTANARO, Esteban y otros, *El daño punitivo en la ley de defensa del consumidor y su incorporación a la reforma del código civil y comercial. Una visión crítica*, en Doc. Jud. Año XXIX, n° 31, 31/7/2013, pág. 1; COSSARI, Maximiliano, *Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de código civil y comercial de la nación*, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIV, n° 12, Dic. 2012, pág. 53 (el autor se refiere solo a las pautas de cuantificación).

⁶⁹ GONZALO SOZZO, *Responsabilidad derivada del consumo de medicamentos (Lecciones del defecto del producto, el recall y los daños punitivos)*, en Rev. de Derecho Privado y comunitario 2013-1-357. Compulsar también Ylarri, Juan Santiago, *La aplicación de los daños punitivos en las acciones de clase en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios* en Rev. Derecho Comercial del consumidor y de la empresa, año V, n° 1, Febrero 2014, pág. 43.



El error cometido es grave porque mantiene la inconsistencia del sistema actual: aceptar los daños punitivos por el mero incumplimiento si están en juego los derechos del consumidor individual y rechazarlos si hay serios ataques a los derechos colectivos del ambiente.

Desconozco las razones del cambio porque ninguna expresión vertida ni por los legisladores ni por el Ministerio de Justicia ni por ningún otro funcionario las ha explicado. Atribuyo la sustitución de los textos al lobby de los “fundamentalistas” del derecho del consumo, que nunca reconocieron los errores del texto incorporado en el 2008 y lo defienden como si fuera la más perfecta de las normas.

9. – Las sanciones pecuniarias disuasivas, como otras figuras jurídicas, requieren jueces atentos a la realidad, prudentes, abiertos a los nuevos fenómenos. Por consiguiente, más allá de la regulación legal (perfectible, como toda obra humana) es el juez quien la conduce a su éxito o fracaso. De allí que he dedicado estas páginas, fundamentalmente, al análisis jurisprudencial.

Obviamente, los abogados deben ser verdaderos auxiliares de la justicia y recordar que no solo hay que invocar, sino también probar.