

DAÑOS PUNITIVOS: ¿RESARCIMIENTO O SANCIÓN?

Autor:

Hernández, Carlos A.

Cita: RC D 125/2018

Tomo: 2017 3 Cuantificación del daño

Revista de Derecho de Daños

Sumario:

I. Introducción. II. Estado actual de los debates habidos en torno a la tipificación de la categoría de los daños punitivos en el Derecho del Consumidor argentino. III. La naturaleza jurídica de los daños punitivos: sanción civil con fines de prevención. 1. Consideraciones generales. 2. Los daños punitivos en el contexto de otras punitivas civiles. 3. Aportes jurisprudenciales recientes que esclarecen la esencia de los daños punitivos. IV. Consecuencias que se desprenden de constituir una sanción civil con fines de prevención. 1. Denominación de la figura. 2. Reglas de Derecho transitorio. 3. Ámbito de alcance. Restricciones en torno a la aplicación analógica de la figura. La cuestión en torno al principio de consumo sustentable. 4. Sujetos de la sanción. El problema del destinatario de la sanción. 5. La cuestión de los eventuales excesos de punición.

DAÑOS PUNITIVOS: ¿RESARCIMIENTO O SANCIÓN?

I. Introducción

Los denominados "daños punitivos" constituyen una categoría que presenta un marcado interés en la doctrina nacional, sea para su crítica o exaltación. Resulta difícil mantenerse ajeno al debate, tal como puede observarse de la extensa nómina de estudios e investigaciones dedicados desde hace décadas a la materia [\[1\]](#).

En el mismo sentido, el jurista español Ricardo de Ángel Yágüez recuerda que "...a pesar de considerarse en general como un concepto exótico para la doctrina continental europea, siguen suscitando su interés. Es decir, se sigue escribiendo mucho en Europa sobre la cuestión" [\[2\]](#).

En este trabajo volvemos sobre el tema [\[3\]](#), ahora para detenernos sobre la naturaleza jurídica de la figura, y sus implicancias.

II. Estado actual de los debates habidos en torno a la tipificación de la categoría de los daños punitivos en el Derecho del Consumidor argentino

Como se sabe, los daños punitivos constituyen una nota caracterizante -propia y exclusiva- del régimen de daños en las relaciones de consumo. Se observa allí una apertura a la función punitiva de la responsabilidad civil, que se expresa como una excepción al régimen general.

Su tipificación, sin embargo, fue reclamada por la doctrina colectiva desde mucho antes; así se recomendó su incorporación en las Jornadas Nacionales de Derecho Privado (Corrientes, 1994) y en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995). El Proyecto de Código Civil de 1998 aceleró su tratamiento, lo que se vio reflejado en las recomendaciones de las Octavas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Tributario (Junín, 1998) y en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999).

Aunque la mayoría de la doctrina argentina ha valorado positivamente su inclusión en el subsistema de protección del consumidor, ello no supone negar las importantes deficiencias técnicas del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor -según la reforma de la ley 26.361-. Las conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 2009) son elocuentes, en cuanto sostuvieron que "a) La multa civil del artículo 52 bis de la ley 24.240 presenta importantes deficiencias técnicas, pero éstas pueden ser corregidas por una aplicación racional y prudente por parte de los magistrados; b) Una

interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios informadores del Derecho Privado y el resguardo de derechos constitucionales".

Infructuosamente, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 -antecedente directo del Código Civil y Comercial vigente- intentó superar tal estado de cosas al proponer una nueva redacción que habilitaba su aplicación cuando mediara una conducta que implicara un grave menosprecio hacia los derechos del consumidor [4], texto que dejaba en claro la excepcionalidad de la herramienta y su matriz sancionatoria en el contexto de la fuerte objetivación que caracteriza a la responsabilidad en las relaciones de consumo [5] - [6].

La decisión legislativa de preservar el texto vigente [7], pese a las críticas recibidas, constituyó indudablemente un desacierto, y resulta altamente criticable si se entiende que toda reforma debe significar una oportunidad de mejoramiento del régimen legal [8].

Como luego se verá, los problemas hermenéuticos que aún subsisten han sido corregidos mediante una razonable interpretación judicial que, partiendo de la constitucionalidad de la figura, ha atendido de modo especial a los fines o propósitos que responden a su verdadera naturaleza.

Más grave devino la supresión del proyectado artículo 1714, que generalizaba la aplicación de los daños punitivos cuando se afectaran derechos de incidencia colectiva, extrapolándolos del Derecho del Consumidor. En dicha norma se proponía que "El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que 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".

La propuesta de expansión de los daños punitivos hubiera significado un paso más para su consolidación -parcialmente en línea con el Proyecto de Código Civil de 1998 [9]-, como también para el fortalecimiento de la tutela de los derechos de incidencia colectiva, alcanzados por el régimen de bienes de nuestro actual ordenamiento (art. 240, Código Civil y Comercial).

III. La naturaleza jurídica de los daños punitivos: sanción civil con fines de prevención

1. Consideraciones generales

Como ya lo hemos sostenido anteriormente, los daños punitivos constituyen una respuesta a un "grave ilícito civil" que trasciende las fronteras de la relación dañador-dañado [10].

Son una expresión del Derecho de la "posmodernidad", donde se encuentran resquebrajadas las tradicionales diferencias entre el "Derecho Público" y el "Derecho Privado", en un contexto de transformación de ambas disciplinas. Recuerda Ricardo Lorenzetti [11] que ese acercamiento obliga al "Derecho Privado" a tomar especialmente en cuenta algunas perspectivas públicas, que permiten captar con mayor adecuación los diferentes intereses en juego, lo que se ha visto reconocido en el Código Civil y Comercial, en temas tales como el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva (art. 14, último párrafo), y la función ambiental del contrato (art. 240) [12], entre otros.

Por ello, no existe óbice para considerar a los daños punitivos como verdaderas y auténticas sanciones civiles, penalidades que buscan atacar conductas especialmente reprochables, con la finalidad de disuadir y prevenir su reiteración en el futuro [13]. La ecuación supone "sancionar" en miras de "disuadir" o "prevenir" [14]. La "sanción" tiene una legitimación axiológica finalista, dado que no se limita al reproche, sino que busca de modo eficiente lograr que dicho comportamiento se paralice y/o que no se repita en el futuro, sea por el mismo sancionado o incluso por terceros, que sabedores de la potencial sanción se ven alentados a no incurrir en ese tipo de ilícitos. Con mayor precisión, algunos autores sostienen que los daños punitivos habilitan a distinguir un aspecto principal y otro accesorio; el principal consiste en la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente y, por otra parte, el accesorio, relativo a la sanción al dañador, ya que toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria [15].

En sentido concordante, los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 sostuvieron que "El objeto de esta pretensión es una sanción al responsable. Por lo tanto, estos distinguos no afectan a la víctima

porque no se trata de su derecho a la reparación, y en consecuencia, no está comprometida la igualdad en términos constitucionales conforme a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de accidentes de trabajo".

Con este entendimiento, no se comparte la opinión de quienes sostienen que la problemática de los daños punitivos debe ser enfocada bajo la estricta óptica que suministra el Derecho Penal [16]. Así, en el Derecho inglés se ha dicho que los daños punitivos "...son una anomalía, que confunde las funciones civiles y penales del Derecho", y que carece "...de sentido que el demandante reciba un ingreso económico caído del cielo" [17]. Pese a ello, el informe de la *Law Reform Commission* ha propuesto la ampliación de los daños punitivos a fin de compensar las lagunas del Derecho Penal [18]. Del mismo modo, en el Derecho americano la expansión parece innegable, aunque en las últimas décadas la Corte federal ha establecido criterios para la procedencia y cálculo de los daños punitivos, en especial con motivo de algunos excesos en los montos fijados por las Cortes estatales [19]. Incluso en el *Civil Law*, empiezan a darse algunas manifestaciones de cierta condescendencia, tal el caso de una reciente sentencia de la Casación italiana [20].

En nuestro parecer, el reconocimiento de esta sanción o penalidad resulta justificado en el campo civil, por cuanto: a) constituye un hecho público y notorio que el sistema penal argentino se encuentra virtualmente colapsado, sin posibilidad de dar respuesta ni a las víctimas ni a los imputados [21]; b) el dinamismo de la realidad que nos circunda, evidenciado en los progresos científicos, el desarrollo de las comunicaciones y la globalización de las costumbres, se adecua mejor a la flexibilidad del ilícito civil, condicionado en menor medida por el principio de "tipicidad" [22]. La cuestión es importante, dado que mientras en el Derecho Penal el juez se encuentra obligado a respetar la previa tipificación del delito, en el Derecho Civil el juzgador puede inferir la antijuridicidad de la violación de los principios informadores del ordenamiento jurídico [23]. De todos modos, la apertura no supone evitar marcos más o menos precisos en cuanto a la existencia de conductas gravemente desaprensivas que puedan habilitarla [24], y c) la rigidez del Derecho Penal en cuanto al destino de la pena o multa, que en ningún caso podría incorporarse al patrimonio de la víctima, desalienta su reclamación por parte del particular no beneficiario [25].

2. Los daños punitivos en el contexto de otras puniciones civiles

El Despacho I.1 de la Comisión N° 10 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil recomendó textualmente que "La punición de ciertos ilícitos contractuales o extracontractuales mediante la imposición de penas privadas no es ajena a nuestro Derecho vigente, y se manifiesta en institutos como la cláusula penal..."

El Despacho, aunque referido al Código Civil derogado, también puede predicarse para el Código Civil y Comercial vigente, ya que fue voluntad del reformador articular de modo sistemático el nuevo régimen de las obligaciones con cláusula penal y de las sanciones conminatorias con la función punitiva que el Anteproyecto de 2012 preveía para el régimen de la responsabilidad civil [26].

La metodología así lo expresa, en cuanto el Capítulo 3 del Título I del Libro Tercero del Código Civil y Comercial, denominado *Derechos personales*, contiene una sección (5ª) dedicada a las *Obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias* (arts. 790 a 804).

En cuanto a la figura de la "cláusula penal", aunque no puede negarse que actúa principalmente como un supuesto de liquidación anticipada del daño, tampoco puede eludirse su función punitiva. La manifestación más elocuente de ello se expresa en orden a las facultades judiciales que se reconocen, admitiendo que los jueces pueden reducir las penas cuando su monto es desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, y configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor [27].

De similar modo, en las "astreintes" se fue abriendo paso la tesis que admite la posibilidad de acumularlas a los daños y perjuicios efectivamente sufridos "...sobre la base de la dualidad de fuentes que convergen para permitir su percepción, dado que la indemnización se logra con sustento en el ilícito, y las 'astreintes' por imperativo de la ley. Se trata de una solución de 'equidad', que encuentra explicación en la función disuasiva del instituto, y coincide con otras reglas del Derecho vigente, provenientes muchas de ellas de la reforma de la ley 17.711 (v. gr., art. 666 bis), resultando de utilidad para dar respuesta a la seria objeción formulada a los daños punitivos en orden a la posible desigualdad entre los damnificados por el mismo hecho" [28]. Ramón D. Pizarro destaca que el régimen vigente es similar al derogado [29].

La cuestión guarda relación con la provisoriedad de las astreintes, pero como bien se ha dicho, para dejar sin efecto a las mismas, "...no basta con sólo cumplir. Se deben invocar y probar las razones de la conducta

observada hasta el momento en que la conducta se adecuó a la orden impartida" [30].

3. Aportes jurisprudenciales recientes que esclarecen la esencia de los daños punitivos

Como demostración de la fuerte tendencia existente en nuestro país en orden a admitir a los daños punitivos como "sanciones civiles" frente a "graves inconductas de los proveedores" en el marco de relaciones de consumo, se pasará revista a continuación a precedentes judiciales relevantes del último año, en donde las cifras concedidas dejan de ser simbólicas o insignificantes.

Así, en la causa "Paz, Jorge Alberto c/Volkswagen de Argentina SA s/Sumarísimo" [31], en donde se acogió un importante daño punitivo, se dijo que "Repárese que en el caso se acreditaron circunstancias graves que han sido descriptas al abordar la acreditación del defecto del automotor y que demuestran un ostensible y grave incumplimiento por parte de la demandada del deber de seguridad, no sólo en la fabricación del automotor, sino en la etapa posterior. Es decir, concurre el presupuesto esencial que es la grave inconducta del demandado a la vez de la necesidad de prevenir estas inconductas en el futuro. A mayor abundamiento, señala que la automotriz colocó en el mercado un producto defectuoso conforme resulta del propio reconocimiento público del defecto que motivó el llamado a revisión. Este llamado denominado *recall* demuestra sin ambages el deficiente contralor de la calidad y seguridad del producto puesto en el mercado que además por tratarse de un automotor estaba destinado a circular y por lo tanto incrementó de modo exponencial el riesgo del rodado no sólo para el adquirente y las personas transportadas en el evento, sino para toda la comunidad. Luego, en forma grosera conociendo que el automotor del actor se encontraba dentro de ese grupo de autos defectuosos y que había sufrido un accidente de envergadura por el desprendimiento de una rueda delantera se sometió al rodado a revisión evidenciando una conducta desaprensiva no sólo para con los actores sino para toda la sociedad en función de la existencia de al menos otros tres mil autos en las mismas condiciones (grupo defectuoso) en nuestro país. Por las razones expuestas teniendo en cuenta la entidad de la inconducta y la calidad de fabricante de la demandada, considero procedente fijar la multa por daño punitivo en la suma equivalente a diez automotores 0 km del mismo modelo que el adquirido por el señor Guzmán (Vogage 1.6). Es decir, en la suma de pesos tres millones trescientos ocho mil seiscientos veintidós con noventa centavos (\$ 3.308.622,90) en función del precio individual de cada unidad informado en la página oficial de la automotriz (<http://www.volkswagen.com.ar/es/compras-y-financiacion0/precios-vigentes.html>). La suma mencionada será repartida entre los actores en partes iguales. En función de lo expuesto, declaro procedente el reclamo y determino la multa por este concepto para cada consumidor en la suma de pesos un millón ciento dos mil ochocientos setenta y cuatro con treinta centavos sin intereses. Ello es así por cuanto conforme la naturaleza jurídica de estos daños (multa), la sentencia es constitutiva de los mismos y que por lo tanto no pueden devengar intereses desde el evento dañoso, sino a partir de los diez (10) días de quedar firme la presente, a la tasa dispuesta en esta sentencia" (ver voto de la Dra. Alonso).

En otra causa, caratulada "Frisicale, María Laura c/Telecom Personal SA s/Daños y perjuicios" [32], en donde un usuario de telefonía promovió la acción preventiva del artículo 1711 del Código Civil y Comercial, y de daños y perjuicios contra la prestataria del servicio, solicitando que se la condenara a cesar en el envío de mensajes de contenido *Premium* no solicitados y facturados, y se le aplicaran daños punitivos. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda. La Cámara confirmó parcialmente la sentencia y dijo que "la finalidad sancionatoria de la multa, no sólo resulta pasible de reproche", agregando que "en el *sub examine*, la continuación de la prestación y/o facturación del servicio con posterioridad al acuerdo celebrado en la sede deOMIC (v. fs. 30/32) donde, con independencia de su tenor y de la discusión no esclarecida sobre cómo se activó el servicio de mensajes, quedó suficientemente claro que la usuaria no quería continuar recibéndolo ni pagando por él, viéndose obligada a judicializar la cuestión para lograrlo, configura un comportamiento groseramente negligente y desinteresado de los derechos de ésta (art. 42 de la Constitución Nacional), lo que justifica la aplicación del instituto en cuestión. En cuanto al argumento basado en el escaso monto pagado o retenido por el servicio, yerra la demandada al sostener que dicha circunstancia determina la improcedencia de la multa, puesto que la ponderación de la gravedad del hecho que exige el artículo 52 bis de la ley 24.240 es a los fines de la cuantificación de la multa y no de determinar su procedencia. De todas formas, el hecho que el servicio no solicitado se siga prestando y la facturación emitiendo, todo con posterioridad a la manifestación de voluntad en contrario expresada por la usuaria en laOMIC, constituye un daño de entidad". Sobre esa base, y atendiendo a una fórmula de cuantificación, que por el objeto de este trabajo no resulta pertinente considerar aquí, aplicó una multa punitiva de \$ 735.046,4 (ver voto del Dr. Peralta Mariscal).

Mayor interés de nuestra doctrina ha despertado la causa "Esteban, Noelia E. c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG s/Daños y perjuicios" [33], en la cual se ventilara un reclamo de daños y perjuicios y pretensión punitiva a consecuencia de haberse encontrado una pila alcalina en un envase de gaseosa. En primera instancia se condenó a la demandada a pagar a la actora la suma de ocho pesos. Interpuesto recurso de apelación, la Cámara hizo lugar parcialmente al remedio procesal y multó civilmente a la empresa con una suma de \$ 500.000, que fueron destinados al peticionante. Pese a que el decisorio presenta múltiples aristas de interés -como el debate generado en torno al destino de la multa-, ahora se considerarán los fundamentos y naturaleza asignada a la misma, para efectuar dicha cuantificación. Sobre estos aspectos, se dijo -en consenso de los diferentes vocales- que "Es claro que la aplicación de la multa responde a una causa distinta a la reparación integral del daño causado, esto es la necesidad de instituciones sancionatorias y preventivas que desalienten estas conductas desaprensivas y antisociales de las empresas y nada obsta que el destino de la multa impuesta sea para la principal víctima de este tipo de actos que es el consumidor. El instituto que analizamos no está destinado a indemnizar daños concretos, sino a proteger a la sociedad toda de estas conductas recalcitrantes y el hecho de que la multa sea destinada al consumidor no la vuelve inconstitucional. Debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, sino que en la sociedad actual es imprescindible desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo, otorgando un plus a quien denuncia y persigue judicialmente tales actos" (ver voto de la Dra. Servera). Para justificar la sanción disuasoria se argumentó que "...si la pila alcalina Eveready AAA llegó al interior de la botella de Seven Up de 1,25 litro, indefectiblemente se debió a la negligencia grave y culpable -según las particulares circunstancias del caso: producto para el consumo humano- de Cervecería y Maltería Quilmes SA. Así lo ponen en evidencia las más elementales reglas de la lógica y de la experiencia (art. 33, CPCC). Si no es debido a la culpa grave de la demandada, no existe otra explicación lógica y experimentalmente posible sobre cómo llegó la pila al interior de la botella, explicación que, por lo demás, no ha sido dada ni probada por la demandada. La conducta reiterada, reincidente y hasta cierto punto recalcitrante de Cervecería y Maltería Quilmes SA resulta: a) del conocido caso 'Teijeiro c/Cervecería y Maltería Quilmes SA' (TSJ de Córdoba, 15-4-2014, L. L. 2014-C-50; RCyS 2014-VI-136; L. L. 2014-D-25; D. J. del 10-7-2014, p. 34; E. D. 258302; AR/JUR/6030/2014), en el cual se encontró un envoltorio de gel íntimo para relaciones sexuales en la botella cerrada de uno de sus productos; b) del caso 'Colazo c/Cervecería y Maltería Quilmes SA' (JCCom. N° 31 de Córdoba, fs. 18/44, revocado por C5ªCCom. de Córdoba, expte. 2197460, sent. 106, del 13-6-2016), en el cual se encontró un producto extraño, aparentemente un envoltorio de cigarrillos, en la botella cerrada de uno de sus productos, y c) en la declaración de Gustavo Enrique Holmquist, vendedor de la botella de Seven Up a la actora, quien en su contestación de demanda manifiesta que, además de este caso, recuerda que, antes de venderla, alguna vez descubrió en el interior de una botella cerrada de Pepsi una especie de papel" (voto del Dr. Moisés) [34].

También en la causa "P., O. R. c/Cienfuegos SA y otro s/Daños y perjuicios" [35], en la cual se reclamaba a un fabricante una pretensión punitiva junto a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en circunstancias en las que la víctima encendió un elemento de pirotecnia e inesperadamente le explotó en el rostro, ocasionándole lesiones de gravedad con la pérdida de la visión del ojo izquierdo, se sostuvo que "Los daños punitivos consisten en una multa civil, que se añade a la indemnización otorgada para la reparación del daño, aplicada en beneficio de la víctima. Tiene por fin castigar a los proveedores de bienes y servicios que incurran en graves incumplimientos en sus obligaciones legales y contractuales, con un fin de disuasión y de evitar la repetición de similares conductas dañosas", y que en autos "La negativa que asumió la demandada al omitir advertir al consumidor sobre la necesidad de que sea cuidadoso al momento de quitar la etiqueta para no dañar la mecha que está abajo o detrás de ella y las posibilidades de encendido prematuro (ver peritaje a fs. 594, fs. 595) demostró la falta de interés y preocupación de su obligación en el deber de información, conducta que evidencia una culpa grave que debe ser sancionada en los términos del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor" (ver voto de la Dra. Hernández), por lo que se concedió una sanción punitiva de \$ 200.000.

Finalmente, en ocasión de un pleito sobre el comportamiento de una empresa de transporte, que se ventilara en los autos "Curry, Paula Vanesa c/Transportes Automotores Plusmar SA y otros s/Daños y perjuicios" [36], se afirmó que "El monto por daño punitivo debe ser elevado -en el caso, al 60% de los valores indemnizatorios reconocidos-, teniendo en cuenta la actitud dilatoria y especulativa por parte de la empresa de transporte demandada, dentro de las que se incluyó la falta de ofrecimientos reparatorios, su ausencia en la etapa de mediación, la falta de prueba de la eximente invocada y la dimensión del daño efectivamente provocado en la víctima, pues ello demuestra el trato indigno que impartió al consumidor al someterlo a casi cinco años de un juicio con el solapado propósito de abonar una indemnización licuada por la inflación (art. 8° bis, ley 24.240; art.

1071, Código Civil derogado; art. 10, Código Civil y Comercial)" (ver voto del Dr. Monterisi).

IV. Consecuencias que se desprenden de constituir una sanción civil con fines de prevención

1. Denominación de la figura

Coherente con la naturaleza asignada, no parece ajustado utilizar para la figura que aquí se examina la expresión daños punitivos. Sin embargo, no se duda de que la misma ha logrado gran inserción en nuestro medio, especialmente el forense.

Como ya se dijo, el instituto desborda las fronteras del resarcimiento, con lo cual la referencia al "perjuicio" o "daño" parece desacertada. Al situarse en el terreno de la punición de ciertos ilícitos, las denominaciones "multa civil" [37] o "sanción pecuniaria disuasiva" resultan más adecuadas. La primera fue utilizada por el artículo 1587 del Proyecto de Código Civil de 1998; la segunda resultó empleada por el Anteproyecto de Código Civil de 2012, tanto en su reforma al artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, cuanto a la proyectada incorporación del artículo 1714. En ambos casos se atiende a que en su ontología, no se reparan daños sino que se punen conductas en función de evitar su reiteración.

2. Reglas de Derecho transitorio

De la naturaleza sancionatoria también se desprende la necesidad de contar con la tipicidad del ilícito que se sanciona, al menos con la textura relativamente abierta bajo la cual se la juzga en el ámbito civil.

Por tal razón, la jurisprudencia ha sido refractaria a admitirla para casos en los cuales la sanción punitiva no estaba vigente para la relación de consumo invocada. Así, se lo hizo en el marco de una demanda de daños y perjuicios interpuesta contra un banco por quien se vio incluido por error en un registro de deudores morosos, dado que el hecho se había generado con anterioridad a la vigencia del artículo 52 bis [38].

3. Ámbito de alcance. Restricciones en torno a la aplicación analógica de la figura. La cuestión en torno al principio de consumo sustentable

En nuestra jurisprudencia, se observan casos en los cuales se intentó la aplicación de los daños punitivos fuera del ámbito de las relaciones de consumo, con planteos constitucionales, o bien con invocaciones analógicas al artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, los cuales han sido rechazados con sustento en la naturaleza represiva del instituto en análisis.

Así, en una demanda de daños morales y punitivos deducida contra una empresa petrolera por quienes entendían haber sido discriminados con motivo del obrar de ésta, al difundir una lista de trabajadores que tenían juicios contra ella y sus contratistas, con la finalidad de que esos trabajadores fuesen excluidos -de hecho- del mercado laboral [39]. Rechazando la pretensión sancionatoria disuasiva, la Cámara dijo que "...el sistema recogido por el legislador civil hasta el presente es el de la reparación integral del daño, mas no el de establecer -además- la posibilidad de una punición ejemplar, instituto que permanece en el plano de la *lege ferenda*. Como vemos, una punición tal podría tener distintas modalidades -que no solamente la de aumentar el crédito del dañado- que responden a una visión individualista del sistema que no se compadece (cabe señalarlo) con el fundamento social o 'preventivo' que se argumenta para la misma creación del instituto. Que el mismo proyecto legislativo argentino recoja la innovación como lo hace confirma estas ideas: a) no se encuentra receptado en nuestra legislación; b) la punición -aun cuando de naturaleza civil- (no comparto la idea de quienes la remiten al ámbito exclusivo de la legislación pública) debe apoyarse en la sanción de una ley previa, recogiendo el principio liminar del Estado de Derecho: el *nulla poena sine previa lege penale* debe prevenir el principio *non bis in idem* y debe establecer el destino de la pena (sobre el que compartiría a priori la solución alcanzada en la Comisión de Diputados). Es más, la reciente incorporación del instituto en el cuerpo de la Ley de Defensa del Consumidor no hace sino corroborar tal aserto, esto es que es necesaria la expresa previsión normativa, por parte del legislador". De igual modo, en una acción por daños y perjuicios e indemnización punitiva interpuesta por la concubina de una persona que falleció y que era propietaria de un inmueble en el que habitaban, como consecuencia que su

hermana y heredera mandó cortar los servicios de electricidad, agua y teléfono [40], los mismos fueron denegados en ambas instancias, afirmándose que "La actora reclama también los daños punitivos. En mi criterio no corresponden los daños punitivos en el caso de autos. En este sentido, en el Derecho argentino la regla es la equivalencia de la indemnización con el daño en la medida de la relación causal jurídicamente relevante, considerándose en términos generales que una indemnización mayor que el daño causado implicaría el enriquecimiento sin causa de la víctima, aunque el otorgamiento de un resarcimiento mayor no es ajeno al sistema (cláusula penal aunque no haya habido perjuicio alguno, astreintes por un monto excedente al del daño, en los intereses suplementarios previstos en el artículo 622) [...] A ello se debe agregar que actualmente la ley 26.361, modificatoria de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, ha introducido el artículo 52 bis relativo al daño punitivo [...] También el artículo 1587, Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 previó en el artículo 1587 la multa civil [...] Se advierte fácilmente que los daños punitivos previstos se refieren a situaciones diferentes a la de autos, están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro [...] o se consideran como herramientas tendientes a disuadir prácticas de conductas desaprensivas por parte de los actores económicos, castigando las mismas [...] De allí que su monto se fije en relación con los beneficios obtenidos por la conducta reprochable y puede tener el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada (Proyecto de Reforma de 1998 cit.). Por ello, y teniendo presente también la resolución sobre el derecho de propiedad respecto del inmueble de autos en el juicio sobre disolución de la sociedad de hecho, sólo cabe rechazar la petición".

Lo dicho no significa que nuestra doctrina no se haya expresado respecto de la utilidad de los daños punitivos en algunas otras áreas del ordenamiento, con fuertes enclaves constitucionales y con impacto sobre los derechos humanos.

El Derecho de las Familias es un ámbito en donde el tema es discutido. La doctora Kemelmajer de Carlucci se ha pronunciado por la alternativa de fijar en algunos casos graves -como obstaculizar una adecuada comunicación- montos razonables por daño moral y no introducir figuras cuya fuerza expansiva pudiera producir consecuencias no imaginadas; sin embargo, recuerda que "...Patti, el autor que con mayor rigor ha tratado las vinculaciones entre el Derecho de Familia y los principios generales de la responsabilidad civil", precisaba que muchas de las actuales aperturas y horizontes del Derecho de las Familias "...pueden llegar a significar la aplicación del instituto del daño punitivo en un futuro, pues se trataría de un supuesto en que «se puede tener interés en punir una conducta dolosa, opresiva, ultrajante, que causa un daño social grave, producido, sobre todo, cuando no existen otras sanciones eficaces, dado lo exiguo del resarcimiento otorgado sobre la base de los parámetros habituales»" [41]. La cuestión puede pensarse a futuro en otros temas particularmente graves en donde no se duda sobre la tutela resarcitoria [42], tales como la falta de reconocimiento del estado de hijo o la resistencia a la provisión de alimentos [43] - [44], entre otros.

Del mismo modo, en materia ambiental [45] se ha dicho que "...la real efectividad, en suma, de la multa preventiva judicial reposa en tantos actores como partes hay involucradas en el drama irreversible del daño ambiental. De allí mi convicción de reafirmar la necesidad de su incorporación al ordenamiento positivo argentino. Para que sea posible la saludable convivencia de empresarios exitosos y de una sociedad desarrollada en un medio ambiente sano; de un idéntico afán de ganancia y de preservación de recursos; del goce de la naturaleza por las generaciones actuales y el aseguramiento del mismo derecho para las venideras; para afianzar la conciencia de que la conducta socialmente disvaliosa no puede generar ganancias y que el ciudadano común se encuentra protegido bajo el manto del derecho; para que no sea necesario esperar a experimentar el daño para provocar la reacción de la Justicia y la actuación de la ley en beneficio y resguardo de la sociedad". Destaca el mismo autor que la solución resultaría coherente con otras respuestas del ordenamiento vigente, en tanto "...prohijar este instituto no significa prescindir de otros remedios jurídicos de prevención que, por lo demás, aparecen ya perfilados -aunque con algunas reservas- en el artículo 2618 del Código Civil vigente, y en los artículos 1585, 1586 y 1587 del Proyecto de Código Civil. Menos aún de un instrumento procesal como lo es el amparo, cuya celeridad y eficacia ha quedado demostrada en la materia atinente a la preservación y defensa de derechos constitucionales. Sobre esta última figura, merece destacarse el bien entendido activismo judicial enderezado a ensanchar su efectivo ámbito de protección sin escatimar esfuerzos intelectuales para sortear los escollos del vacío legal".

En este último campo, hoy se presenta una situación especial, exclusivamente en los casos en los cuales pueda verse involucrado el diálogo entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental, a partir de la tipificación del principio de consumo sustentable.

Por esa razón, el Despacho 7.8 de la Comisión N° 6 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas durante los días 28, 29 y 30 de septiembre de 2017 en la Universidad Nacional de La Plata,

recomendó que "El instituto del daño punitivo es directamente aplicable mediante el diálogo de fuentes a todos aquellos casos en los cuales se violenta el principio de consumo sustentable (arts. 8° bis y 52 bis, LDC; art. 1094, CCC)" [\[46\]](#).

4. Sujetos de la sanción. El problema del destinatario de la sanción

En lo que atañe a los sujetos pasivos de la sanción o multa, existe consenso en cuanto a que pueden serlo tanto las personas humanas como las jurídicas, públicas o privadas, en el contexto del marco de aplicación de la relación de consumo.

Mayores dificultades presenta el destinatario de la penalidad. Las discusiones se remontan en nuestro país a los debates habidos con motivo del artículo 1587 del Proyecto de Código Civil de 1998, en cuanto establecía que la multa tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada. Con ello se confería una significativa atribución judicial, muy a tono con la expansión de los poderes del juez que, como ha explicado el doctor Atilio A. Alterini, constituye una de las características centrales del Derecho de este siglo [\[47\]](#). Sin embargo, dicho criterio no era pacífico, como lo demuestra la diversidad de opiniones que quedaron reflejadas en las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en donde se recomendó: "A) El destino de la pena debe ser librado por la ley a la prudente determinación judicial por resolución fundada (mayoría). B) En caso de un particular damnificado el importe debe ser atribuido a la víctima. En casos de daños a intereses difusos debe ser destinado al Estado o a organismos que propendan a aquellos fines (liga de consumidores, asociaciones ambientalistas, etc.) (segunda minoría). C) En principio, si media petición de parte, una porción de la condenación punitiva deberá adjudicarse a la víctima, y la otra (mayor) a entidades de bien público (primera minoría)" [\[48\]](#).

Como se sabe, el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor vigente consagra una respuesta diferente, al atribuir el daño punitivo a favor del consumidor. Aunque ello no genere indebido enriquecimiento, al ser la ley la que considera al grave ilícito del proveedor como justa causa -motivo legítimo- para el desplazamiento patrimonial [\[49\]](#), no puede desconocerse que en miras de una mayor eficacia del instituto pueda a futuro pensarse en una reforma que, en sintonía con el Proyecto de Código Civil de 1998 y el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012, conceda márgenes de maniobra para destinar la multa o sanción, de acuerdo a las circunstancias del caso.

5. La cuestión de los eventuales excesos de punición

Finalmente, no puede negarse que la noción de multa es compatible con la eventual aplicación de lo establecido en el artículo 1714 del Código Civil y Comercial, en cuanto faculta a los jueces a ponderar la posibilidad de una punición "irrazonable" o "excesiva", habilitando una morigeración que podría desvirtuar los fines disuasivos que, a través de la punición, persigue esta sanción pecuniaria [\[50\]](#).

Sin embargo, dicha disposición, que tenía un sentido diferente en el contexto de las normas originariamente proyectadas, exige una interpretación coherente con las exigencias constitucionales, y restrictiva de su alcance, a fin de lograr un adecuado y eficaz despliegue del daño punitivo.

- [1] Entre muchos otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho argentino?, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XXXVIII, 2ª época, Nº 31, Buenos Aires, 1993, ps. 71 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil, en L. L. 1994-B-871; TRIGO REPRESAS, Félix A., Daños punitivos, en obra colectiva *La responsabilidad*, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 283 y ss.; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, vol. 1; PIZARRO, Ramón D., *Temas de Derecho Privado (XI)*, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1999, p. 214; RIVERA, Julio César, Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998, en L. L., AR/DOC/10922/ 2003; ALTERINI, Atilio A., Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después, en L. L. 2008-B-1239; MOISÁ, Benjamín, Los llamados "daños punitivos" en la reforma a la ley

24.240, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año X, Nº VIII, agosto de 2008, La Ley, Buenos Aires, ps. 32 y ss.; IRIGOYEN TESTA, Matías, ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, en XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009, t. 5, p. 111; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, La primera aplicación histórica del daño punitivo en la jurisprudencia nacional, en L. L. 2010-A-219; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Daños punitivos, en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, año I, Nº 2, noviembre de 2010, ps. 89 y ss.; GALDÓS, Jorge Mario; LLAMAS POMBO, Eugenio y MAYO, Jorge A., Daños punitivos, en L. L. 2011E-1155; GHERSI, Carlos A., La importancia del daño punitivo y la reparación integral, en L. L. B. A. 2012 (diciembre), ps. 1175 y ss.; STIGLITZ, Gabriel A., La defensa del consumidor en el Proyecto de Código, en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, 2012 (octubre), p. 61 y en L. L. 2012-F-793; LOVECE, Graciela, De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto de Código, en L. L. 2012-D-1194; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., Daños punitivos por trato inequitativo e indigno, en L. L. 2012-D-613; CHAMATRÓPULOS, Alejandro, Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina, en L. L. 2013-D-1079. Más recientemente, y entre muchos otros estudios, resultan de interés: PADILLA, Rodrigo y ARIAS CÁU, Esteban J., Un interesante caso de aplicación de la multa civil según la óptica del Derecho del Consumidor, en L. L. NOA 2016 (diciembre), p. 5; BAROCELLI, Sergio Sebastián y FALIERO, Johanna Caterina, Aplicación de daños punitivos frente a la excesiva displicencia del proveedor, en RCCyC 2016 (diciembre), p. 255; JUNYENT BAS, Francisco, Recaudos de procedencia del daño punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Teijeiro" y "Esteban", en L. L. del 14-8-2017, y QUAGLIA, Marcelo C. y RASCHETTI, Franco, El destino de los daños punitivos. El pronunciamiento en el caso "Esteban" y sus implicancias, en L. L. del 11-9-2017, p. 7. Sobre las obras especiales dedicadas al tema en nuestro país se destacan el aporte de LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Los daños punitivos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, y la Revista de Derecho de Daños, Nº 2011-2, Daño punitivo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, donde pueden consultarse con provecho los siguientes estudios: BUERES, Alberto J. y PICASSO, Sebastián, La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, Los daños punitivos en el Derecho continental europeo; MAYO, Jorge A. y CROVI, Luis Daniel, Penas civiles y daños punitivos; KELLY, Julio, Los daños punitivos en el Derecho de los Estados Unidos de América; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Los daños punitivos en el Derecho angloamericano; MOSSET ITURRASPE, Jorge, El daño punitivo y la interpretación económica del Derecho (Dejar hacer o controlar el mercado); RINESSI, Antonio Juan y REY DE RINESSI, Rosa, Naturaleza jurídica del daño punitivo.

- [2] Derecho de las Obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas, Bosch, Barcelona, 2013, p. 118. Entre muchos otros autores que en Europa se han ocupado sobre la materia se recuerda aquí a: BUSNELLI, Francesco y SCALFI, Gianguido, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985; HANSEN, Michael, El sistema legal en Estados Unidos en relación con la responsabilidad civil, en *Seguridad y responsabilidad*, Mapfre, Madrid, 1986, ps. 37 y ss.; BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile. La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 127; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de Prescripción (Estudio preliminar y traducción), en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, vol. 60, Nº 2, ps. 621 y ss.; KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanesa, *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena, 2009.
- [3] Hemos dedicado diferentes estudios sobre el tema, tales como: HERNÁNDEZ, Carlos A. y ANDRADA, Alejandro, Reflexiones sobre las llamadas penas privadas (A propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil), en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año II, Nº 1 (enero-febrero de 2000), ps. 33 y ss.; HERNÁNDEZ, Carlos A. y SOZZO, Gonzalo, La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina, en *Revista de Derecho de Daños*, Nº 2011-2, Daño punitivo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 361 y ss.; HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra, Daños al consumidor: reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en *Revista Derecho Privado*, Año I, Nº 3, Infojus, Buenos Aires, ps. 188 y ss.; HERNÁNDEZ, Carlos A., Breve reseña del estado actual de los daños punitivos en Argentina. Algunas reflexiones para valorar su recepción en el Derecho de Familia, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Nº 65, Daños y familias, julio de 2014, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 5 a 24, y HERNÁNDEZ, Carlos A., Breves reflexiones sobre un interesante fallo que da cuenta de la agenda actual del Derecho del Consumidor (Acerca de daños punitivos, prácticas abusivas y pagarés de

consumo), en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, octubre de 2014, ps. 120 y ss.

- [4] La redacción que propuso el Anteproyecto para el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor expresaba: "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. 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 este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida".
- [5] HERNÁNDEZ y FRUSTAGLI, Daños al consumidor: reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 cit., y HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra, Decisión judicial sobre daños punitivos, en L. L. 2014-C-49.
- [6] Discrepamos con quienes ven aquí un retroceso, puesto que se intenta dotar al instituto de una mayor eficacia. En sentido contrario, Graciela Lovece sostiene que en "...esta norma se retrocede respecto al factor de atribución pasando de uno objetivo como es la actividad económica (art. 52 bis, LDC) a uno subjetivo (grave menosprecio)", en De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto de Código cit., p. 1194.
- [7] Ver punto 162.2 del dictamen de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Entre los valiosos aportes que han considerado el equívoco de este criterio, puede verse a PIZARRO, Ramón D., ¿Sirven los daños punitivos tal como están regulados en la Ley de Defensa del Consumidor?, en Revista de Derecho de Daños, Nº 2011-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 441.
- [8] Sólo se rescata el hecho de haber evitado el naufragio definitivo del instituto mediante el rechazo a la derogación del actual art. 52 bis.
- [9] La fórmula era más restrictiva que la de su fuente inmediata, el artículo 1587 del citado Proyecto, que concibió a la figura 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".
- [10] HERNÁNDEZ y ANDRADA, Reflexiones sobre las llamadas penas privadas (A propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil) cit., ps. 33 y ss.
- [11] Las normas fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, ps. 177 y ss.
- [12] HERNÁNDEZ, Carlos A., Ambiente, biodiversidad y contrato (Reflexiones sobre el régimen jurídico argentino), en Revista de Derecho Ambiental, Nº 47, ps. 125 y ss.
- [13] Alejandro Chamatrópulos, en sentido concordante, afirma que "Resulta indudable asignar el carácter de sanción a los daños punitivos. Es que todo conduce a ello: se trata de atacar conductas especialmente reprochables (intervención de culpa grave o dolo directamente); mediante su imposición se busca castigar y disuadir; y evidencian un carácter 'extra' a aquellos montos de dinero que tienden a compensar a la víctima", agregando luego que la Corte norteamericana en el caso "Gertz c/Robert Welch" de 1974 "...ha caracterizado a los daños punitivos como una sanción, más específicamente, como una multa privada", en Estatuto del consumidor comentado, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. II, ps. 264 y ss.

-
- [14] En un reciente precedente se sostuvo que "El monto fijado al hotel demandado en concepto de daño punitivo -en el caso de \$ 100.000- por haber impedido el ingreso del actor junto a su pareja del mismo sexo debe ser confirmado, pues se muestra razonable y tiene la entidad suficiente para disuadir conductas similares discriminatorias en el futuro que ofendan la dignidad del consumidor o usuario"; CNCiv., sala H, 16-12-2016, "P., D. N. c/General Paz Hotel SA s/Daños y perjuicios", L. L., AR/JUR/92932/2016.
- [15] IRIGOYEN TESTA, ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos? cit. En igual sentido, JUNYENT BAS, Recaudos de procedencia del daño punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Teijeiro" y "Esteban" cit.
- [16] En tal sentido, se recuerdan aquí las enseñanzas del maestro Jorge Bustamante Alsina, quien reclamaba como impostergable "...promover iniciativas legislativas que incorporen al sistema vigente del Derecho Penal todas las reformas necesarias para incriminar aquellas conductas mediante la precisa tipificación de las correspondientes figuras delictivas y castigarlas con las penas adecuadas para reprimir y prevenir en el futuro ilícitos semejantes. Esas sanciones que los jueces deben aplicar dentro del marco normativo de la ley tendrán que ser adecuadas a la gravedad del delito e incluir la pena de multa cuyo monto sea suficiente para privar al condenado de las ganancias o ventajas obtenidas y efectivamente probadas o razonablemente valuadas por el juez"; Los llama-dos daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil cit., p. 871.
- [17] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Los daños punitivos en el Derecho continental europeo cit., p. 165.
- [18] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p. 165; LÓPEZ HERRERA, Los daños punitivos en el Derecho angloamericano cit., p. 280.
- [19] KELLY, Los daños punitivos en el Derecho de los Estados Unidos de América cit., p. 263.
- [20] El precedente corresponde a la "Sezioni Unite" del 7-2-2017, en la cual se ventiló la eficacia y ejecutabilidad en Italia de tres sentencias de tribunales norteamericanos que fijaron daños punitivos. Se afirmó, como principio, que no es ontológicamente incompatible con el ordenamiento italiano el instituto de los daños punitivos. Y que, por tanto, es posible el reconocimiento de una sentencia extranjera que se pronuncia sobre dicha figura, en la medida que el régimen extranjero se estructure sobre bases normativas que garanticen la "tipicidad" de la hipótesis de condena, su previsibilidad y los límites cuantitativos. Como se observa, indirectamente, supone una toma de postura sobre la factibilidad de su recepción en el Derecho italiano.
- [21] PIZARRO, Temas de Derecho Privado (XI) cit., p. 219.
- [22] Recordemos que en el orden civil no es menester la existencia de una antijuridicidad formal. El artículo 1717 establece que "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".
- [23] Por tal razón, las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil recomendaron por unanimidad que "Las penas privadas no están alcanzadas por las garantías constitucionales propias del proceso penal (v. gr., non bis in idem, prohibición de autoin-criminación, personalidad de la pena, etc.). Es preciso, en cambio, que ellas no sean excesivas y que resulten respetadas las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa"; <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/ediciones-an-teriores/>.
- [24] La evolución jurisprudencial en Argentina así lo evidencia. Ver HERNÁNDEZ y SOZZO, La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina cit.
- [25] Al respecto puede verse a CAUMONT, Arturo; LARRAÑAGA, Luis y SAUX, Edgardo I., Daños punitivos, ponencia a las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Libro de Conclusiones de Ponencias, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Santa Fe, 1999, ps. 266 y ss.
- [26] Los Fundamentos así lo consignan.

-
- [27] El segundo párrafo del art. 794 del Código Civil y Comercial establece que "Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".
- [28] Ver Clases de obligaciones, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, dir. por Julio César Rivera y coord. por Graciela Medina, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 544.
- [29] Sin embargo, critica fuertemente el agregado propuesto por el PEN que pretende regir por las normas propias del Derecho Administrativo a la observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas.
- [30] OSSOLA, Federico Alejandro, Astreintes: revisión de su aplicación, en L. L. 2015-C-13.
- [31] CApel. de Comodoro Rivadavia, sala A, 15-9-2017, L. L. Online, AR/JUR/ 62506/2017.
- [32] C1ªCCom. de Bahía Blanca, sala II, 15-8-2017, RCyS 2017-X-126. En el ámbito de los servicios telefónicos, ver también CCCom. de Salta, sala I, 24-4-2017, "Cari, María Natalia en rep. de Peñalva, María Graciela c/Telecom SA s/Sumarísimo o verbal", L. L. Online, AR/JUR/19818/2017.
- [33] CCCComún de Tucumán, sala II, 27-7-2017, L. L. 2017-D-554. La sentencia recibió los siguientes comentarios: JUNYENT BAS, Recaudos de procedencia del daño punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Teijeiro" y "Esteban" cit., y QUAGLIA y RASCHETTI, El destino de los daños punitivos. El pronunciamiento en el caso "Esteban" y sus implicancias cit.
- [34] El razonamiento contrasta con el seguido por la CCCLMin. de Neuquén, sala I, 21-2-2017, en autos "Martínez, María Esther c/Coca Cola Polar Argentina SA s/Ds. y ps. por resp. extracont. de part.", RCyS 2017-V-107, en donde se sostuvo que "Los requisitos de procedencia del daño punitivo se encuentran ausentes, dado que la empresa demandada acreditó las medidas de seguridad que posee la planta de producción, alegando que no actuó con culpa grave, ni dolo, ni malicia, ni con desaprensión de los derechos de terceros, ni se enriqueció en forma indebida, ni obró con consciente y flagrante indiferencia; a lo que se suma que tampoco se pudo determinar qué medida de precaución o de control adicional habría faltado observar o eventualmente podido añadirse para mejorar la calidad del proceso u optimizar la custodia de las botellas" (ver voto mayoritario del Dr. Pascuareli).
- [35] CNCiv., sala K, 4-5-2017, L. L. Online, AR/JUR/36178/2017.
- [36] CCCom. de Mar del Plata, sala II, 27-4-2017, RCyS 2017-VII-146.
- [37] En la causa "Esteban, Noelia E. c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG s/Daños y perjuicios", antes citada, el Dr. Benjamín Moisés señaló que "...nos parece que la denominación correcta para designar a la figura jurídica en cuestión es multa civil por actos desaprensivos, indignantes o antisociales (outrageous conduct), expresión que permite determinar con exactitud su especie y naturaleza dentro del género sanción, al cual pertenece. Esta denominación concuerda con la que propone el art. 1587 del Proyecto de 1998 (1999). El Proyecto de 2012 en su art. 1714, cuyo texto ha cambiado al convertirse en el Cód. Civ. y Com., habla de 'sanción pecuniaria disuasiva'. La expresión 'multa civil' aparece utilizada con mayor asiduidad como expresión equivalente de daños punitivos"; ver por ejemplo, CCCom. de Necochea, 23-2-2017, "Mayer, Rosa Marina c/Caja de Seguros SA s/Cumplimiento de contratos civiles y comerciales", RCyS 2017-VII-197.
- [38] En dicha causa, caratulada "Cañadas Pérez, María c/Bank Boston NA", se dijo que "Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares [...] Es decir, el daño punitivo importa una condena 'extra' que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente. Bajo estos lineamientos, que enfatizan el carácter excepcional del daño punitivo, es que considero que un proveedor no puede ser condenado a pagar una multa civil por haber incurrido en una conducta -según el magistrado, merecedora de daños punitivos-, que resulta ser anterior a la vigencia de la ley que incorpora este instituto en nuestro Derecho [...] En el

caso de autos, más allá de la valoración que el magistrado hiciera respecto de la conducta del proveedor (accionado), no puedo perder de vista que al momento en que ésta se desarrolló, el art. 52 bis de la ley 24.240 no tenía vigencia, por lo que no cabe su reproche bajo esta normativa, máxime si se trata de un instituto de excepción"; CNCiv., sala F, 18-11-2009, L. L., AR/JUR/45423/2009.

- [39] CCCMin. de Cipolletti, 12-5-2008, "Acuña, Carlos A. y otros c/YPF SA", L. L. Patagonia 2008 (agosto), p. 397.
- [40] CNCiv., sala K, 18-6-2009, "M., H. R. c/V. de D. N.", Lexis N° 35031675.
- [41] Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana, en Revista de Derecho de Daños, N° 2001-2, Daños en las relaciones de familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. Ver, además, HERNÁNDEZ, Breve reseña del estado actual de los daños punitivos en Argentina. Algunas reflexiones para valorar su recepción en el Derecho de Familia cit.
- [42] Se ha dicho con acierto que en el Código Civil y Comercial la reparación de daños en las relaciones de familia se encuentra sujeta a los principios generales, ámbito en donde rige el deber general de no dañar; ver MEDINA, Graciela, Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad, en L. L. 2017-B-262.
- [43] Así, en un pronunciamiento de la CCom. de Junín, 15-12-2011, en autos "F., M. C. c/L., J. C. y otro/a", y en el marco de una acción de daños y perjuicios promovida por dos mujeres contra su padre a fin de reclamar un resarcimiento por el incumplimiento de la obligación alimentaria, se afirmó que "El accionado debe indemnizar a sus hijas por el daño moral sufrido a raíz del incumplimiento en el pago de la obligación alimentaria a su cargo, en tanto incurrió en una conducta antijurídica que provocó a aquéllas aflicciones y padecimientos desde pequeñas, debido a la incertidumbre familiarmente vivida de contar con su aporte económico", L. L. B. A. 2012 (febrero), p. 85; AR/JUR/78943/2011.
- [44] Sobre el particular, puede verse el valioso precedente de la SCJ de Mendoza, en autos "F., A. por su hijo menor c/C., S.", pronunciado en fecha 28-5-2004, con el voto preopinante de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, publicado en L. L. Gran Cuyo 2004 (octubre), ps. 884 y ss. También "S. B. c/G. T., J.", del STJ de Chubut, 18-2-2009, L. L. Patagonia 2009 (junio), p. 847. En igual sentido, la CCom. de Mercedes, en fecha 5-3-2009, dentro de los autos "G., J. c/H. O. J." sostuvo que "Es procedente otorgar una indemnización en concepto de pérdida de chance al hijo del demandado, por la falta de reconocimiento filiatorio de su parte, pues, si bien las necesidades mínimas fueron cubiertas por la madre, el daño sufrido consiste en la frustrada posibilidad de que el menor tuviera otra opción terapéutica en el tratamiento que recibió por una patología auditiva que sufre, siendo que en la chance no se repara el beneficio propiamente dicho que queda postergado, sino que lo que se indemniza es la posibilidad perdida de haber podido acceder a un tratamiento médico mejor", L. L. Online, AR/JUR/22100/2009. Más recientemente, "S. c/M.", de la CCCLMin. de General Pico, 3-5-2012, Revista de Derecho de Familia, N° 2013-I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 209. Puede verse allí un interesante comentario de Julio Martínez Alcorta.
- [45] KAMADA, Luis E., Daños punitivos y la prevención del daño ambiental, en D. J. 2007-1-173.
- [46] Ver <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-Nº-6.pdf>.
- [47] Puede consultarse su disertación junto a las de los Dres. Oscar J. Ameal y Ramón D. Pizarro en PIZARRO, Temas de Derecho Privado (XI) cit., p. 208.
- [48] Ver <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/ediciones-antiores/>.
- [49] Ver Despacho c) sobre el "daño punitivo" de la Comisión N° 9 de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil, realizado en la Universidad Nacional de Córdoba. La jurisprudencia es concordante con este criterio. Sobre este debate puede verse el reciente precedente "Esteban, Noelia E. c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG s/Daños y perjuicios", antes

citado, en el cual el Dr. Benjamín Moisés señaló que "Así ello y conforme a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional, teniendo particularmente en cuenta la falta de causa de la atribución patrimonial establecida por la ley, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240, sólo en cuanto establece que el destino de la multa civil sea exclusivamente «a favor del consumidor»". El criterio no resultó mayoritario, dado que las Dras. Leone Cervera y Amenábar entendieron que "Quienes sostienen que con el destino privado de la multa se enriquece a la víctima rompiendo con el sistema de responsabilidad civil pierden de vista el beneficio que para la sociedad en su conjunto tiene la persecución de este tipo de conductas que sanciona el instituto".

- [50]** Las críticas a la redacción que se dejaron subsistentes de ese artículo pueden verse en GALDÓS, Jorge, comentario a los arts. 1714 y 1715, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, ps. 318 y ss.

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.