

torio en el que un tribunal administrativo negare la existencia del hecho y un tribunal judicial la aceptare? ¿Podría ocurrir, incluso, que la cuantificación que se realizare en sede administrativa fuere menor que la que efectivamente correspondiere? ¿Se habilitaría procesalmente como "hecho nuevo" por el proveedor el supuesto rechazo de la denuncia incoada en defensa del consumidor?

Una solución razonable sería que las oficinas de defensa del consumidor "cuantifiquen" en el límite los daños y perjuicios ocasionados sin adentrarse en una verdadera indagación de los daños efectivamente sufridos por el consumidor. Además, que se aclare que dicha cuantificación es "provisoria" y depende, en cierto modo, de la cuantificación que realice el tribunal judicial.

Como puede verse, se trata de una serie de inconvenientes prácticos que deberán evaluarse razonablemente a los fines de no perjudicar los derechos del consumidor.

CAPITULO II

DAÑOS PUNITIVOS EN LA REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Sumario: I. Introducción. II. Las vías en el derecho de consumo. III. Daños punitivos. IV. Nociones preliminares. V. Concepto. VI. Denominación. 1. Importancia de una correcta denominación. 2. Algunas precisiones. 3. Nuestra opinión. VII. Finalidades del instituto. 1. Finalidad sancionatoria. 2. Sentido preventivo. 3. Evitar el enriquecimiento ilegítimo. 4. Otros objetivos. VIII. Proyecto de 1998. IX. Prestación dineraria o en especie. X. Beneficiario de la multa. 1. El planteo *in abstracto*. 2. Un sentido realista. 3. El proyecto de 1998. 4. La reforma del régimen de consumidor. XI. Valoración de las circunstancias. 1. Enunciación. 2. Vinculación entre las distintas pautas valorativas. 3. La reforma del consumidor. XII. Cuantificación. XIII. Principio de congruencia.

I. Introducción

La cuestión de la protección del consumidor (y los daños al consumidor) se ha presentado con mucho más fuerza, en nuestro país, desde la reforma constitucional de 1994.

Se habla de una *protección de su salud, seguridad e intereses económicos* (tal cual lo expresa nuestro art. 42 C.N.). Puntualmente señala que 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 control.

II. Las vías en el derecho de consumo

Se ha dicho que el soporte del derecho del consumidor habrá que buscarse en la ley de defensa del consumidor, en el Código Civil y no meramente en las garantías generales de la Constitución que enmarcan, a su vez, al Código Civil, pero no lo sustituyen. También tendrán especial relevancia las normas formales o meramente procesales.

En este amplio espectro, pueden citarse innumerables leyes que han procurado darle un *contorno adecuado* a la protección y tutela del consumidor. No obstante ello, el nuevo art. 52 bis incorpora los daños punitivos en el derecho argentino, señalando que 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 correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b, de esta ley (o sea, cinco millones de pesos).

El derecho de consumo abreva también en las bases del *sistema preventivo* (que en materia de amparo obtiene algunas soluciones) y, por qué no, sancionatorio, ya que el esquema del consumidor no constituye una nueva rama del derecho sino una nueva forma de hacerlo. Se busca, en consecuencia, la prevención de un daño y no solamente el restablecimiento,

Se ha dicho que la prevención es una función que no escapa al campo de acción de la justicia civil⁽¹⁾. La evitación de los daños ingresa incuestionablemente en territorio del derecho privado, incluso como prioridad dentro del sistema del derecho de daños⁽²⁾.

III. Daños punitivos

Una nueva forma leer el derecho no puede prescindir de institutos que en ordenamientos del derecho comparado han tenido resultados beneficiosos y que hoy se incorpora con la reforma a la ley de defensa del consumidor. Se trata de evitar que una conducta dañadora se repita constantemente con afán lucrativo, aun cuando se indemnizen los perjuicios. *De nada sirve resarcir y volver a perjudicar los intereses de los consumidores.*

Mediante los daños punitivos se procura sancionar a quienes realicen graves conductas disvaliosas. Se persigue una disuasión a partir de una *pena pecuniaria*, en donde el agente dañador del consumidor no sabrá (de manera anticipada) cuál será su extensión económica.

Tal cuantificación dependerá de factores individual y concretamente valorados y, muchas veces, tendrá como finalidad esencial su imprevisibilidad. Justamente, es esta inseguridad la que fundamenta la eficacia preventiva de la figura punitiva⁽³⁾. El responsable, al no tener *pautas claras* en cuanto a su aplicación y extensión, no "arriesgará" una conducta dañosa por temor a abonar *daños punitivos* por montos "extraordinariamente elevados"⁽⁴⁾, que no tienen estricta relación con los perjuicios producidos.

(1) SNOBITZ, Gabriel, "Prevención de daños colectivos (en la jurisprudencia de la Corte de la Provincia de Buenos Aires)", L.L.B.A., 1998, p. 940.

(2) SNOBITZ, Gabriel, *Daños y perjuicios. Acciones indemnizatorias y preventivas*, La Rocca, Bs. As., 1987, p. 65.

(3) CAMPS, Carlos Enrique, "De los daños punitivos al enriquecimiento sin causa en el derecho civil ambiental", J.A., Suplemento de Derecho Ambiental, 113/01.

(4) Ver el comentario de Bustamante Alsina sobre el fallo de la Corte Federal de EE.UU., del 26 de junio de 1994 en: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Algo más sobre daños punitivos", L.L. 1994-D, p. 863.

Recientemente, un tribunal del Estado de Alaska aplicó por veredicto del jurado ⁽⁵⁾, una suma sin precedentes en una causa sobre daño ambiental, en concepto de *daños punitivos* (5.000 millones de dólares) incrementando así el rubro compensatorio (200 millones de dólares). La condena recayó sobre la *Exxon Corp.*, a favor de pescadores y habitantes de aquel Estado, por la contaminación de las aguas del mar en la Bahía Prince Williams frente a las costas de su territorio, provocado por un cuantioso derramo de petróleo de un buque cisterna de aquella empresa durante 1989. Se consideró que aquella suma fijada sobre la capacidad financiera de la demandada, independientemente del monto real de los perjuicios, sería suficiente para modificar su comportamiento ⁽⁶⁾.

IV. Nociones preliminares

Inicialmente no fue mucho el interés doctrinario vernáculo, incluso continental europeo, en el importante tema de los daños punitivos. Concretamente, en nuestro país los primeros estudios que comenzaron a surgir son de la década del noventa ⁽⁷⁾. Ello fue así, por la fuerte raigambre europea de nuestro derecho civil; y aun de nuestro derecho mercantil, que -a excepción de algunas materias (v.gr. *corporations*)- aún sigue abrevando de fuentes italianas, alemanas, francesas y españolas.

La mayoría de las legislaciones europeas ⁽⁸⁾ no ha regulado el tema de los *punitive damages*, siendo reacios a incorporar un mecanismo preventivo-

sancionatorio ajeno a su tradición sociocultural jurídica; siendo reacios a permitir la instalación de un instituto de neto corte norteamericano. Desde selectos ámbitos doctrinarios del "continente viejo" se ha rechazado con ímpetu tal posibilidad con base en una serie de argumentos que luego se profundizarán.

V. Concepto

En este contexto de escasez, comenzaron a bregar con fuerza las primeras nociones conceptualizantes. En esencia se trata de un instituto muy vinculado con el sistema resarcitorio; aunque no es propiamente un mecanismo de reparación del daño. Concretamente se relaciona con un cierto matiz de *corte sancionatorio* del llamado "derecho de daños". El instituto se orienta concretamente al castigo de determinadas conductas que han producido daños en el patrimonio o la *mónada* (en términos del filósofo alemán Gottfried Wilhelm Leibniz) espiritual de las personas. Esta sanción puede consistir en una suma de dinero o en alguna otra prestación que se adiciona a la reparación ordinaria de los daños acaecidos.

Concretamente, Pizarro, al preguntarse sobre qué son los daños punitivos, dice que son "*sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que está destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro*" ⁽⁹⁾.

En una línea similar, Zavala de González y González Zavala indican que la "*indemnización punitiva es reputada como una pena civil cuyo importe debe destinarse a la víctima, a semejanzas de las "astreintes" y de los intereses sancionatorios*" ⁽¹⁰⁾.

en su valor lo suficiente para asegurar su función preventiva. Los daños punitivos se aprecian tomando en cuenta todas las circunstancias apropiadas, en particular la gravedad de la falta cometida por el deudor, su situación patrimonial, la dimensión de la reparación que debe afrontar ante el acreedor y, cuando tal sea el caso, el hecho de que el pago de la reparación sea, total o parcialmente, asumido por un tercero".

(9) PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral*, Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 374.

(10) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín, "Indemnización punitiva", *Foro de Córdoba* N° 38, 1997, p. 74.

(5) "La Nación" (R.A.), del 17 de setiembre de 1994.

(6) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad por daño ambiental (Existen desechos industriales que no son residuos peligrosos de la ley 24.051)", L.L. 1995-C, p. 363.

(7) Se dice que uno de los primeros estudios publicados en nuestro país fue el de Pizarro, editado en 1993 (PIZARRO, Ramón Daniel, "Daños punitivos", en *Derecho de daños (Segunda parte). Homenaje al Prof. doctor Félix A. Trigo Represas*, La Rocca, Bs. As., 1993, p. 283). También se hace referencia a una disertación de Knehlmaier de Carlucci pronunciada en el marco de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26/8/1993 (KNEHLMAYER DE CARLUCCI, Aída, *Anticipo de Anales*, año XXXVIII, Segunda época N° 31). Confr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", L.L. 1994-B, p. 860.

(8) Por el contrario, el art. 1621 del Código Civil de Quebec (Canadá) de 1994 señala: "Cuando la ley prevea la imposición de daños e intereses punitivos el monto no puede exceder

30

También se la ha asignado el carácter de una "multa civil"⁽¹¹⁾. En este sentido, la nota de elevación del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio de 1998 (en adelante, Proyecto de 1998) se señala que "se prevé asignar al tribunal atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva, cuyo monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que determine el tribunal por resolución fundada"⁽¹²⁾.

Por nuestra parte, y teniendo en cuenta los enunciados de los juristas citados precedentemente, consideramos que los daños punitivos "constituyen prestaciones dinerarias o de otra naturaleza (v.gr. de hacer -art. 625 C.C.-) que el tribunal jurisdiccional o arbitral ordena pagar a la víctima de un acto o hecho antijurídico -o a un tercero (que puede ser o no el Estado) que el tribunal determine- que pueden agregarse a los restantes rubros indemnizatorios (o no) en relación a los daños realmente experimentados por el damnificado, teniendo como base elementos tales como los beneficios obtenidos por el dañador, el dolo, lo repugnante de la conducta y otras circunstancias valoradas en el caso concreto, cuya fin finalidad es sancionatoria y preventiva".

El art. 52 bis L.D.C., señala que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicarle 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 correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b, de la ley.

(11) Así lo hace el Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio de 1998 (ver, por ejemplo, la edición de Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999, p. 444) al incorporar el art. 1.587.

(12) *Ibidem*, p. 101.

VI. Denominación

1. Importancia de una correcta denominación

Desde otros ámbitos del derecho se ha puesto de relieve que la denominación de un instituto reviste un especial valor representativo, reflejo de su contenido, y no consiste en una cuestión puramente formal⁽¹³⁾. Ello así, pues el nombre establece un "perímetro" que mensura su amplitud y hace referencia a su objeto predominante. En segundo lugar previene confusiones y evita que, desprolijamente, se confundan algunas instituciones con otras⁽¹⁴⁾.

A los fines de una óptima claridad expositiva, resulta útil analizar el *nomen juris* del instituto bajo estudio para deslindar cuál es la denominación que más se adecua a las necesidades del instituto. En este sentido, debe decirse que el término "daños punitivos" ha sido acuñado en el ambiente jurídico como una traducción del término estadounidense de *punitive damages* y es el que emplea la reforma legal en el acápite del art. 52 bis.

2. Algunas precisiones

Por ello, procurando comprender acabadamente el real alcance del término *punitive damages*, debe diferenciarse el significado de *damage* (en singular) de *damages* (en plural). En este sentido, *damage* debe traducirse como daño, perjuicio, pérdida⁽¹⁵⁾, mientras que *damages* puede adquirir el sentido de "indemnización o resarcimiento de daños y perjuicios"⁽¹⁶⁾.

(13) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Concurso preventivo del gorante*, Depalma, Bs. As., 2000, p. 21.

(14) Sobre la importancia de la denominación, ver ROMERO BASALDUÑA, Luis C., *Derecho marítimo*, Marcos Leiner, 1996, t. I, p. 8.

(15) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor C., *Diccionario jurídico. Law dictionary*, Heliasta, Bs. As., 1998, t. I, p. 207.

(16) CABANELLAS DE LAS CUEVAS y HOAGUE, *Diccionario jurídico. Law dictionary*, *ibid.*, t. I, p. 207.

En este orden de cosas se ha dicho que *damage* significa "pérdida, daño o deterioro causados por la negligencia, intención o accidente de una persona respecto de otra en su persona o en sus bienes. Esta palabra debe distinguirse del plural, *damages*, que significa una compensación en dinero por una pérdida o daño. Esta injuria da derecho a quien ha sufrido un daño a demandar la reparación del mismo contra quien ha sido el autor" (17).

Además, el vocablo *damages* se relaciona con otros términos que consignan en él alguna significación diferente. En este sentido, pueden establecerse dos clases (18):

i) *Compensatory damages*: "Son aquellos que compensan al damnificado por los daños sufridos y nada más; por ejemplo reparar o reemplazar el bien dañado por la conducta ilícita".

ii) *Exemplary damages*: Es una indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente se compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de su conducta ilícita, o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un ejemplo del caso, previniendo futuras inconductas semejantes ante el temor de la punición, por cuya razón son también llamados *punitive* o *punitory damages* o *vindictive damages* o vulgarmente *smart money*. "Se dice por otra parte, que la idea de castigo no debe entrar en esta definición. El término debe emplearse para significar el incremento de indemnización considerando que el daño fuera agravado por el daño moral (*injury to the feelings*) del actor debido a la conducta del demandado" (19).

(17) BUSTAMANTE ALSINA, "Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema..." cit., p. 861.

(18) Continúa el extinto profesor Bustamante Alsina (BUSTAMANTE ALSINA, "Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema..." cit., p. 861).

(19) *Ibidem*, p. 862.

3. Nuestra opinión

Concretamente debe ponderarse si el binomio "daños punitivos" se amolda a nuestro lenguaje. Se aclara que tal denominación no es la más ajustada al sistema legal. En efecto, lo sancionatorio (punitivo) no es el daño. El daño *indemnizable* no puede ser nunca punitivo.

Se hizo la aclaración ("indemnizable") pues pueden existir determinados daños que, más allá de su legitimidad, sean conferidos por el sujeto dañador motivados por la punición de una determinada conducta. Pero, en este sentido, el daño no es sufrido por el sujeto sancionante, sino por quien realizó la conducta motivante de la reacción. De otro lado, no será *el daño lo que sancione*, sino que podrá ser -en todo caso- la indemnización que el tribunal estime, en orden a la reparación de los perjuicios sufridos.

Por ello, estimamos que la denominación "daños punitivos" no es la correcta, pues el daño solamente es el factor detonante de la sanción legal, mas no la sanción en sí misma. El error se deriva más bien de la *dual acepción* del término *damages* (20) en cuanto (y esto es muy característico del idioma inglés) con un mismo término alude al daño y a su reparación. Pues entonces será confuso (sin un contexto lingüístico definido) el término empleado *in abstracto*, en donde un solo binomio lexicográfico condensa, en términos kelsenianos, la hipótesis condicionante (daño) y la consecuencia normativa (reparación).

Aun aceptando que el término inglés alude a indemnización, el giro "indemnización punitiva" tampoco convence del todo. En efecto, en un sistema como el argentino, en donde sólo deben indemnizarse los perjuicios efectivamente sufridos por el damnificado (y no más), resulta levemente extraño hablar de una indemnización cuando no hay "qué" reparar.

Si bien es más convincente esta denominación (indemnización punitiva), no lo es totalmente. Indemnizar, proviene de la raíz latina traducida en "daño" que, conjugado con el prefijo negativo "in", alude a *no daño*. Por ello, *indemnizar* es dejar libre de daño a, valga el juego de palabras, un damnifica-

(20) Según el diccionario consultado, el término también se refiere al daño (CAHANELLAS DE LAS CURVAS y HOAGUE, *Diccionario jurídico. Law dictionary...* cit., t. 1, p. 207).

31

do, resultado que, muchas veces, se consigue mediante una prestación dineraria o en especie.

Por ello, si la indemnización "punitiva" se adiciona a la "ordinaria", deja de ser una indemnización para transformarse en un *plus sancionatorio* que no reviste naturaleza resarcitoria. Si el daño ya se reparó (mediante la reparación ordinaria), lo demás será sanción.

Por último, la restante alternativa es la de pena o multa civil. Este *nomen juris* es el que, a nuestro juicio, más se adecua al sistema vernáculo (incluso el art. 52 bis así lo enuncia). En primer lugar, pues responde a su naturaleza jurídica (tema en el que no nos introduciremos⁽²¹⁾) y no confunde -ni mezcla conceptos- en un contexto sistémico, aun adecuado en materia resarcitoria. Por otro lado, agrada la idea del adjetivo utilizado ("civil"), pues no desvincula al instituto de una rama del derecho en la cual debe operativizarse: el derecho de daños. Mantiene enfáticamente esta zona de aplicación, rechazando cualquier intento de otras ramas (v. gr. derecho penal, administrativo, etcétera) de mutar su esencia jurídica.

Ello así, pues la multa civil *acompaña* un real resarcimiento de daños efectivamente sufridos; pero *acompaña* sin confundirse. Es un plus cuantificable económicamente que se determina con la *finalidad de sancionar* (y futura prevención, pues son conceptos -en este aspecto- íntimamente ligados). También es adecuado el vocablo pena o multa, pues, a la postre, se indica la posibilidad de abonar una suma de dinero u otra prestación debido a una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo dicho, atento a que el término *daños punitivos* se ha arraigado ya lo suficiente en el ambiente jurídico argentino, se utilizarán indistintamente las alternativas denominativas, reconociendo la impropiedad de tales utilizaciones.

(21) Carrío establece que discusiones sobre la naturaleza de un determinado instituto carecen de razón de ser (CARRÍO, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª ed. aumentada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1986. Textualmente dice: "Las afanosas pesquisas de los juristas por 'descubrir' la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación están destinadas al fracaso". En esta misma línea de pensamiento puede verse el prólogo del autor antes citado en: BSA SOTO, Eugenio, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1961.

VII. Finalidades del instituto

El desarrollo de este punto tiende a responder el interrogante relacionado con la justificación práctica del instituto. El "porqué" de los daños punitivos; su finalidad.

1. Finalidad sancionatoria

Cabe señalar que el primordial móvil del instituto es de *jaez sancionatorio*. Y así su nombre lo indica. Procura castigar determinadas conductas de acuerdo a pautas de valoración preestablecidas por el ordenamiento o libradas al discernimiento judicial.

Así se ha dicho que "el objetivo punitivo se sustenta en la lesión al interés comunitario por la conducta intolerablemente nociva, ante la cual el derecho debe expresar su desaprobación contundente. El resarcimiento restituye a la víctima a la situación *ex ante*; pero, si el dañador se queda con ventajas, no son paliados todos los efectos del hecho ilícito"⁽²²⁾.

Sin dudas que este sentido tiene un valor *ético-jurídico*⁽²³⁾, pues implica una diatriba del plexo normativo a una conducta *insitamente* (en su relación con el orden social) disvaliosa. Básicamente implica la imperatividad de que el ordenamiento no luzca inasible (y reaccione) ante una actuación ilícita; ante una conducta que refiene en sus contornos aspectos vinculados con el beneficio de la ilicitud, con su clara desaprobación social e incluso con la propia repercusión en el damnificado.

2. Sentido preventivo

También tiene un *matiz preventivo*, que se liga necesariamente al sentido punitivo. Las penas, multas, sanciones, etcétera no sólo tienen por designio el

(22) ZAVALA DE GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ ZAVILA S., *Indemnización punitiva*, cit., p. 74.

(23) PIZARRO, *Daño moral*, cit., p. 381.

castigar al culpable o responsable de una determinada conducta. También tienden a potenciar la sanción de un individuo entre quienes se encuentran en similares características. Así, la *dinámica centrífuga* de las punitivas procura impactar de manera concreta en el espectro de las conductas de todos los integrantes de la comunidad.

De este modo se evita (previene) que sujetos similares al sancionado busquen realizar conductas similares. Es más, quien realice habitualmente actos análogos a los sancionados, seguramente cesará en su conducta, para eludir la pena "no querida". Además, dado la *propiedad variable* (según circunstancias muchas veces educadoras) de los daños punitivos, se causará en el resto de la comunidad una profunda indeterminación en cuanto a su previsión cuantitativa. De esta forma, el *dañador intencional* no podrá provisionar en sus análisis económicos esta "cuenta", pues no es -en términos contables- previsible.

3. Evitar el enriquecimiento ilegítimo

También tiene por finalidad evitar los "injustos" beneficios obtenidos a través del daño. Así, *"toda pena es un mal para el sujeto pasivo; pero aquí la particularidad reside en que el mal es equivalente (o aproximado) a la mejora indeseablemente lograda por el responsable. Con ello, se debilita en buena medida el objetivo sancionatorio pues, en realidad no se infiere un "mal adicional" al dañador, sino que se destruye el "beneficio adicional" que él creó en interés propio y sobre sacrificio ajeno."* (24).

Por ello, se impide que quien cause un daño, se "beneficie", a pesar de haber indemnizado todos los perjuicios a la víctima. En este sentido, los daños punitivos buscan que el beneficio ilegítimamente obtenido no quede en manos del agente dañador, pues si así fuera, este último habría obtenido lo que se propuso al causar el daño. Se podrá argumentar que nuestro ordenamiento no admite el enriquecimiento sin causa, mas mucho menos acepta el enrique-

(24) ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA, *Indemnización punitiva*, cit., p. 75.

cimiento fundado en una causa ilícita. Quien se beneficia ilegítimamente se enriquece sin causa (*rectius*: con causa no recta).

De este modo, no se permite que el responsable pueda *especular* con los perjuicios ajenos; se proscribe que se beneficie cuando sabe que, estadísticamente, si se causa un pequeño mal a muchos y difusos puntos de intereses, los reclamos efectivamente recibidos en su consecuencia, no tendrán relación proporcionalmente cuantitativa con las utilidades económicas recibidas por la omisión de los reclamos. No es común que se inicien acciones de responsabilidad civil por daños ínfimos; menos aún que todos lo hagan.

En consecuencia, el beneficio del responsable se proyectará *inversamente proporcional* al número de reclamos recibidos. Y, como este guarismo será pobre, el provecho económico será cuantioso.

4. Otros objetivos

Otro de los objetivos insinuados por las multas civiles se vincula al "restablecimiento del equilibrio emocional de la víctima". En este sentido, señala Pizarro que se permitiría *"calmar los sentimientos heridos del actor y restablecer su equilibrio emocional. Una suerte de venganza privada canalizada por vías legales"* (25).

VIII. Proyecto de 1998

El Proyecto de 1998, siguiendo las legislaciones más avanzadas (como por ejemplo, el Código de Quebec), ha regulado expresamente la cuestión. En este sentido incluyó entre su articulado un precepto destinado a reglamentar la llamada "multa civil".

Esta norma es el art. 1587 del Proyecto, que textualmente dice: *"Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de*

(25) PIZARRO, *Daño moral*, cit., p. 381.

32

incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”.

IX. Prestación dineraria o en especie

Con relación a cómo deben determinarse los daños punitivos, debe decirse, en primer lugar, que pueden consistir en una suma de dinero o en la realización de una conducta o en la entrega de alguna cosa. Generalmente, consistirá en una suma de dinero, ya que es más fácil de cuantificar y de hacer efectivo.

Decimos esto, ya que cumplimentar una determinada conducta puede traer inconvenientes operativos. En efecto, puede suceder que el responsable se niegue a consumir tal actividad y, en consecuencia, se agregaría un nuevo obstáculo a la efectiva aplicación de la pena. Ello así, pues en este caso, o bien se deberá peticionar la aplicación de astreintes (es decir, una nueva sanción accesoria de otra), o bien corresponderá su cuantificación dineraria. (iguales reflexiones caben en cuanto a la prestación de dar una cosa determinada.

Sin perjuicio de ello, no debe desecharse tal posibilidad, pues en algunos casos como, por ejemplo, daños al consumidor, la efectiva prestación de servicios por parte del agente dañador puede producir un beneficio considerable que no puede obtenerse de otro modo, debido, v.gr., a los especiales conocimientos del dañador.

Asimismo, la realización de conductas (a modo de penalidad) también tiene un sentido *profundamente seleccionador* que el dinero no puede conseguir, pues es sólo eso, dinero.

Por ello, en este punto cabe concluir que por lo general la concretización del daño punitivo devendrá en una suma pecuniaria. No obstante ello, no pueden cerrarse las puertas a alternativas cualitativamente más positivas.

X. Beneficiario de la multa

La cuestión respecto de quién debe recibir el beneficio de la multa, se ha transformado en la mayoría de los ordenamientos del derecho comparado en un

tema de estricta *política legislativa*. En efecto, es el propio cuerpo normativo el que establece, *ex ante*, quién debe ser el beneficiario de la sanción civil.

1. El planteo in abstracto

Sin perjuicio de ello, y en abstracto, cabe señalar que a lo mejor no siempre será que la víctima sea quien reciba el monto de la multa. En efecto, muchas veces el damnificado se beneficiará con el daño injustamente recibido. No sólo que habrá obtenido su pretensión resarcitoria, sino que además mejorará su fortuna con un plus que no responde a los daños efectivamente sufridos.

De otro lado, en los casos de *legitimación difusa* (como también lo prevé la reforma) el solo inicio de uno de los legitimados activamente lo beneficiaría notablemente en relación al resto de los afectados. Ello así, porque si bien estos últimos habrán restablecido las condiciones de consumo (incluso obteniendo reparación en especie), no habrán obtenido esa suma de dinero adicional, que sólo conseguirá quien inició la acción resarcitoria (no amparo, pues en este estrecho marco no pueden reclamarse daños y perjuicios).

Similares reflexiones deben formularse en cuanto a la pena pecuniaria *pública* (esto es, que beneficie al Estado). Muchas veces la percepción por parte del Estado de este importe dinerario no tendrá relación directa con las circunstancias fácticas del daño acaecido. Incluso puede suceder que la asignación presupuestaria de tal crédito se destine a cualquier otro fin.

Aunque otras veces, designar beneficiario de la multa al Estado, evita el enriquecimiento injustificado de los particulares y procura una adecuada distribución del dinero entre fines loables. También se podrán formar cuentas especiales en las cuales se depositen las sumas punitivas según la clasificación de la actividad dañosa.

Amén de lo dicho, la sanción económica puede destinarse a las entidades de bien público que realicen actividades vinculadas al daño efectivamente producido. Si el daño se produce a un abanico de consumidores de un determinado producto, estas asociaciones serán un destinatario *axiológicamente permitido*.

Como puede advertirse, las alternativas son tantas cuanto la imaginación del operador jurídico pueda llegar. No hay limitaciones, ya que, como se ha dicho, el derecho *“es la más poderosa escuela de la imaginación, nunca*

un poeta ha interpretado lo naturaleza tan libremente como un jurista la realidad" (26).

2. Un sentido realista

Ahora bien, tales reflexiones fueron realizadas *en abstracto*, pues *en concreto* se estima más adecuado que la propia víctima esté legitimada para reclamar los daños punitivos.

Es una triste realidad cotidiana que en materia de organización estatal el Estado brilla por sus constantes omisiones. Deja muchos vacíos que convalidan conductas reñidas con los beneficios estatales. Por ello, ubicar en manos del Estado esta acción implica llevar al fracaso un instituto que puede ser beneficioso para la comunidad toda.

En consecuencia, deben distinguirse dos conceptos que no son similares: legitimación activa y destino de la indemnización.

i) Legitimación activa. En primer término, debe decirse que la legitimación activa del reclamo de los daños punitivos no puede recaer en el Estado. Por un lado, pues será difícil que éste pueda percibir en cada *caso particular* este tipo de multa civil. Por el otro, porque aun conociendo la existencia de un supuesto de procedencia de los *punitive damages*, carecería de elementos probatorios suficientes para tal reclamo. Todo ello, sumado a la ineficiencia propia del aparato burocrático.

Por ello, resulta conveniente (*rectius*: indispensable) que la mentada legitimación sea para la víctima del supuesto fáctico que da pábulo para la procedencia de la indemnización punitiva. Ello así, pues:

Conoce mejor que nadie los ribetes particulares de la causa (ya que ha sido ella quien ha sufrido el daño). La proximidad entre la pena pecuniaria (daño punitivo) y el daño resarcible es tan estrecha que se favorece una correcta dinámica de la acción.

(26) GIRAUDBOUX, citado por FARDOSI, Horacio P., en el prólogo a la obra de GRILLO, Horacio Augusto, *Período de sospecha en la ley de concursos*, Astrea, Bs. As., 1988.

En segundo lugar, porque tal posibilidad (la de reclamar daños punitivos) se constituirá en un factor extra de avenimiento de las partes.

Tercero: se funda en principios de economía de esfuerzos. Ello es lógico, pues esta interpretación permite la unificación de la legitimación evitando el desdoblamiento de acción que deben tramitarse, en términos de eficiencia jurídica, de manera paralela.

ii) Destino de la multa civil. Con respecto al destino de los importes punitivos, también se estima más adecuado que el consumidor resulte beneficiario de ellos. O, cuando menos, de una porción de la indemnización (*latu sensu*) punitiva.

No se nos escapa que lo axiológicamente correcto sería que el Estado organizase la correcta distribución del importe entre todos los damnificados o creando un fondo destinado a proteger el sector afectado de posibles nuevos y similares daños. Pero también es cierto que si se produce un desdoblamiento entre el legitimado (activo) y el destinatario, el interés del legitimado activamente disminuirá en orden al efecto reclamado de este rubro punitivo (27). El interés es la medida de la acción, también en un sentido pragmático.

Entonces, nos preguntamos: ¿qué interés puede tener el reclamante de una indemnización en adicionar un rubro que probablemente empeore sus posibilidades de cobro? O, aun más, que entorpezca sus posibilidad de negociación, ya que deberá incluirse el monto de la multa civil, ¿podrá el particular renunciar a los daños punitivos, por omisión o renuncia expresa?

Por todo ello, estimamos que lo correcto sería que el tribunal determine que una porción de la pena pecuniaria beneficie directamente al damnificado, procurando de este modo mantener vigente el interés por este rubro punitivo. El resto sería conveniente que se destinase a alguna organización de bien común o al propio Estado.

(27) En este sentido se ha dicho: "Si la pena se socializa (percepción por el Estado), la institución pierde su fuerza, por tornarse de dudosa aplicación práctica, ya que el o los damnificados carecerían de interés para reclamar sus imposición. La realidad argentina demuestra la escasa represión de delitos no penados con penas privativas de libertad (cuyas acciones prescriben generalizadamente)" (ZAVALA DE GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ ZAVALA, *Indemnización punitiva*, cit., p. 79)

43

Pero nos preguntamos: ¿a qué Estado?, ¿al nacional, provincial o municipal? Primariamente, hay que señalar que dependerá de las circunstancias particulares del caso planteado. Luego también será conveniente determinar el radio de acción de cada uno de los gobiernos y la extensión de los daños. Nada obstaría, por otro lado, una distribución proporcionada entre todas las órbitas de poder.

3. El proyecto de 1998

El proyecto de Código Civil de 1998 (art. 1587) ha regulado la cuestión de manera satisfactoria.

Si bien el art. 1587 no ha indicado expresamente la legitimación activa en relación al instituto sub estudio, se sobreentiende que se mantiene en poder del damnificado. Ello así, pues tal norma se enmarca en la regulación general de la responsabilidad civil, sin formular un expreso despojo de la referida legitimación. Por otro lado, tampoco puede presumirse la legitimación del Estado, pues no ha sido estipulada por la norma proyectada. Máxime, cuando no necesariamente será el beneficiario de la suma obtenida por daños punitivos.

Con respecto al destino de dichos fondos, el Proyecto no determina de manera específica quién es el favorecido. Simplemente establece que "tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada". No obstante ello, y si bien hubiese sido conveniente que el precepto detallara un poco más las alternativas del iudicante o que estableciera algunas pautas concretas en orden al beneficiario, pensamos que las posibilidades se irán fijando de acuerdo a cánones jurisprudenciales.

Sin perjuicio de ello, no es conveniente despojar de todo beneficio a la víctima so riesgo de hacer desaparecer la figura proyectada. En este margen, de apreciación judicial, encuentran suficiente respaldo legal a los fines de incorporar la solución que pregonáramos *ut supra*: esto es, dividir el importe punitivo entre la víctima y alguna entidad de bien público o el mismo Estado.

4. La reforma del régimen de consumidor

El art. 52 bis resuelve la cuestión señalando que la legitimación compete al consumidor (o eventualmente a la asociación) y que la multa será "a favor del consumidor".

El destino de los fondos es el patrimonio del consumidor y en cierto modo funciona como un estimulante para el inicio de las acciones y la natural corrección del mercado.

XI. Valoración de las circunstancias

1. Enunciación

En este sentido, Pizarro⁽²⁸⁾ establece que las pautas de valoración son muy variadas. Entre otras, toma en cuenta las siguientes:

- i) La gravedad de la falta;
- ii) La situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal;
- iii) Los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito;
- iv) La posición de mercado o de mayor poder del punido;
- v) El carácter antisocial de la conducta;
- vi) La finalidad disuasiva futura perseguida;
- vii) La actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta;
- viii) El número y nivel empleados comprometidos en la conducta de mercado;
- ix) Los sentimientos heridos de la víctima.

2. Vinculación entre las distintas pautas valorativas

Por ello, debe decirse que muchos serán los extremos que el tribunal (judicial o arbitral) deberá merituar a la hora de aplicar la sanción civil. Sin dudas que la gravedad del ilícito será una directriz fundamental en este orden. Obviamente que la trascendencia del ilícito civil se juzgará teniendo en cuenta los valores tutelados por la norma.

(28) PIZARRO, *Daño moral*, cit., p. 380.

En este sentido, tienen ingente aplicación en materia de derechos humanos, en materia de consumo y en otras, cuya fuerza emana de la Constitución Nacional, tratados internacionales y normas con jerarquía diferencial y de todo un standard de conducta impuesto culturalmente. Normas que por su existencia se dirigen a resguardar (tutelar) las bases mismas de la comunidad.

Esta misma gravedad se relaciona directamente con la otra pauta de valoración relacionada con el *carácter antisocial* de la inconducta. No necesariamente una conducta antisocial debe ser *grave*, pues de hecho existen actividades antisociales, asociales e incluso parasociales que no causan perjuicio a nadie. O, aun causándolo, no tienen la consistencia para trascender al campo de los *punitive damages*. Una conducta será antisocial cuando transgreda algunas reglas de conducta impuestas por la colectividad; cuando se vulneren pautas dictadas en el seno de un conjunto organizado de individuos y que tienden a facilitar una adecuada convivencia.

Aunque no necesariamente todo lo antisocial es antijurídico, para que una conducta antisocial dé lugar a los daños punitivos deberá ser ineludiblemente ilícita. Debe haber transgresión al ordenamiento jurídico, en cualquiera de sus sentidos aprehendidos. Sin perjuicio de ello, de una correcta dialéctica entre ambos *standards* emanará sin dudas una albergante respuesta para el órgano iudicante.

Otro punto muy importante de referencia se relaciona con aspectos netamente economicistas. Así también deberán ponderarse matices como la situación económica del responsable o las utilidades obtenidas de la conducta gravemente ilícita.

Sin quien teniendo una buena posición económica (y puede arbitrar medidas de índole preventivo), no toma recaudos necesarios para evitar el daño al próximo, debe decirse que tal circunstancias tendrá un *canon de valoración distinto* de quien no tiene posibilidad de prevenir el daño. O ni siquiera lo pudo conocer. No se trata de un máximo mediante la cual hay que castigar a los poderosos, sino de una natural compensación -deslindada de cualquier ideología política-, por la cual quien más conoce o posee una situación superior (en algunos aspectos), tiene *mayor responsabilidad* para con la sociedad toda.

Desde esta óptica, si el ordenamiento permite lucrar dañando al prójimo, con tal de que se reparen los perjuicios (producidos), se estará fomentando la causación de nuevos daños (pues también serán resarcidos). El sistema resarcitorio no puede generar alicientes para conductas dañosas. Al contrario, debe evitarlas.

De otra forma se amparará la especulación con base en la cuantificación económica de los perjuicios. Por otro lado, muchas veces la legitimación activa para el reclamo de las indemnizaciones se encuentra tan dispersa (difusa) que constituye un serio óbice para la obtención de una reparación integral a todos los verdaderamente perjudicados.

Los daños punitivos sin dudas contribuirán a evitar tal conducta dañosa de bases especulativas, desnaturalizando cualquier eventual predicción en cuanto a la efectiva condena de los mismos. El potencial dañador no sabrá a qué atenerse, pues en algunos casos la determinación punitiva será de poco monto y, en otras, de sumas impensables. Esta impredecibilidad será el sólido argumento fundante de la implantación legislativa de los *punitive damages*.

3. La reforma del consumidor

La reforma ha tomado algunas pautas valorativas similares. En éste, incluyó como cartabón esencial la "gravedad del hecho y demás circunstancias del caso". Por ello, debe señalarse que lo fundamental a la hora de aplicar penas pecuniarias es la *gravedad* de la conducta en relación a los derechos de los demás. Es esa indiferencia, la que lleva las conductas a los extremos de un dolo eventual o una negligencia grave. Es decir, quien pudiendo representarse los resultados dañosos de su actuar no modifica su conducta, sino que, por el contrario, continúa. Se procura eliminar esta *indiferencia* (grave) como un fuerte indicio de un individualismo que el ordenamiento no puede tolerar. Lilo así, pues el plexo normativo no puede tutelar una indiferencia respecto del resto de los derechos. Admitir tal indiferencia sería tanto como permitir una propia limitación de las relaciones sistémicas del orden jurídico.

XII. Cuantificación

Con respecto a la valoración cuantitativa, gozará de dificultades discrecionales, aun cuando la ley estipula como límite cuantitativo máximo el establecido por el art. 47, inc. c, L.D.C. (que es de cinco millones de pesos). En este aspecto debe decirse que, si ya la cuantificación del daño moral ha generado algunos inconvenientes en doctrina y jurisprudencia, mayores problemas generará -sin dudas- la determinación económica de los *punitive damages*.

No obstante ello, los parámetros pecuniarios se determinarán en el caso *factico concreto*. No obstante ello, este rubro (punitivo) no puede exceder el principio de razonabilidad tutelado por nuestro orden constitucional (art. 28 C.N.).

Si bien lo emocional tendrá una buena cuota en su fijación judicial, no debe caer en el extremo de fundar la indemnización punitiva sólo en este punto. Deben ponderarse todos los extremos invocados. Sólo un buen desarrollo de todas las condiciones de tiempo, modo y lugar permitirá fundamentar de manera adecuada una resolución que imponga punitivos civiles.

Pero lo importante -y en esto hay consenso doctrinario y jurisprudencial- será tomar en cuenta los *beneficios económicos* (o de otra índole, v.gr. información, ventaja competitiva) que el agente dañador consiguió con su actuar antijurídico.

El problema se suscitara en la determinación de estos rendimientos. ¿Sobre quién recaerá la prueba de éstos? ¿Deben acreditarse acabadamente tales extremos? ¿Tendrá el juzgador algún margen de movilidad en orden a la efectiva aplicación de los daños punitivos?

Sin dudas que no puede rendirse una prueba acabada de todo el provecho obtenido con la conducta dañadora. En este sentido, el juez deberá manejarse con indicios y asesores en áreas especializadas; no debe (ni puede) exigirse -so riesgo de desnaturalizar el instituto- una detallada y completa probanza de las utilidades conseguidas por el agente dañador.

Además, el juez que entienda la causa, como se dijo, tendrá discrecionalidad en su cuantificación. Mas debe aclararse que discrecionalidad no es arbitrariedad. Por ello, la decisión que concrete pecuniariamente la multa civil debe estar sólidamente fundada, máxime teniendo en cuenta que tiene corte sancionatorio.

En este sentido el art. 1587 del Proyecto citado establece que "su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta". Vale decir que ratifica las pautas valorativas esgrimidas anteriormente.

XIII. Principio de congruencia

Otro tema de indudable interés se relaciona con la necesidad de que sea peticionado a instancia de la víctima. ¿Es necesario que el rubro punitivo sea

peticionado por la víctima o el juez tiene facultades para aplicarlo de oficio? ¿Puede iniciarse una demanda autónoma de daños punitivos?

Amén de las múltiples respuestas (y concordantes fundamentaciones) que pueden darse sobre el punto, pensamos que no es conveniente dotar al juez de facultades oficiosas en orden a la aplicación de los daños punitivos. Mas esta opinión no se fundamenta en la imposibilidad del juez de actuar de oficio, sino que se basa en el elemental principio de defensa en juicio (art. 18 C.N.).

En efecto, permitir que el órgano jurisdiccional (discrecionalmente) aplique una sanción de juez civil de oficio vulnera el fundamental derecho de defensa. Ello así, pues el responsable no podrá arbitrar sus medios defensivos para evitar la sanción. Al margen de su naturaleza civil, los *punitive damages* no dejan de ser una sanción. Y, como pena que es, debe respetarse el adecuado derecho de ser oído, de ofrecer prueba y de argumentar todo lo que haga a sus derechos.

En esencia, el condenar al responsable por un monto que no fue peticionado vulnera también el principio de congruencia. Quebranta la lógica relación que debe haber entre lo pedido y lo resuelto.