

DOS NOVEDADES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY 26.361: EL “DAÑO DIRECTO” Y LOS “DAÑOS PUNITIVOS”

Por *Guillermo Pedro Tinti* (*) y *Maximiliano Rafael Calderón* (**)

Sumario: I. Planteo general. II. El daño directo. 1. La norma. 2. Concepto de daño directo. 3. Indemnización administrativa del daño directo. 4. Facultad resarcitoria de la administración y proceso de daños. 5. Constitucionalidad del sistema. 6. Una visión alternativa: el daño directo como sanción accesoria. 7. Procedimiento administrativo de aplicación de daño directo. III. Daños punitivos. 1. La norma. 2. Caracterización y relevancia de los “daños punitivos”. 3. Los daños punitivos en la ley 24.240. 4. Crítica al sistema.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/adc.2017\(12\)07](http://dx.doi.org/10.22529/adc.2017(12)07)

(*) Abogado (UCC). Doctor en Derecho (UCC). Juez de Cámara Civil y Comercial. Profesor Titular de Derecho Privado III (UC). Investigador (UCC).

(**) Abogado (UCC). Doctor en Derecho (UNC). Profesor Titular Interino de Derecho Privado IV (contratos parte especial), Derecho Privado VII (daños) y Derecho Público Provincial y Municipal (UCC). Investigador (UCC).

I. Planteo general

La regulación del derecho de daños prevista por el Código Civil, se revela en la actualidad insuficiente para materializar las exigencias preventivas y reparatorias impuestas por la realidad contemporánea. Ello ha motivado el surgimiento de discursos doctrinarios, tendencias judiciales y segmentos normativos configurados en la lógica de la reformulación, revitalización o resignificación de los criterios tradicionales en materia resarcitoria.

En este marco, el subsistema protectorio del consumidor, recientemente reformado por la ley 26.361/08, entraña un paradigma diferencial para el resarcimiento de daños, al incorporar principios e instituciones que, en principio, resultan ajenos al derecho común.

La ley 26.361 ha venido a incorporar diversas figuras que incidirán en la dinámica resarcitoria de daños causados en la relación de consumo, intentando maximizar la tutela y ajustar las herramientas normativas a las necesidades de la hora.

Es cierto que la tésis perseguida por la reforma tropezará muchas veces ante la existencia de graves imperfecciones técnicas, que podrían neutralizar o inficionar la efectividad tuitiva perseguida; no lo es menos que una aplicación flexible, razonable y sistemática de las instituciones incorporadas aparece, cuanto menos, como una oportunidad atractiva y potencialmente relevante a los fines de amplificar la protección de la parte débil de la relación jurídica.

Con este cuadro de situación, nos detendremos a examinar, de manera sucinta y a la luz de la incipiente doctrina desarrollada en torno a los arts. 40 bis y 52 bis de la ley 24.240 (incorporados por ley 26.361), dos noveles figuras adicionadas en materia de responsabilidad civil: el “daño directo” y los “daños punitivos”.

II. El daño directo

1. La norma

El art. 40 bis de la ley 24.240, incorporado por ley 26.361, dispone textualmente: “Artículo 40 bis. Daño directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de 5 (cinco) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC).

El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”.

Este artículo es una novedad absoluta de la reforma practicada por ley 26.361, sin que existiera en la normativa anterior ninguna disposición similar o concordante.

A grandes rasgos, se establece la facultad de la autoridad de aplicación de la ley 24.240 para ordenar al proveedor, en sede administrativa, la reparación de perjuicios encuadrados en la categoría definida como “daño directo”.

La norma ha sido merecedora de numerosas críticas relativas a su contenido y a su factura técnica. Además, se entiende que el legislador ha pretendido eludir por esta vía la creación de juzgados de menor cuantía, vecinales o de consumo, tal la vía idónea para atender este tipo de reclamos.

Examinaremos los aspectos relevantes de la figura incorporada.

2. Concepto de daño directo

Un primer problema que plantea la norma es el de determinar en qué consiste el daño directo.

De acuerdo a la definición legal, se trata de un perjuicio ocasionado al consumidor por el proveedor "de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona". El elemento definitorio es esta causación directa o inmediata.

La doctrina que ha comentado este aspecto se encuentra, más que dividida, atomizada: a) Una posición doctrinaria entiende que solo se encuentra incluido el daño patrimonial sufrido por el damnificado directo, que recaiga de manera directa (no refleja) en el patrimonio de la víctima, que sea una consecuencia inmediata del hecho dañoso, que sea el resultado de una conducta del proveedor que constituya infracción a la ley 24.240 y que resulte de una acción u omisión del proveedor, quedando excluidos daños extramatrimoniales y ocasionados por las cosas; b) Para otra posición, la ley se ha referido a los daños sufridos por el damnificado directo (art. 1079, Cód. Civil) y, a pesar de admitir que la referencia a la causación "de manera inmediata" del daño podría tomarse como remisión a las consecuencias inmediatas (art. 901 Cód. Civ.), entiende que no hay razones para retacear indemnizaciones de ninguna índole a este damnificado; c) Otros critican la norma al entender que debió posibilitarse la reparación del daño económico emergente, devenido del producto en sí mismo (así por ejemplo la devolución del precio) o sobre la persona (gastos de curación) y de cualquier legitimado por la relación de consumo; d) También, se ha entendido el daño debe ser causado de manera inmediata (excluyéndose aquellos que son consecuencias mediatas de la acción u omisión del proveedor), no procediendo respecto de los damnificados indirectos, pero comprendiendo tanto el daño patrimonial como el moral; e) Se ha señalado igualmente que "por daño directo debe leerse en el sentido del mencionado art. 1068 como el daño ocasionado a las cosas del dominio o posesión del consumidor; y que además sea consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento del proveedor"; f) En las antípodas hermenéuticas de la postura reseñada en primer término, se entiende que la ley es amplia, abarcando cualquier perjuicio (incluso moral) causado al consumidor, con excepción de los daños punitivos, entendiendo que la regla interpretativa que debe imperar es la del art. 3 de la ley 24.240. Por cierto que todas estas posiciones tienen razonable emplazamiento en los términos normativos, que se muestran imprecisos, redundantes y extremadamente confusos.

Entendemos que, acudiendo a la tésis legal y a la pauta interpretativa del art. 3, lo más razonable es: a) Evitar aplicar restricciones o limitaciones al resarcimiento que no surgen claramente del texto legal, lo que implica no tratar de encuadrar esta categoría de “daño directo” en correlación con otras clasificaciones homónimas contenidas en el Código Civil, si no se advierte el paralelismo. Esto impide traer a colación la distinción del art. 1068 Cód. Civ., que evidentemente ha sido descartada en el art. 40 bis de la ley, al referir a todo daño, incluso los causados en la persona; b) Incluir como daños resarcibles al extramatrimonial (que sí es estimable pecuniariamente, más allá del interés conculcado) y al ocasionado por las cosas de las que el proveedor es dueño o guardián; c) Tomar como única pauta limitativa la indicación de que el daño ha sido “ocasionado de manera inmediata” al consumidor o usuario. La literalidad de esta pauta nos remite a las consecuencias inmediatas (art. 901 Cód. Civ.), lo que se refuerza al indicarse que se trata de un daño “ocasionado” inmediatamente, direccionando el asunto hacia el problema de la causalidad. De este modo, pensamos que será resarcible cualquier tipo de daño, siempre y cuando sea una consecuencia inmediata de la conducta del proveedor, es decir, que sea una consecuencia previsible de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, y que no dependa de la conexión con un acontecimiento distinto (art. 901 Cód. Civ.). No creemos que esta lectura limite el derecho resarcitorio del consumidor o usuario, que contará con la vía judicial expedita para obtener una reparación integral; se trata simplemente de acotar la extensión a los fines de su reparación en sede administrativa, de manera compatible con las facultades cognoscitivas de la autoridad de aplicación.

3. Indemnización administrativa del daño directo

Las pautas establecidas por la norma con respecto al daño directo son las siguientes:

(a) La autoridad de aplicación puede determinar el daño, ordenando el resarcimiento hasta un valor máximo de 5 (cinco) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC).

Entendemos que la facultad le corresponde a la autoridad de aplicación nacional, a las provinciales y a la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la salvedad de que las

autoridades locales deberán prever su propio procedimiento para arribar a esta condena. En este sentido se ha pronunciado la doctrina.

La ley no formula mayores aclaraciones, pero entendemos que para arribar a una determinación de daño directo en sede administrativa es necesario que el consumidor o usuario lo haya requerido y que se haya sustanciado un procedimiento anterior respetuoso del derecho de defensa del proveedor, en el que hayan podido colectarse pruebas y las partes hayan sido oídas.

La norma no es clara acerca de los extremos que deben acreditarse a los fines de la procedencia de la indemnización. A pesar de que la exégesis legal no es nítida, entendemos que debería comprobarse sumariamente la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil, pues de lo contrario se desnaturalizaría la dinámica inmanente de la responsabilidad civil, admitiéndose indemnización sin antijuridicidad, sin factor de atribución, sin nexo causal, etc.

(b) El acto administrativo de la autoridad de aplicación es susceptible de impugnación por ambas partes: si ha sido dictado por la autoridad de aplicación nacional, mediante el recurso del art. 45 de la ley 24.240; si lo dictó una autoridad de aplicación provincial, mediante la vía impugnativa que tenga establecida en su respectivo régimen adjetivo (acción contencioso administrativa o recurso). En caso de quedar firme dicho acto, constituye título ejecutivo a favor del consumidor.

(c) Las sumas percibidas por el consumidor de acuerdo a este régimen son deducibles de otras indemnizaciones eventualmente fijadas en sede judicial. Esta solución es razonable, en tanto aplica la regla según la cual el damnificado no puede recibir indemnizaciones a doble título por un mismo hecho, inspirada en el principio de enriquecimiento sin causa.

4. Facultad resarcitoria de la administración y proceso de daños

Los autores han advertido un problema particular, consistente en la relación de estas potestades indemnizatorias en sede administrativa con las del tribunal judicial interviniente en un hipotético juicio de daños y perjuicios.

Los problemas de articulación son, principalmente, dos: el valor de la resolución arribada en sede administrativa a los fines del proceso civil, debiendo determinarse si hace o no cosa juzgada, y el posible dictado de sentencias contradictorias respecto a la procedencia de la indemnización, teniéndose en cuenta que la impugnación del acto administrativo dictado en los términos del art. 40 bis no corresponde a la competencia Civil y Comercial, sino contencioso administrativa, con lo cual en un caso concreto podrían haber dos tribunales, de distinta competencia material, entendiendo sobre cuestiones parcialmente idénticas.

Este problema no puede resolverse mediante una sencilla remisión a las reglas fijadas en el marco del art. 45 de la ley 24.240, pues en este caso la competencia sancionatoria debe juzgarse en base a otros principios y criterios, propios del derecho administrativo; por el contrario, en el marco del artículo 40 bis, se trata de potestades resarcitorias, siendo más tangible la posible confrontación.

Con el tiempo se podrá precisar mejor la manera en que engastan estas competencias administrativas con la jurisdicción civil. Por el momento, cabría pensar en las siguientes alternativas: a) Entender que la indemnización administrativa es siempre provisoria y revocable, no causando estado ni dando lugar a una cosa juzgada material (por más que haya sido ratificada en sede contencioso administrativa). Esto se explicaría por el acotado marco cognoscitivo que tiene la autoridad de aplicación para resolver, y habilitaría al proveedor condenado a impetrar un juicio de repetición o a discutir el punto mediante demanda reconvenional en el marco de un juicio de daños y perjuicios interpuesto por el consumidor respecto del resarcimiento que excede el dispuesto en sede administrativa; b) Entender que la ley 24.240 ha establecido una suerte de indemnización tarifada ordenable en sede administrativa, que debe mantenerse cuando se dan los supuestos de hecho previstos en esta norma, aunque no proceda la acción civil. De este modo, serían dos vías independientes que no se condicionan recíprocamente (pues la procedencia de la indemnización del 40 bis se resolvería de manera definitiva en el fuero contencioso administrativo, siendo irrevocable en sede civil, mientras que la procedencia o no de la acción civil de daños y perjuicios debería juzgarse en el proceso respectivo sin mayor influencia de las actuaciones administrativas que la de un mero elemento de juicio o medio

de prueba más), cuya única vinculación residiría en la deducción de la suma condenada en sede civil de los montos percibidos en sede administrativa. Esta lógica aproximaría a la indemnización por daño directo a una suerte de seguro *ex lege* debido por el proveedor al consumidor.

5. Constitucionalidad del sistema

La norma tiene, por fin, implicancias constitucionales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Estrada”, se manifestó contraria a la fijación de indemnizaciones a usuarios por parte de un ente administrativo, fijando las excepcionales condiciones bajo las cuales dicha potestad sería admisible.

Algunos intérpretes entienden que, si bien en este caso existe una ley que atribuye expresamente a la administración la potestad de fijar indemnizaciones (lo que fortalecería su situación en un test de constitucionalidad), la vía más apropiada habría sido la creación de la justicia vecinal y no el otorgamiento de potestades a un órgano administrativo, no exento de reparos constitucionales. Otros autores se pronuncian por el cumplimiento de los recaudos de “Estrada” o bien desgajan los elementos que justifican la constitucionalidad del dispositivo. Hay quienes juzgan que la norma se encuentra en abierta pugna con los principios básicos de división de poderes y en contradicción con la jurisprudencia de la Corte, postulando sin más su inconstitucionalidad.

Por nuestra parte, entendemos: (i) Que se la norma satisface los recaudos generales de jurisdicción administrativa fijados por la doctrina de la C.S.J.N. in re “Fernández Arias”, debiendo tenerse en cuenta que la autoridad de aplicación es un ente creado por la ley, con una finalidad razonable y dotada de competencia por ley para establecer estas indemnizaciones, a la vez que el acto administrativo que se dicte está sujeto a un control judicial amplio y suficiente; (ii) Que, con respecto a los criterios de “Estrada”, señalamos en primer término que este decisorio se encuentra limitado en la mayor parte de sus fundamentos al rol de los entes de control de servicios públicos y el límite de sus competencias, por lo que no parece posible una aplicación mecánica con respecto a la autoridad de aplicación; no obstante ello, entendemos que la finalidad específica de la

autoridad de aplicación en materia de defensa del consumidor es enteramente compatible con el art. 40 bis, en tanto acuerda una herramienta adicional al consumidor o usuario a los fines de la satisfacción de sus intereses y la efectiva vigencia de sus derechos, lo que ya motivó particularidades en la competencia de este órgano a los fines del ejercicio de sus potestades sancionatorias (atribuyendo facultades conciliatorias, art. 45 de la ley), de allí que con una óptica relativamente flexible, es posible entender satisfechos los cartabones impuestos en este fallo de la Corte.

De este modo, si bien se produce una sustracción relativa a la competencia jurisdiccional, se opera dentro de las pautas jurisprudenciales que validan este proceder.

6. Una visión alternativa: el daño directo como sanción accesoria

En un sentido contrario al de la demás doctrina que interpreta la norma, Lafuente considera que las facultades acordadas por el art. 40 bis a la administración no importan ejercicio de función jurisdiccional y que la figura incorporada no corresponde a la órbita del resarcimiento de daños, comportando una sanción impuesta por la autoridad administrativa.

(a) *Fundamentos*: la postura de Lafuente se basa en dos premisas:

- No se ha otorgado facultades jurisdiccionales a la autoridad de aplicación, pues quien debe determinar el daño no goza de imparcialidad, ni de independencia de juicio frente a la administración activa, ni goza de inamovilidad en su cargo; quien debe resolver un conflicto (autoridad de aplicación) entre particulares (para el caso el proveedor y el consumidor) tiene como misión y función exclusiva la defensa de una de las partes (el consumidor); la autoridad administrativa no es idónea para resolver conflictos entre particulares para la determinación de daños, lo que necesita de una estructura que sólo es concebible en un órgano del Estado como el Poder Judicial; el consumidor no puede apelar si no estuviera de acuerdo con el daño que determine la autoridad de aplicación, pues la ley no lo considera parte en el procedimiento de determinación del daño; el artículo, en el tercer párrafo, alude al "acto administrativo", mención que puede ser indicativa de lo que quiso el legislador, al no diferenciarlo del acto jurisdiccional, como sí lo hace por ejemplo en la ley de marco regulatorio del gas y de la electricidad; no es el legislador el que ha

creado la autoridad de aplicación de la LDC, sino que se trata de una secretaría dependiente de un ministerio; las decisiones de la administración no están sujetas a control judicial amplio y suficiente, ya que el proveedor puede apelar la decisión en relación y con efecto suspensivo, lo cual implica que no puede discutir sobre cuestiones nuevas.

- El artículo 40 bis otorga una facultad sancionatoria a la autoridad de aplicación, siendo el supuesto de hecho de la sanción "todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios"; el límite máximo impuesto a la autoridad de aplicación es contrario al principio de reparación integral, vigente en materia de resarcimiento de daños; el procedimiento impuesto para la sanción administrativa es el previsto por el art. 45, para la aplicación de sanciones; la intención del legislador, con la introducción del artículo 40 bis, tiende a asegurar la eficacia de las normas que defienden al consumidor, posibilitando una sanción accesoria a favor de éste y sirviendo como señal para los proveedores sobre la conveniencia de respetar los derechos que le asisten a aquéllos, reforzando la toma de conciencia de las obligaciones que pesan sobre ellos; la facultad sancionatoria que el artículo 40 bis otorga a la autoridad de aplicación, es una facultad discrecional.

(b) Nuestra opinión: conjeturamos que en la original postura de Lafuente subyace una intención plausible, consistente en neutralizar los defectos constitutivos de la norma (mediante una calificación jurídica distinta), que para gran parte de la doctrina determinan su invalidez, su inutilidad o cuanto menos su deficiencia.

No obstante, no compartimos el encuadramiento efectuado, pues exige una sobrecarga de esfuerzo argumental tendiente a convertir los defectos de la figura en rasgos característicos de una herramienta que no se compadece estrictamente con el sentido y alcance del art. 40 bis.

Por lo demás, no se advierte qué sentido tendría (en caso de tratarse de una sanción accesoria) su inclusión en un capítulo atinente al resarcimiento de daños (y no al procedimiento y sanciones); no se explican los motivos de la compensación con

indemnizaciones que a posteriori fueran fijadas en sede judicial, si la naturaleza de las sumas pagadas fueran diversas; no se establecen mínimos criterios de coordinación entre éstas sanciones y las previstas en el art. 47 de la ley, pudiendo dar lugar a la aplicación de varias sanciones por un mismo hecho; no se presta debida atención a la literalidad legal en cuanto recurre (aunque de manera impropia e inexacta) a la terminología específica de la materia resarcitoria; etc..

7. Procedimiento administrativo de aplicación de daño directo

Al margen de la remisión al régimen de recursos del art. 45 de la ley 24.240, este art. 40 bis no contiene previsiones de procedimiento que reglamenten el trámite administrativo tendiente a la fijación del resarcimiento.

Podría pensarse que el legislador ha querido excluir este procedimiento particular de la norma del art. 45, al remitir al mismo en un aspecto puntual (recurribilidad de la resolución final). Además, siendo el procedimiento del art. 45 una norma prevista específicamente para la aplicación de sanciones, no ostentaría carácter de procedimiento genérico o común, aplicable en todos los casos.

Creemos, por el contrario, que el tracto administrativo diseñado por el art. 45 puede servir perfectamente a fin de sustanciar pretensiones de resarcimiento por daño directo e, inclusive, podría dar lugar a planteos complejos, que impliquen un requerimiento resarcitorio y sancionatorio, simultáneamente.

III. Daños punitivos

1. La norma

El art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por ley 26.361, establece: “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”.

Esta institución, a pesar de tener carta de ciudadanía en la doctrina nacional, no había sido receptada anteriormente en normas generales ni especiales.

2. Caracterización y relevancia de los “daños punitivos”

(a) *En general:* Los llamados "daños punitivos", como se ha explicado con toda claridad, importan una institución originaria en el Derecho inglés muy extendida en la práctica judicial norteamericana, pero prácticamente desconocida en nuestro sistema de responsabilidad civil y en la mayor parte de los países de Europa continental y Latinoamérica.

Se trata de “una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinadas en principio al propio damnificado”, estando esta noción de pena privada “estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados”.

Los autores extraen cuatro notas caracterizantes de la figura: (i) la existencia de una víctima de un daño; (ii) la finalidad de sancionar graves inconductas; (iii) prevenir hechos similares en el futuro; (iii) la suma se entrega a la víctima.

La idea es que no exclusivamente el perjuicio económico, emergente de la incapacidad ocasionada a la víctima o de las frustraciones patrimoniales, es lo que debe ser reparado. Se deben tener especialmente en cuenta -cuando el daño ha sido generado por productos elaborados- otros detrimentos como el caso de los daños moral y punitivo.

El argumento más fuerte sin duda reside en que la persona humana se constituye en cuanto fin en si misma, como el bien supremo del derecho; y la razón de ser del derecho, en cuanto exigencia existencial, es la protección de la persona humana, la que a su vez, es el gran

fundamento del derecho. Hoy que los tiempos han cambiado, del desarrollo tecnológico e industrial ha generado nuevas formas de dañosidad, idóneas para alcanzar a millones de personas, en distintos lugares, y hasta en diferentes tiempos. Ese fenómeno se conoce como *mass disaster litigation*, y tiene aplicación tanto en materia de daños causados por productos elaborados, o por desastres ecológicos.

La cuestión que surge es si existe en tal supuesto una conducta ilícita merecedora de una sola penalidad; o si acaso estamos ante una multiplicidad de transgresiones del ordenamiento jurídico, merecedoras de tantas sanciones como afectados hayan con derecho a reclamarlas. ¿Puede ser tratada la introducción de una droga que deficiente, que afecta la salud de millones de personas, o la contaminación ambiental por sustancias radioactivas, como un ilícito único? Se dice que los casos de *mass disaster litigation* han puesto en crisis el sistema clásico, especialmente porque la existencia de múltiples causas judiciales derivadas del mismo hecho punible se tramitan ante distintos tribunales y en distintas épocas.

La mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente cuando quien contraria el ordenamiento jurídico, causando daño a otro, actúa deliberadamente con el propósito de obtener un rédito de esa actividad, y con un grave menosprecio de los derechos de terceros. La idea es que en tales supuestos, es necesario mandar a pagar algo más que la mera reparación del daño, lo que fluye como un sentimiento de justicia, no disociado, en modo alguno, con los valores de equidad y de seguridad.

(b) *En el derecho de consumo*: se ha señalado que, en el derecho del consumo, esta figura presenta particular interés en “los enriquecimientos injustos obtenidos por medio del ilícito (ilícito lucrativo) y en los casos en los que la repercusión socialmente disvaliosa del ilícito es superior, comparada con el daño individual causado al perjudicado. Es lo que sucede cuando el costo social que genera el ilícito es superior al daño individual causado al perjudicado. Tal lo que ocurre, por ejemplo, con la responsabilidad del productor de bienes y servicios, cuando, como consecuencia de un proceder antijurídico, se generan microlesiones múltiples, de carácter extremadamente difuso, idóneas para afectar a

muchísimas personas, en diferentes lugares y hasta en distinto tiempo, respecto de la causa originaria del daño. La reparación de tales daños difícilmente alcance a concretarse en reclamaciones judiciales. Cuando el daño es muy difuso, la responsabilidad tiende a esfumarse, sobre todo teniendo en cuenta el costo económico y el tiempo desproporcionado que insumen la actuaciones judiciales”.

3. Los daños punitivos en la ley 24.240

La ley 26.361 incorporó esta figura, situándola (a nuestro criterio, equivocadamente) en el marco de la regulación sobre acciones judiciales.

(a) *Legitimación pasiva*: son pasibles de ser sancionados los proveedores que no cumplen con obligaciones legales o contractuales; la norma asume un criterio genérico y flexible, que permite utilizar el instrumento frente a cualquier incumplimiento del proveedor.

El supuesto de hecho parece, en su literalidad, demasiado extenso. Por nuestra parte, entendemos que no debe aplicarse la multa civil si no se reúnen los recaudos generales que caracterizan la figura.

Dispone la ley que cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones recursorias (art. 689 Cód. Civ.) que les correspondan.

Agregamos nosotros que ello será así si todos los proveedores son sancionados, pues en una misma relación de consumo puede ocurrir que no todos los empresarios incurran en conductas que se juzgen merecedoras de una multa civil. En este mismo sentido, el sistema de solidaridad ha sido considerado “asombroso, sin antecedentes en el derecho comparado, y sin fundamento serio que lo justifique”, entendiéndose que “No parece conforme con el buen sentido jurídico que alguien pueda verse obligado solidariamente a indemnizar daños punitivos por el solo hecho de ser co-responsable de un incumplimiento, cuando no se configuren, con relación a dicho sujeto, las exigencias básicas para la procedencia de la punición”.

(b) *Petición de parte y destino de la multa*: La ley dispone que la aplicación de la sanción deberá ser a instancia de parte, y define que será a favor del consumidor.

Esta última especificación aborda uno de los puntos críticos de la figura (el destino de la pena); según Alterini, esta decisión legislativa da sustento a las críticas fundadas en el enriquecimiento sin causa del consumidor beneficiario, por lo que plantea que hubiera sido más racional asignar el producido de la multa al Fondo Especial creado por el art. 47 de la ley, con lo que coinciden Ghersi y Weingarten. Pizarro y Stiglitz entienden que la fórmula más adecuada sería aquella que permita al Juez interviniente decidir el destino de la indemnización por resolución fundada.

(c) *Facultades del Juez*: postula la norma que el juez “podrá” aplicar una multa civil, lo que daría a entender que se trata de una facultad discrecional del magistrado.

Entendemos que, más allá de la amplitud del margen de apreciación según el sano arbitrio judicial, si se reúnen las condiciones generales de la figura, el juez deberá aplicar la sanción, y su decisión en contrario podrá ser recurrida.

(d) *Quantum de la sanción*: la ley contiene dos precisiones al respecto. La graduación de la multa se establecerá en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que impone una evaluación integral del contexto en que se produce la conducta sancionada; a su vez, el máximo de la multa se correlaciona con el del art. 47 inc. b) para las sanciones pecuniarias impuestas en sede administrativa.

Alterini señala que debería haberse optado por un sistema de multa global (una sola multa por causa generadora, y no tantas como consumidores afectados hayan) pero sin techo cuantitativo (pues el previsto puede resultar exiguo en relación a la infracción cometida).

Pizarro y Stiglitz consideran que este monto puede ser ínfimo en casos de particular gravedad y, a la vez, no se resuelve la coordinación de penas privadas en supuestos de multiplicidad de damnificados ni en relación a las multas del art. 47 de la ley, lo que puede llegar a la imposición de sumas exorbitantes.

(e) *Acumulación con indemnizaciones*: si bien ello es característico de la naturaleza sancionatoria (no resarcitoria) de la multa civil, la ley aclara expresamente que esta sanción se impondrá “independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

4. Crítica al sistema

Sebastián Picasso, más allá de su oposición teórica a la incorporación de los daños punitivos al derecho argentino, ha formulado diversas críticas al sistema normativo, algunas de las cuales (a su juicio) determinarían la inconstitucionalidad del sistema.

Señala: (i) que la norma no establece condiciones especiales a fin de la aplicación de la sanción (que, como hemos visto, son a nuestro criterio exigibles), por lo que irracionalmente se podría punir cualquier incumplimiento del proveedor; (ii) que el tipo del art. 52 bis es excesivamente abierto (y, por ello, inválido), pues no describe con precisión la conducta prohibida, ni requiere un factor subjetivo de atribución, ni precisa las pautas mínimas que habrán de guiar la graduación de la sanción; (iii) que la multa civil podría superponerse a una sanción de igual naturaleza impuesta al responsable por la autoridad de aplicación de la LDC, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 47, con lo que se incurriría en una doble sanción penal por el mismo hecho.

A su turno, Pizarro y Stiglitz, por las razones que hemos venido señalando, consideran que “Lamentablemente, la recepción de los denominados daños punitivos se ve severamente malograda por la pésima redacción del artículo 50 bis, que denota muchísimas imperfecciones, con virtualidad suficiente para convertir a la ley en un instrumento de inseguridad jurídica y, peor aun de inequidad. Es lamentable que el legislador no haya tenido la sensatez de reproducir el texto del Proyecto de 1998, que era claro, preciso, prudente y que había merecido apoyo generalizado de la inmensa mayoría de la doctrina nacional. (...) En resumidas cuentas: una institución atractiva, útil, por la cual se ha venido bregando desde hace varios lustros, nace malograda por una reforma que presenta serios errores de técnica legislativa y, peor aún, de política legislativa. Es una pena, debería haberse hecho algo mejor”.

Por nuestra parte, creemos que las censuras precedentes son sustentables en un marco de técnica legislativa, pero pueden ser corregidas por una aplicación racional, prudente y condicionada de estas sanciones por los magistrados.