

LOS LLAMADOS «DAÑOS PUNITIVOS» EN LA REFORMA A LA LEY N° 24.240

BENJAMÍN MOISÁ*

Resumen

En el presente artículo el autor se muestra partidario de la multa civil por actos desaprensivos, ello responde a que las sanciones civiles tienen por objeto restaurar el orden jurídico alterado y el imperio del Derecho, por tanto, el importe de la sanción debe tener como destino las arcas del Estado para evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima.

El daño originado a causa de una conducta desaprensiva o antisocial debe ser aquél que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar, debiendo ser regulada esa sanción por el Código Civil, es por esa razón que Sebastián Picasso considera deficiente la reforma de la Ley N° 24.240, debido a que regula este tipo de sanción en el estatuto personal de los consumidores.

Palabras clave: Sanción civil - sanción pecuniaria - multa civil - actos desaprensivos.

Abstract

In the present article the author shows this affinity to the penalty for civil crimes, this responds to the fact that the civil sanctions aim to recover the altered juridic order and the empire of Law, therefore the amount of the sanction must have as destiny the coffers of the State to avoid the enrichment without cause if the victim.

The damage originated because of an unscrupulous or antisocial conduct must be that one that by its gravity, social importance or institutional repercussion demands an exemplary sanction, having to be regulated that sanction by the Civil Code, is for that reason that Sebastián Picasso considers deficient the reform of the Law N° 24240, because it regulates this type of sanction in the personal statute of the consumers.

Key words: Civil sanction - pecuniary sanction - it fines civilian - unscrupulous acts.

Sumario

1. Introducción. 2. Refutación de las objeciones. 3. El «daño punitivo» en la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario. 4. Conclusiones.

* Juez de la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut. Miembro Correspondiente de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba.

1. INTRODUCCIÓN

Existen ciertos actos ilícitos ante los cuales, tanto la responsabilidad civil como la penal, se muestran impotentes para su eficaz sanción: en el primer supuesto, por insuficiencia de la función represiva de la responsabilidad civil, que reconoce como límite su función resarcitoria; en el segundo, por no encuadrar el ilícito civil dentro de los estrechos márgenes de una figura penal, o por falta de adecuación de la pena para la completa restauración del orden civil, sin contar las cada vez mayores dificultades para obtener una condena penal.

Vélez Sársfield en la nota al artículo 1072° del Código Civil ya observaba que: “No todos los delitos civiles constituyen delitos del derecho criminal, porque la ley penal no castiga todos los actos que atacan los derechos de otro, por ejemplo, el estelionato que no se castiga por la ley penal, aunque es en muchos casos un verdadero delito civil”. Nosotros, por nuestra parte, sólo agregamos que no todos los delitos civiles encuentran una adecuada sanción en la responsabilidad civil, de naturaleza predominantemente compensatoria.

Es que como bien lo señalara Aída Kemelmajer de Carlucci: “El resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acarrear algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia ajena: la reparación integral deja entonces insoluble la lesión al sentido de justicia”¹.

Jorge Mario Galdós, en un excelente trabajo publicado hace casi una década, ejemplifica profusamente sobre la cuestión con la siguiente enunciación casuística: accidentes de tránsito, afectación de los derechos del consumidor, daños ambientales, lesión de bienes públicos colectivos, piratería intelectual, difamación por la prensa, publicidad engañosa, intromisión en la intimidad o privacidad e injurias, afectación de intereses plurindividuales homogéneos y compartidos, supresión de beneficios obtenidos ilegítimamente, microilícitos –en los que, por su escaso monto, es improbable que el afectado demande–, etcétera².

En este contexto, una significativa mayoría de la doctrina argentina –a la cual adherimos– postulaba la incorporación de los punitive damages –preferimos, multa civil por actos desaprensivos– a nuestro derecho, la cual vemos plasmada, aunque de un modo parcial y defectuoso, en la reciente reforma a la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario (LDCU). Las siderales distancias existentes entre las distintas soluciones propuestas y proyectadas, a

las que se suman ahora la consagrada por la legislación, nos impulsa a precisar nuestra posición en el presente trabajo.

2. REFUTACIÓN DE LAS OBJECIONES

No vamos a insistir sobre cuestiones trilladas, tratadas con gran erudición por los distinguidos juristas que nos han precedido en el abordaje de la problemática³, pero sí nos ocuparemos de refutar las principales objeciones a la institución, lo que a su vez nos permitirá fijar nuestro punto de vista.

Pizarro considera, entre las muchas objeciones que se han formulado a los punitive damages, las siguientes: a) enriquecimiento indebido de la víctima; b) arbitrariedad en su determinación; c) incompatibilidad con la responsabilidad objetiva; d) inconstitucionalidad; e) resultados social y económicamente disvaliosos⁴.

Nosotros nos limitamos al tratamiento de: a) la inconstitucionalidad de la multa civil; b) el enriquecimiento sin causa; y c) la superposición de sanciones, por estimar que son las realmente decisivas.

2.1. Contra la inconstitucionalidad de la multa civil

Sin duda alguna, el mayor y más serio reparo que se ha formulado contra la multa civil es la tacha de inconstitucionalidad. Los autores que suscriben esta posición entienden que los llamados daños punitivos serían sanciones de tipo penal y que, por lo tanto, su aplicación en sede civil sería inconstitucional, por no regir en dicho ámbito las garantías constitucionales propias del proceso penal⁵.

Refutación

Tres argumentos, que estimamos concluyentes, nos permitirán refutar la pretendida inconstitucionalidad de la multa como sanción civil.

a. Distinción dogmático-contingente entre delitos y sanciones civiles y penales.

“¿Es posible arribar a una definición esencial, ontológica, universal y necesaria de lo que delito y pena son?” Se preguntan Aftalión, García Olano y Vilanova; a lo cual responden: “Por cierto que, desde tiempo atrás, los juristas han prodigado sus esfuerzos en la búsqueda de estas definiciones, cuyo hallazgo les suministraría algo así como el concepto puro de Derecho

Penal. Pero es menester reconocer que, tanto aquellos que han puesto la tónica de la diferenciación por el lado del delito, como los que han enfocado hacia la sanción, no han conseguido llegar a resultados decisivos, pues los ordenamientos jurídico-positivos, en su infinita variedad, suministran continuamente casos de delitos y de sanciones que no se compaginan con las definiciones doctrinarias que de los mismos se han formulado”⁶.

En consecuencia, no siendo el delito ni la pena conceptos jurídicos fundamentales sino empíricos, sólo es posible fundar la distinción entre Derecho Penal y Civil en ciertas determinaciones dogmático-contingentes, de orden histórico-axiológico, variables a tenor de los distintos ordenamientos jurídico-positivos⁷. En otras palabras, el carácter penal de un entuerto y su pertinente sanción está sujeto a circunstancias mutables en el tiempo y en el espacio, de tal modo que lo que es delito aquí y ahora, mañana y en otro lugar pueden no serlo, y viceversa.

Particularmente con respecto a las sanciones, los prestigiosos autores que venimos siguiendo en estos desarrollos, agudamente destacan: “El carácter penal de sanciones como la prisión no se presta a mayores controversias. Pero no sucede lo mismo cuando se trata de consecuencias pecuniarias. De ahí que en la práctica suele ocasionar dificultades la determinación del carácter –civil o penal– de ciertas multas. En estos casos –en que intervienen como elementos decisorios las referencias positivas, mencionadas en el texto –se hace especialmente patente el carácter dogmático-contingente, histórico-axiológico, que asume la cuestión”⁸.

b. Identidad ontológica entre la norma civil y la penal

Consecuentemente, entonces, afirmamos que entre la norma civil y la penal indudablemente hay una identidad ontológica, tanto respecto del precepto como de la sanción, distinguiéndose simplemente por circunstancias dogmático-contingentes establecidas por el legislador, a las que habrá que atender a la hora de determinar su naturaleza.

En este sentido, Arauz Castex –siguiendo, indudablemente, a Kelsen y Cossio⁹– explica que la norma jurídica tiene una estructura lógica disyuntiva (Cossio): a un antecedente imputa un proceder como debido; pero, como este proceder no es necesario sino contingente, prevé otro proceder que corresponde al caso en que el sujeto no proceda como está prescripto en primer término. La primera prescripción se llama deber jurídico, prestación, norma secundaria (Kelsen) o endonorma (Cossio). La segunda, se llama sanción, norma primaria (Kelsen)

o perinorma (Cossio). En suma, sanción es el proceder correspondiente a la infracción de un deber jurídico¹⁰.

Y a continuación, el notable civilista aclara: “En el Derecho Penal, el deber jurídico no es expreso; el texto no dice que se debe no matar; dice solamente que el que matare a otro sufrirá de 8 a 25 años de reclusión o prisión. El Código Penal es a modo de un catálogo de sanciones.

El Derecho Civil, en cambio, se dedica preferentemente a describir los procederes debidos; las sanciones aparecen, en su mayor parte, en breves textos de carácter genérico (Artículos 18°; 505°; 1109°).

Pero tanto en el uno como en el otro, la estructura lógica de la norma es la misma. En aquél, el deber jurídico es implícito, y la sanción expresa y específica; en éste, el deber jurídico es explícito, y la sanción por lo común es genérica y a veces implícita. Pero en los dos hay necesariamente en cada norma un proceder debido y una sanción para el caso en que no se lo realice¹¹.

c. Constitucionalidad de las sanciones civiles

Comprobada la identidad ontológica entre la sanción civil y la penal, y el carácter dogmático-contingente de sus diferencias, nos resta analizar qué opinan los Tribunales sobre la constitucionalidad de las sanciones civiles pecuniarias.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los punitive damages no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del proceso penal, con la sola salvedad de que no sean excesivos¹².

Frente a esto se ha replicado: “No ignoramos que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América se ha pronunciado descartando la aplicación de la octava y la catorceava enmienda de la Constitución de aquel país a los ‘daños punitivos’ [...] creemos, sin embargo que esa jurisprudencia tiene escaso valor hermenéutico en nuestro Derecho, en atención a la diferente tradición que insufla el sistema jurídico privado de ambos países¹³.”

Pero la encendida réplica se queda sin sustento cuando es nuestra propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete último de la Constitución, la que recurrentemente viene sosteniendo que con relación a las sanciones

no penales –en el caso que citamos, multa procesal– no rigen estrictamente las garantías del proceso penal receptadas por los tratados internacionales y nuestra Constitución Nacional¹⁴.

2.2. Contra el enriquecimiento sin causa

Con razón se ha objetado a los daños punitivos que su aplicación, en la concepción originaria de la doctrina, produciría un enriquecimiento sin causa en favor del damnificado, al proporcionarle sumas superiores al daño efectivamente sufrido¹⁵.

Refutación

A esta objeción, por compartirla, no formularemos propiamente una refutación, sino que precisaremos los alcances con los que aceptamos la concepción de una multa civil por actos desaprensivos.

La responsabilidad civil mediante la reparación integral se ocupa del interés privado del damnificado, pero no del interés público de la comunidad en el restablecimiento del orden jurídico alterado y el imperio del Derecho: “la reparación integral deja entonces insoluble la lesión al sentido de justicia”, al decir de Kemelmajer de Carlucci.

Por lo tanto, como lúcidamente lo hace notar Díez-Picazo: “Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo al Tesoro Público”¹⁶.

Contrariamente a la opinión de Pizarro –quien piensa que “nada impide, técnicamente, que una pena civil pueda ser destinada a la víctima y adicionarse a la indemnización de daños y perjuicios”–¹⁷, creemos que existe un doble impedimento jurídico-filosófico para que una multa civil pueda ser destinada a la víctima.

En primer lugar, el Derecho como orden coactivo requiere de sanciones (norma primaria, según Kelsen, o perinorma, según Cossio) para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. Ahora bien, el mantenimiento de ese orden coactivo o jurídico, más allá del interés particular de cada individuo, responde ante todo, a un interés social, por lo que una sanción, sea penal o civil, de ningún modo puede estar destinada a beneficiar a la víctima¹⁸. El interés privado de ésta, insistimos, encuentra suficiente satisfacción con la reparación integral propia de la responsabilidad civil.

En segundo término, no se trata de una mera cuestión técnica de “conveniencia o inconveniencia”¹⁹, sino que la proscripción del enriquecimiento sin causa tiene profundas raíces éticas y de equidad: “Es justo por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro”²⁰.

Por lo demás, el errado destino dado a las astreintes por el artículo 666° bis del Código Civil (texto incorporado por la Ley 17.711) no puede obviamente justificar un nuevo error. Tampoco es admisible la invocación de la cláusula penal como un argumento a favor del destino privado de la multa, pues como bien lo señala Bustamante Alsina: “La cláusula penal se halla fuera de cuestión porque ella resulta de la estipulación contractual y por lo tanto (es) ajena al régimen de los delitos y cuasidelitos”²¹. Otro tanto cabe decir respecto de los intereses punitivos, pues los moratorios –convencionales o legales–, al tener una función fundamentalmente compensatoria, no dejan dudas sobre el asunto (artículo 622°).

En suma, la multa civil siempre debe tener un destino de interés público, en cuyo caso no podrá invocarse un enriquecimiento sin causa, pues su finalidad es restaurar el orden jurídico mediante la consiguiente sanción, elemento coactivo propio de toda norma de derecho²².

2.3. Contra la superposición de sanciones pecuniarias

Con innegable razón, Jorge Galdós se preocupa de que, por la coexistencia y simultaneidad de sanciones dinerarias penales, administrativas y civiles, se arribe a un resultado no querido y disvalioso: el exceso de punición pecuniaria contra el agente dañador, expoliando y confiscando su patrimonio²³.

Refutación

Coincidimos con el distinguido camarista de Azul en que no se trata de un obstáculo insuperable, aunque indudablemente requerirá un esfuerzo adicional de los jueces civiles, quienes deberán ocuparse de que la multa civil, sumada a las sanciones penales y administrativas, no se convierta en exorbitante e irrazonable. En este sentido, como lo ha resuelto en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no pueden desatender las consecuencias que normalmente derivan de sus fallos, lo que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su interpretación y su congruencia con todo el ordenamiento jurídico²⁴.

Por lo demás, la Corte en su actual composición, ratificando un antiguo y arraigado criterio, ha entendido que las sanciones –en el caso, procesales

y disciplinarias no se superponen ni se confunden cuando tienen objetos distintos²⁵. En consecuencia, *mutatis mutandis*, entendemos que no hay obstáculo para la concurrencia de sanciones de distinta naturaleza (penal, administrativa, civil, comercial, laboral, procesal o disciplinaria), en la medida en que la acumulación no devenga irrazonable.

3. EL «DAÑO PUNITIVO» EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO

La reciente Ley N° 26.361 (B.O. 07/04/08) ha hecho realidad en nuestro derecho positivo los llamados «daños punitivos», al incorporar como artículo 52° bis de la Ley N° 24.240 el siguiente texto:

“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47°, inciso b) de esta Ley”²⁶.

Reconocemos el esfuerzo de los autores del proyecto de reforma a la LDCU²⁷, convertido en Ley N° 26.361, pero, quizá la falta de atención a los proyectos anteriores²⁸, al derecho comparado y a las autorizadas opiniones que desde hace bastante tiempo se vienen pronunciando sobre la cuestión termine por malograrlo –esperemos que no-. Ya no sin razón, un destacado jurista –conocedor de la materia- ha sentenciado que, tal como ha sido concebido el artículo 52° bis, “la norma es absurda”²⁹.

Indudablemente, entonces, habrá que recurrir a la prudencia de nuestros magistrados para suplir y corregir las serias omisiones y defectos que el artículo en cuestión presenta. Sirvan las observaciones que a continuación efectuamos como un modesto aporte en ese sentido.

3.1. Terminología

La reforma ha escogido la expresión “daño punitivo” para titular al artículo 52° bis de la LDCU; pero, como bien lo señala Pizarro, la denominación

“daños punitivos”, en español, es objetable, pues lo que se pune o sanciona es ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño mismo³⁰. Por su lado, Bustamante Alsina nos advierte de la sutil diferencia que existe en el derecho angloamericano entre *damage* (en singular, daño) y *damages* (en plural, compensación o indemnización)³¹. Creemos entonces, que en todo caso, podría admitirse la locución *daño punitivo* –o mejor, *punible*– para designar al presupuesto objetivo de la multa, mas no a la sanción misma.

Por otra parte, cabe recordar aquí las lúcidas precisiones vertidas por Aída Kemelmajer de Carlucci hace quince años en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires³², quien –luego de aclarar que los *punitive damages* en el *Common Law* se conocen también con el nombre de *exemplary damages*, *non compensatory damages*, *penal damages*, *additional damages*, *aggravated damages*, *plenary damages*, *immaginary damages*, *presumptive damages*, *smart money*, etcétera– señala que no hay una coincidencia exacta de la expresión inglesa *damage* con la palabra *daño* del idioma castellano, pues, si el juez o las partes fijaron una suma determinada como compensación de un incumplimiento contractual, se hablará de *damages*, aunque no exista lesión en el sentido que la voz *daño* tiene en nuestra lengua; *damages* será, entonces, una suerte de sinónimo de *injury*.

“Tampoco –continúa la prestigiosa jurista mendocina– hay total identidad entre todas las expresiones que contienen la voz *damages*. Así, por ejemplo, se llama *general damages* a los que la ley presume siguen a una conducta equivocada (“*the law presumes to follow from the wrong complained of*”); o sea, los *general damages* o *daños presuntos*, son aquéllos que no necesitan prueba de su concreta entidad pues existen *in re ipsa*, y pueden o no tener finalidad punitiva»³³.

Por todo ello, nos parece que la denominación correcta para designar a la figura jurídica en cuestión es “*multa civil*”³⁴ –y si se quiere, “*por actos desaprensivos*”³⁵–, la que permite determinar con exactitud su especie y naturaleza dentro del género sanción al cual pertenece.

3.2. Método y ámbito de aplicación

Compartimos con Atilio Alterini lo auspicioso que resulta la introducción de la noción de “*multa civil*” en el sistema legal argentino³⁶; sin embargo, no podemos dejar de lamentar que dicha incorporación se haya hecho en el estatuto personal de los consumidores y no en un cuerpo de derecho común, como es el Código Civil, marginando un sinnúmero de situaciones, como los *daños ambientales*, por poner sólo un ejemplo.

No obstante, creemos que la reforma a la LDCU tiene el mérito de constituir un primer paso en la búsqueda de una regulación adecuada para las sanciones civiles por conductas antisociales, aunque por ahora la solución se limite a las relaciones de consumo.

3.3. Presupuestos de aplicación

El incorporado artículo 52° bis hace pasible de una multa civil: “Al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”.

Una interpretación gramatical de la norma así concebida inevitablemente conduciría a un verdadero despropósito. Es que, como bien lo señala Sebastián Picasso, de acuerdo con el texto sancionado, bastaría el mero incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor, haya o no un daño causado al consumidor, se haya enriquecido o no el proveedor como consecuencia del hecho, para que sea aplicable la multa³⁷. Esto sin contar que el incumplimiento –ilícito– legal u obligacional ya encuentra suficiente reparación en la correspondiente indemnización.

Esta circunstancia exige de los jueces una interpretación virtuosa³⁸ que les permita salvar la laguna técnica de la ley³⁹. En este sentido, el “poder” empleado en el artículo lo convierte en una norma de tipo abierto que, por tal circunstancia, autoriza al juez a integrarla con los presupuestos mínimos que hacen a la figura jurídica en cuestión. Así resulta del juego armónico del artículo 15° y 16° del Código Civil, ante la manifiesta “insuficiencia” legal.

El artículo 1067° del Código Civil establece la regla general según la cual: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”.

De tal modo que, dentro de nuestro sistema positivo, el “acto ilícito punible” requiere la concurrencia de dos requisitos: a) uno objetivo, la existencia de un “daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar”; y b) otro subjetivo, que “a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”.

Ahora bien, tales presupuestos con respecto a la institución que venimos tratando presentan ciertas características particulares, a las que nos referiremos a continuación.

Presupuesto objetivo

Para la aplicación de la multa civil prevista por el artículo 52° bis no basta un simple daño, sino que debe tratarse de un daño –o su posibilidad– que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar⁴⁰.

Presupuesto subjetivo

Además, la conducta del proveedor debe ser dolosamente –en el sentido del artículo 1072° del Código Civil– desaprensiva o antisocial.

Para la concepción dominante en el derecho angloamericano, no cualquier acto ilícito puede generar la aplicación de punitive damages, sino que se requiere una particular subjetividad en la conducta del dañador que va más allá de la mera negligencia⁴¹. Esto en nuestro derecho se llama dolo⁴².

Precisando los conceptos, Henoch Aguiar en su magistral tratado sobre los hechos y actos jurídicos expresa: “En la definición del Código, como en la de los profesores Aubry y Rau, basta que el acto se ejecute consciente y maliciosamente, a sabiendas y con intención de dañar, para determinar su imputabilidad y la de sus consecuencias.

La conciencia y la intención, considerada ésta al par de la malicia requerida, no pueden referirse, como se ha dicho, sino a las consecuencias del acto como conocidas en el momento del obrar: Malicia no solamente quiere decir inclinación a lo malo y contrario a la virtud, sino también penetración, sutileza, sagacidad del espíritu; y siendo la penetración, la inteligencia cabal de una cosa difícil, sin esfuerzo y sin violencia al lenguaje y a la lógica, de acuerdo con la realidad observada en el fenómeno psíquico, podemos concluir que acto realizado consciente y aún maliciosamente, a sabiendas y con intención de dañar, es el acto voluntario de cuyas consecuencias se tuvo conocimiento completo al realizarlo. Aunque no hubiese existido el deseo de perjudicar, acariciado íntimamente por el agente en el secreto de su yo, aun así, estaríamos en presencia de un delito civil. El acto realizado a sabiendas, según el Digesto, caracterizaba el dolo⁴³.

En el caso específico de la figura que nos ocupa, nos parece apropiado individualizar a ese acto como desaprensivo, en el sentido del obrar llevado a cabo sin miramiento hacia los demás⁴⁴, esto es, sin importar las consecuencias no obstante su cabal conciencia, o con “grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva⁴⁵.”

3.4. Graduación de la multa y límite cuantitativo

Nos parece un acierto de la reforma dejar librada a la discrecionalidad judicial la graduación de la multa, con una fórmula abierta que requiere tener en cuenta “la gravedad de la falta y demás circunstancias del caso”, pues ello facilitará la tarea del juez a la hora de hacer efectivas las funciones represiva y preventiva propias de la sanción pecuniaria⁴⁶.

Sin embargo, no nos merece igual valoración el límite cuantitativo impuesto, ya que compartimos la opinión de Alterini en el sentido que el límite fijado por la última parte del artículo 52° bis no se presenta como razonable, pues en algunos casos indudablemente será insuficiente para que la multa pueda cumplir su objetivo⁴⁷.

Por lo tanto, a nuestro criterio, el parámetro cuantitativo de la multa debería encontrar como único límite su razonabilidad⁴⁸.

3.5. Destino de la multa

Hemos dicho ya que las sanciones civiles tienen por objeto restaurar el orden jurídico alterado y el imperio del Derecho, lo cual responde inmediatamente al interés público y sólo de una manera mediata al interés privado, el cual, por lo demás, encuentra suficiente satisfacción en la indemnización integral del daño⁴⁹.

Por lo tanto, el importe de la sanción, en cuanto con ella se defiende un interés público, debe tener como destino las arcas del estado o de un establecimiento público, y no el patrimonio del consumidor⁵⁰.

De lo contrario, además de convalidarse un inadmisibles enriquecimiento sin causa, se da rienda suelta a los inescrupulosos lances de verdaderos mercenarios del pleito, siempre dispuestos a alimentar una incontrolable industria del juicio.

3.6. Instancia de parte

Finalmente, respondiendo la multa civil a un interés público, nos parece que debió preverse la posibilidad de que las sanciones sean aplicadas de oficio por los jueces, lo que supliría “la falta de interés del damnificado de complicar un proceso judicial, sin beneficio alguno”, a la que se refiere Pizarro⁵¹.

4. CONCLUSIONES

Lo precedentemente expuesto nos permite, a modo de síntesis final, arribar a las siguientes conclusiones:

1º) Aunque somos partidarios de la introducción en nuestro derecho positivo de una sanción civil por actos desaprensivos o antisociales, compartimos la crítica de Sebastián Picasso en el sentido que la regulación del “daño punitivo” en la reforma de la LDCU es harto deficiente, y que no responde a los requisitos exigidos tradicionalmente para imponer esa sanción.

2º) El ámbito propicio para regular dicha sanción es el Código Civil, con un alcance amplio, y no la LDCU, circunscripta a la relación de consumo.

3º) La denominación “daño punitivo” empleada por la ley, aunque pretende ser una traducción literal de la expresión *punitive damages*, es equívoca desde el punto de vista conceptual, por lo que nos parece más apropiado designar a la figura jurídica como multa civil por actos desaprensivos.

4º) En lo conceptual, por *multa civil por actos desaprensivos*, debe entenderse la sanción civil pecuniaria establecida para reprimir y prevenir las conductas dolosamente desaprensivas por parte del sujeto dañador.

5º) Siendo la distinción entre la sanción civil y la penal meramente dogmático-contingente, de carácter histórico-axiológico, una vez prevista legalmente, la aplicación de una multa civil no es inconstitucional, pues respecto de ella no rigen estrictamente las garantías constitucionales del proceso penal.

6º) Los presupuestos de aplicación de la multa civil por actos desaprensivos son dos: a) uno objetivo, la existencia de un daño grave, o de trascendencia social, o de repercusión institucional y; b) otro subjetivo, una conducta dolosamente desaprensiva o antisocial en el sujeto dañador.

7º) El monto de la multa debe poder ser graduado discrecionalmente por el juez de acuerdo a las circunstancias de cada caso, sin un límite cuantitativo que pueda convertir en irrisoria la sanción.

8º) El destino de la multa debe ser de utilidad pública, para evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima y los reprobables lances judiciales especulativos.

9º) Respondiendo la multa al interés público en la restauración del orden jurídico alterado y el imperio del Derecho, debe posibilitarse su aplicación de oficio por el juez.

-
- ¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída. Disertación sobre daños punitivos en la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Córdoba, citada por Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo I. Pág. 557 y n. 735, La Ley, Buenos Aires, 2005. Por correo privado del 10 de abril de 2008, como responsable de la Biblioteca Carlucci -y de su base de datos-, Nedo Carlucci, por especial encargo de su mujer, cortésmente nos informa que el trabajo sobre «daños punitivos» tiene una única versión escrita que publicó la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la cual recepta la disertación anual de Aída Kemelmajer de Carlucci pronunciada el 26 de agosto de 1993. Asimismo, nos cuenta que de inmediato el tema fue objeto de sendas conferencias pronunciadas en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de Córdoba y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza, siempre dentro del año 1993. En síntesis, nos dice, en el ámbito nacional la problemática de los daños punitivos fue expuesta públicamente por Aída Kemelmajer de Carlucci en sucesivas disertaciones llevadas a cabo en Buenos Aires, Córdoba y Mendoza, hace ya 15 años y luego nunca más. Finalmente, a modo de anécdota, Carlucci nos comenta que el tema se «internacionalizó» en una conferencia pronunciada en 1994 en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, «Seminario Federico de Castro», sin las referencias especiales al derecho argentino, pero que esa versión no se publicó.
- ² Galdós, Jorge Mario. Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones. RCyS, 1999-23.
- ³ Pizarro, Ramón Daniel. Daños punitivos. En: Derecho de daños. 2ª parte. Libro Homenaje al Profesor Félix Alberto Trigo Represas. La Rocca: Buenos Aires, 1993; Kemelmajer de Carlucci, Aída. ¿Conviene la introducción de los llamados «daños punitivos» en el derecho argentino? En: Anticipo de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Año XXXVIII, Segunda Época, N° 31, 1993; Bustamante Alsina, Jorge. Los llamados «daños punitivos» son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. La Ley 1994-B, 860; Galdós, Jorge Mario. Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones, RCyS, 1999-23; Picasso, Sebastián. Sobre los denominados «daños punitivos». La Ley 2007-F, 1154; Alterini, Atilio Aníbal. Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después, La Ley 09/04/2008, 1 - Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 3; entre otros.
- ⁴ Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 534 y ss. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- ⁵ Por todos, Bustamante Alsina, Jorge, op. et loc. cit.
- ⁶ Aftalión, Enrique R. - García Olano, Fernando - Vilanova, José. Introducción al derecho. Tomo II. Pág. 101. El Ateneo: Buenos Aires, 1956.
- ⁷ Ídem, Tomo II. Pág. 104 y ss.
- ⁸ Ídem, Tomo II. Pág. 105, n. 17.
- ⁹ Ídem, Tomo I. Pág. 115 y ss.
- ¹⁰ Arauz Castex, Manuel. Derecho civil. Parte general. Tomo II. Pág. 382, n° 1677. Empresa Tecnicojurídica: Argentina, Buenos Aires, 1965.
- ¹¹ Ídem, Tomo II. Pág. 382, n° 1678.
- ¹² Cfr. Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 538 y ss.
- ¹³ Picasso, Sebastián. Sobre los denominados «daños punitivos». La Ley 2007-F, 1154, n. 33.
- ¹⁴ CSJN, 20/3/07. Conductil S.A. v. Music House Jujuy S.R.L. SJA 5/9/2007 - JA 2007-III-412, Lexis N° 20071564.
- ¹⁵ Díez-Picazo, Luis. Derecho de daños. Pág. 46, Civitas, Madrid, 2000.
- ¹⁶ Ídem.
- ¹⁷ Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 535.
- ¹⁸ Cfr. Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Pág. 70 y ss. Eudeba: Buenos Aires, 1960, tr. Moisés Nilve.
- ¹⁹ Ídem nota 17.
- ²⁰ «Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores» (Pomponio, Digesto, L, XVII, 206). Cfr. Moisset de Espanés, Luis. Curso de obligaciones Tomo III. Pág. 303 y ss.

-
- Zavalía: Buenos Aires, 2004; Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Tomo II. Pág. 311 y ss., n° 933. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence: París, 1912.
- 21 Bustamante Alsina, Jorge. *op. et loc. cit.*
Coincidimos con Moisset de Espanés cuando, refiriéndose al artículo 652° del Código Civil, señala: «Esta definición es incompleta pues la cláusula penal no sólo tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación, sino que también tiene la función de prefijar o determinar anticipadamente los daños y perjuicios a que puede dar lugar el incumplimiento de una obligación» (Moisset de Espanés, Luis. *op. cit.* Tomo II. Pág. 289).
- 22 Cfr. Merino, Enrique - Moisset de Espanés, Luis. Notas sobre inconducta procesal maliciosa (artículo 622° del Código Civil), en separata del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Año XXXV, enero-diciembre 1971, Nros. 1-5.
- 23 Galdós, Jorge Mario. *op. et loc. cit.*
- 24 Ídem; cfr. Fallos: 302:1284, 234:482, 202:1293, 234:495, entre otros.
- 25 Cfr. CSJN, 20/3/07. *Conductil S.A. v. Music House Jujuy S.R.L.* SJA 5/9/2007 - JA 2007-III-412, Lexis N° 20071564.
- 26 \$5.000.000.
- 27 El proyecto fue presentado el 28 de marzo de 2006 por los Diputados Nacionales Stella Maris Córdoba, Juan Manuel Irrazábal, Eduardo Gabriel Macaluse, Heriberto Eloy Mediza, Adrián Pérez y Patricia Vaca Narvaja, registrándose como Expte. N° 1061-D-2006.
- 28 Si bien en líneas generales nuestra crítica ha sido negativa con respecto al llamado Proyecto de Código Civil de 1998 (en realidad, anteproyecto de 1998 y proyecto de 1999, año en el que toma estado legislativo), rescatamos en la materia su artículo 1587°, redactado en los siguientes términos: «Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada».
- 29 Picasso, Sebastián. Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor. *Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008* (abril), 123.
- 30 Pizarro, Ramón Daniel. Daños punitivos. Pág. 291, n. 7.
- 31 Bustamante Alsina, Jorge. *op. et loc. cit.*
- 32 Sesión pública del 26 de agosto de 1993.
- 33 Kemelmajer de Carlucci, Aída ¿Conviene la introducción de los llamados «daños punitivos» en el derecho argentino?
- 34 Es la denominación adoptada por el artículo 1587° del Proyecto de 1998.
- 35 Véase voz «desaprensivo, va» en Real Academia Española. Diccionario de la lengua. 22° ed. En: www.rae.es.
- 36 Alterini, Atilio Aníbal. *op. et loc. cit.*
- 37 Picasso, Sebastián. Nuevas categorías de daños.
- 38 «El problema es ineludible, porque toda interpretación jurídica no debe ser solamente *legal* –encuadrada dentro de los márgenes conceptuales que traza la ley– sino, además, *justa*» (Aftalión, Enrique R. - García Olano, Fernando - Vilanova, José. *op. cit.* Tomo. I. Pág. 488).
- 39 «Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y del derecho deseado, o bien aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco» (Kelsen, Hans. *op. cit.* Pág. 174).
- 40 Cfr. Galdós, Jorge Mario. *op. et loc. cit.* Autor que ilustra la cuestión con generosos ejemplos como lo destacamos en el § 1, adonde remitimos.
- 41 Cfr. Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 529.
- 42 Pizarro, al elogiar el artículo 1587° del Proyecto de 1998, sostiene: «Es correcto el presupuesto subjetivo tenido en cuenta por el Proyecto de 1998: grave indiferencia respecto de los intereses dignos de tutela, lo cual comprende tanto la culpa grave como el dolo eventual, con mayor razón, el dolo directo» (Pizarro, Ramón Daniel. La reparación del daño patrimonial derivado de conductas antijurídicas lucrativas. Situación actual. Perspectiva. En: sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar).
- Al haber adoptado el Código Civil la *teoría de la individualización de la culpa*, repudiando las categorizaciones de la culpa reconocidas por las leyes romanas y de las Partidas (nota al artículo 512° y doctrina de los artículos 902° a 906°), nosotros preferimos evitar las referencias a categorías como la «culpa grave», el

«dolo eventual» o el «dolo directo», por ser extrañas a nuestro sistema civil positivo (cfr. Aguiar, Henocho D. Hechos y actos jurídicos Tomo II. Pág. 281 y ss., n° 47. TEA: Buenos Aires, 1950).

⁴³ Aguiar, Henocho D. *op. cit.* Tomo II. Pág. 262, n° 41; Digesto, lib. XIX. Título I, leyes: 1, § 1; 13, proem.; y 45, § 1.

⁴⁴ Cfr. Real Academia Española. Diccionario de la lengua. 22ª ed., en www.rae.es, voz «desaprensivo, va».

⁴⁵ Artículo 1587° del Proyecto de 1998.

⁴⁶ Pizarro explica que las pautas de valoración son muy variadas y, entre otras, enuncia: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; d) la posición de mercado o de mayor poder del punido; e) el carácter antisocial de la conducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado; i) los sentimientos heridos de la víctima, etcétera (Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 530).

⁴⁷ Alterini, Atilio Anibal. *op. et loc. cit.* El ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, recordando a título de ejemplo el megacasos de los daños masivos provocados por el síndrome tóxico del aceite de colza en España, resuelto en la década del ochenta, con razón advierte que el límite de cinco millones de pesos establecido por la ley –algo así como un millón de euros– sería ridículo comparándolo con la condena por tres mil millones de euros pronunciada por el Tribunal Supremo de España.

⁴⁸ Cfr. Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 531.

⁴⁹ Cfr. Merino, Enrique - Moisset de Espanés, Luis. *op. et loc. cit.*

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral. Pág. 549.