
LOS DAÑOS PUNITIVOS A DIEZ AÑOS DE SU INCORPORACIÓN AL DERECHO DEL CONSUMIDOR ARGENTINO*

Jonathan M. BRODSKY**

I. Reflexiones liminares a modo de introducción

“Daños punitivos”. Una de esas expresiones del derecho cuya mera denominación ya invita a la duda, al desconcierto, al escepticismo. ¿Qué es eso de “daños punitivos”? ¿No sabe acaso cualquier estudiante que de los *daños* a la víctima (y de su reparación) se ocupa el Derecho Civil, y de los *castigos* al infractor, el Derecho Penal?

Pues no, parece ser que no es tan así. Con el devenir del tiempo, al Derecho de Daños se le han asignado dos funciones adicionales a la tradicional resarcitoria: la *preventiva* y —en ciertos casos— la *punitiva*. También es posible (aunque poco recomendable)² que en

* El presente trabajo está basado en la ponencia presentada y distinguida con el premio al mejor aporte en la categoría “Graduados” en el marco de la Jornada Internacional de Derecho del Consumidor en homenaje al Profesor Doctor Carlos A. Ghersi, la cual tuvo lugar el 19 y el 20 de septiembre de 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Abogado (UBA), graduado con Diploma de Honor y Medalla de Oro, Premio “Roque Fortunato Garrido”, Premio “Alberto Tedin Uriburu”, Premio “Raymundo M. Salvat” y Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Docente de Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derecho Internacional Privado (UBA). Profesor Titular de Práctica en Resolución de Problemas y Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor y del Usuario y de Derecho de la Responsabilidad Civil y Daños (UCES). Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Ex becario de investigación de la Universidad de Buenos Aires. Ex becario del Departamento de Estado de EE.UU. y de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico de contacto: jmbrodsky@derecho.uba.ar.

² Porque en caso de imponerse una condena penal, tanto el rechazo como la regulación de daños (por el monto que fuere) hacen cosa juzgada y no son revisables en sede civil. Y si bien es cierto que un juez en lo penal *seguramente sepa* de Derecho de Daños (al menos, no debería haber razones para presumir

la esfera penal, de corte netamente *preventivo y/o retributivo*,³ la víctima reclame daños y perjuicios en el proceso criminal. Ello no implica la confusión de dos ramas jurídicas desde antaño diferenciadas como la civil y la penal, pero sí da lugar a cuestionar —como en tantos otros ámbitos— el carácter pretendidamente absoluto y tajante de ciertos límites que se establecen al realizar clasificaciones.

¿A qué viene este introito? Pues bien: el “daño” que desarrollaré se prevé en la esfera del Derecho de los Consumidores, esto es, en un precepto normativo vigente que opera para la protección de aquéllos (la ley 24.240, a partir de su reforma por la ley 26.361). La problemática de la defensa del consumidor, con sus notas particulares, incumbe —no hay dudas— al Derecho Privado. Pero el nombre legal de la figura, “daños *punitivos*”, así como la función sancionadora que les atribuye un dominante sector de la doctrina, torna necesario aludir al Derecho Penal. Según se verá, se suscitan, incluso, cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la figura en razón de su emplazamiento en el Derecho Privado.

Ahora bien, el profundo y rico debate sobre la naturaleza del daño punitivo y su ubicación en el sistema jurídico lejos está de agotar la discusión. Admitida (o no) su pertinencia, consistencia y conveniencia, cabe indagar sobre una importante pluralidad de aspectos. ¿Qué presupuestos de hecho activan su procedencia? ¿Se aplican a pedido de parte, o puede (o debe) el juez decretarlos *ex officio*? ¿Debe ser el destino de la condena el patrimonio del consumidor-actor o alguna entidad pública orientada a satisfacer un interés general de la sociedad? ¿Cómo cuantificar el monto? ¿Debe haber un tope para su fijación? ¿Son asegurables? De haber autoría conjunta, ¿responden solidariamente los codemandados condenados?

Si bien el tema es apasionante y desearía examinar en profundidad todos estos interrogantes, hacerlo en este espacio (de modo no superfluo, al menos) resulta

lo contrario), no lo es menos que ni se trata del tipo de cuestiones que habitualmente se especializa en resolver, ni resultan coincidentes los paradigmas contemporáneos del sistema penal (*in dubio pro reo*, estado de inocencia, responsabilidad casi ineludiblemente subjetiva, etc.) y del civil (*favor debilis* —generalmente la víctima/actora—, principio de reparación integral del daño injustamente sufrido, imputación ya sea a título de culpa o dolo, ya sea a través de factores objetivos de atribución —en pie de igualdad—, etc).

³ Una función históricamente asignada a la pena ha sido la de retribución: el autor del delito debe *pagar* por el hecho que cometió. En la actualidad, al menos entre nosotros y para un importante número de sistemas jurídicos modernos, se entiende que la pena cumple un fin *preventivo*, ya sea general o especial, positivo o negativo. El desarrollo de las teorías de la pena excede el marco de esta columna, pero una explicación clara y concisa puede consultarse en RIGHI (2007: 25-45).

materialmente imposible. Por ello, haré en este trabajo un estudio crítico del concepto, la naturaleza y las funciones del daño punitivo —particularmente en el Derecho del Consumidor—, de acuerdo a la normativa vigente en la materia, a diez años de su incorporación en el ordenamiento jurídico argentino.

II. La Ley de Defensa del Consumidor vigente. Posibles conceptualizaciones del daño punitivo

La figura en estudio fue consagrada en la ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante, “LDC”) a través de su importante reforma en 2008 por la ley n° 26.361. Se incorporó como art. 52 bis la siguiente disposición:

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.

Forzoso es comenzar entonces con el examen del concepto de la figura. Como ocurre con tantas otras instituciones del derecho, es posible encontrar tantas nociones como juristas se han dedicado a estudiar la materia. Al simple efecto de introducir el tema, citaré sólo algunas definiciones posibles.

Para TRIGO REPRESAS (1995), “los daños punitivos consisten en una condenación a pagar a las víctimas de semejantes ilícitos, un importe de dinero que se habrá de añadir o sumar al del monto indemnizatorio que les pueda corresponder por los daños realmente experimentados; ya que de lo contrario el responsable, que obtuvo un beneficio superior al monto del perjuicio, conservaría todavía una ventaja o ganancia”.

A su vez, al decir de CHAMATROPULOS (2009: 21), “los daños punitivos o multas civiles son sanciones de carácter civil y de origen legal, que pueden implicar no solo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesoria, de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemni-

zaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad”.

Ahora bien, de la lectura de la copiosa bibliografía nacional sobre la institución que nos ocupa, se advierte que quizá se haya impuesto (o, al menos, generalizado) la concepción de PIZARRO. De acuerdo al fino jurista cordobés, “los daños punitivos son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (PIZARRO, 1993: 291).

Considero que estas nociones, y otras tantas, pueden ser más o menos plausibles, pero no me interesa especialmente alcanzar una definición (lo que supone encorsetar en conjuntos fijos y determinados de palabras conceptos generalmente dinámicos y multifacéticos). He dedicado los párrafos anteriores a “entrar en tema”, pero más atención merecen las funciones de los daños punitivos: ¿para qué sirven?

III. Función sancionatoria. Supuesta inconstitucionalidad de la figura

El primer propósito que parecen tener los daños punitivos, casi intuitivamente, es el de castigar a su destinatario. Así lo sugiere su misma denominación (y la construcción “multa civil” a la que también alude el art. 52 bis de la LDC) y su lógica de funcionamiento: a quien causó un daño determinado (*de lege ferenda*, particularmente grave), se le exige desembolsar un *plus* adicional a la reparación integral del perjuicio.

En un interesante trabajo, se ha afirmado que el primer modelo de daños punitivos pretende justificarlos con fundamento en las teorías de justicia retributiva, las que “parten de la observación de que existen ciertas conductas intencionales que son moralmente reprochables y que merecen ser castigadas por razones de justicia. A diferencia de la justicia correctiva, que se ocupa de los daños producidos en interacciones injustas y su reparación, la justicia retributiva tiene por objeto a las acciones moralmente reprochables que causan dichos daños. Es decir, el propósito del castigo no es compensar, resarcir ni indemnizar a la persona por el daño sufrido (ya sea patrimonial o moral), sino corregir la ofensa en su contra” (MARTÍNEZ ALLES, 2012: 58).

El cuestionamiento inmediato que se plantea, y que un sector no menor de la doctrina defiende,⁴ es la inconstitucionalidad de una figura punitiva en el ámbito del Derecho Privado. Sabido es que la rama jurídica que se ocupa de castigar conductas especialmente reprochables por la sociedad (y cuyo centro es la sanción al infractor, más allá de la finalidad que se halle en la pena) es el Derecho Penal. Y la constitucionalidad de esta punición está ligada indisolublemente a la observancia de garantías específicas, tanto de fondo como procesales: tipificación previa, escrita y concreta en la ley de la conducta punible (*nullum crimen, nulla poena sine lege prævia, scripta, stricta*); exigencia de responsabilidad subjetiva, es decir, la conducta desplegada por la persona debe ser susceptible de reproche subjetivo;⁵ proscripción de interpretaciones analógicas en perjuicio del imputado (analogía *in pejus*); estado de inocencia y derecho a la no autoincriminación (a propósito de la absolución de posiciones y la posible confesión ficta en un proceso civil); prohibición de enjuiciamiento y condena múltiples por un mismo hecho (*non bis in idem*); etcétera.

Entiendo que este planteo de inconstitucionalidad puede fundamentarse seriamente (y se lo ha hecho), pero me permito discrepar respetuosamente.

Ante todo, cabría relativizar *en términos generales* ciertas diferencias pretendidamente absolutas que realiza la doctrina al llevar a cabo la actividad de clasificar. Es muy aguda la observación de MOISÁ (2008: 32-33) de que tanto delito como pena son conceptos empíricos, por lo que sólo es posible fundar la distinción entre Derecho Penal y Civil en ciertas determinaciones dogmático-contingentes, de orden histórico-axiológico, variables a tenor de los distintos ordenamientos jurídico-positivos. Ello, desde luego, no importa igualar ramas distintas como lo son, en efecto, el Derecho Civil y el Criminal. Cuando la sanción es de prisión, su carácter penal no es controvertido. Pero cuando se trata de consecuencias pecuniarias, en la práctica suele haber dificultades para determinar la naturaleza civil o penal de ciertas multas, y eso se debe a la identidad ontológica de ambos tipos de normas.

Por otra parte, resulta difícil controvertir que si bien la sancionatoria no es la función típica ni la principal del Derecho Civil, existen en dicha esfera *varias instituciones con ese fin* (o, al menos, con notas de tinte punitivo). Y son figuras que, amén de estar previstas en la misma norma (como lo está el daño punitivo en la LDC), se vienen aplicando en la

⁴ Merecen destacarse, por su prestigio como doctrinarios y por la calidad científica de su argumentación, las posiciones de BUSTAMANTE ALSINA (1994) y PICASSO (2009).

⁵ La mayoría de los juristas restringen la viabilidad del daño punitivo a casos de dolo o culpa grave. Sin embargo, tal exigencia no surge del precepto vigente, pues el mero incumplimiento a una obligación legal o contractual perfectamente puede configurarse a través de un factor objetivo de atribución de responsabilidad.

jurisprudencia de modo inveterado, y a ningún doctrinario se le ha ocurrido cuestionarlas tan profundamente. Es el caso, por ejemplo, de las astreintes (las que si bien son definidas como condenaciones conminatorias, que buscan compeler al cumplimiento de un deber jurídico impuesto por una resolución judicial, poseen una indudable faceta punitiva), de los intereses punitivos y de la cláusula penal pactada por las partes. En todos estos supuestos, pacíficamente encuadrados en el Derecho Privado, quien sufre la sanción desembolsa una suma determinada de dinero a título de castigo por el incumplimiento, que se adiciona al resarcimiento del daño en sí mismo y que se destina al sujeto perjudicado.

Por último, se ha señalado —con criterio que comparto— que “no se violaría la garantía del debido proceso si existe razonabilidad en la norma y no se afecta otro derecho sustancial garantizado constitucionalmente —por ejemplo, la inviolabilidad del derecho de propiedad—, tal es la interpretación pacífica de la doctrina de la Corte siguiendo la jurisprudencia americana” (VÍTOLO, 2013).

IV. Función preventiva

Menos obvia, pero decididamente clara, es la finalidad preventiva del daño punitivo, por cuanto la aplicación de una sanción —lo suficientemente cuantiosa—, así como la posibilidad de su imposición en el futuro, actuarían como elemento disuasorio para que el autor o potencial autor del daño se abstenga de perpetrarlo en adelante. Se trata de “procurar disuadir la eventual repetición de futuros proceder ilícitos parecidos, desanimando al agente del daño” (VÍTOLO, 2013). Diversos autores suman esta finalidad preventiva a la sancionadora y predicen así una “doble función” de los daños punitivos.⁶

La prevención es una función cuya importancia en el Derecho Privado ha crecido de manera muy significativa con el correr de los años. En esta línea enseñan Pizarro y Vallespinos que “La función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. [...] Un adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la ley” (PIZARRO, 1999: 462).

⁶ En este sentido se han pronunciado BRU (2016: 579 y ss.), GARZINO (2011: 1300 y ss.), RITTO (2011: 386 y ss.), GALDÓS en GALDÓS, LLAMAS POMBO y MAYO (2011: 1155 y ss.) y SOBRINO (1996: 976 y ss.); entre otros.

En otras palabras, podría decirse que el hombre y la mujer modernos no se conforman, y es lógico que así sea, con la perspectiva de obtener en el futuro la reparación (frecuentemente imperfecta) de la lesión sufrida. Por el contrario, se persigue evitar en primer término la misma causación del perjuicio, y las nuevas leyes (e interpretaciones de textos normativos) se dirigen crecientemente en ese sentido.

Ahora bien, en ciertos ámbitos la prevención del daño no es sólo deseable o necesaria, sino absolutamente fundamental. Los ejemplos paradigmáticos son el deterioro del medio ambiente, del que gozamos todos los seres humanos y cuya afectación menoscaba intereses en cabeza de la sociedad entera o de grupos muy importantes de personas; y también los daños generados a los consumidores, muchas veces de gran magnitud y a una enorme vastedad de ellos. Que “todos somos consumidores” ya lo advertía John F. Kennedy en 1962: más de medio siglo después, esta afirmación es tanto más cierta. Que a todos ellos, el ordenamiento positivo procure no sólo asegurarles el resarcimiento sino también la evitación del daño, constituye un extremo plausible e imprescindible.

V. Función consistente en dismantelar los efectos del acto ilícito

Esta tercera y última finalidad de los daños punitivos es a menudo minimizada u olvidada en los exámenes del tema, pero es tan relevante como las anteriores. No debemos olvidar que en un gran número de casos, el accionar que es dañoso para los consumidores redundante a la vez en un lucro directo para el infractor. El supuesto por antonomasia lo representan quizá los así llamados “microdaños” causados en serie, donde el proveedor lesiona a una importante masa de consumidores de manera poco significativa si se considera individualmente cada perjuicio, pero el beneficio total o agregado que percibe es muy elevado.

En estos casos, dejar sin efecto las consecuencias del acto obrado ilícitamente es de crucial importancia, y debe constituir sin duda una verdadera función de los daños punitivos.⁷ Se trata, entonces, de “evitar que el proveedor conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes” (CHAMATROPULOS, 2016: 258).

⁷ Ciertamente que no siempre se verifica la obtención de un lucro inmediato por parte del proveedor. Lo que se postula es que, cuando así sea, entonces sí esta tercera faceta de la institución en estudio adquiere plena importancia y deviene operativa.

En este sentido, como explicaba con su habitual agudeza ZAVALA DE GONZÁLEZ (1999: 578) “así como el resarcimiento busca reponer a la víctima a la situación anterior al hecho lesivo, eliminando el perjuicio injusto, igualmente debe retrotraerse jurídicamente la situación fáctica del responsable, borrándose el beneficio injusto”. Es claro que ningún sistema preventivo será eficaz si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización.

VI. Quid de la función resarcitoria

Descarto de plano que los daños punitivos tengan una finalidad resarcitoria, incluso cuando se destine el monto de la condena al patrimonio del actor-damnificado (como lo dispone el texto normativo vigente).⁸ La indemnización o resarcimiento se vinculan al deber jurídico del autor de un daño consistente en responder por él frente a la víctima dejándola en el estado en que se encontraba con anterioridad a la lesión (aunque a veces esto no sea posible y sólo pueda obtenerse una reparación imperfecta). Como es sabido, el resarcimiento comprende “el daño, todo el daño, pero nada más que el daño”: los mal llamados “daños punitivos”, que suponen un *plus* que se adiciona a los rubros indemnizatorios patrimoniales o extrapatrimoniales, son *otra cosa* (y responden a otros propósitos).

Por ello no comparto, verbigracia, la redacción del art. 8 bis de la LDC vigente cuando establece que “Tales conductas [se refiere a las prácticas abusivas], además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actúe en nombre del proveedor”. La multa civil del art. 52 bis no es un resarcimiento.

VII. Conclusiones

En función de lo expuesto, me encuentro en condiciones de concluir que los hoy llamados “daños punitivos” tienen una triple función: sancionadora, preventiva y consistente en dismantelar los efectos lucrativos del acto ilícito.

⁸ Este destino ha sido tanto criticado (principalmente, en razón de que habría un enriquecimiento sin causa para el consumidor-actor) como defendido (en esencia, porque es lo que incentivaría a demandar al damnificado —a veces por una lesión de insignificante envergadura—). Me limito a dejar señalada esta cuestión; como ocurre con los demás aspectos vinculados al funcionamiento de la figura, todos ellos relevantes y sobre los cuales hay interesantes divergencias de opiniones en la doctrina, no cuento aquí—desafortunadamente— con el espacio para efectuar su correspondiente desarrollo.

En cuanto a la primera de ellas, la ubicación de los “daños punitivos” en la esfera del Derecho Privado no resulta inconstitucional, habida cuenta de la razonabilidad de su regulación y toda vez que la finalidad sancionadora, si bien no es típica del Derecho Privado, tampoco es ajena a él.

A su vez, aquel propósito de la figura no es el único ni el principal: antes bien, la prevención constituye un aspecto esencial, máxime en un ámbito como el del consumo, particularmente propicio para la causación de daños a una vasta pluralidad de personas.

En tercer lugar, la finalidad de los “daños punitivos” consistente en desactivar los beneficios ilegítimamente obtenidos por el infractor a través de la condena a su restitución, representa una tercera e importante —aunque a menudo minimizada— función de la institución bajo análisis.

Por último, conviene aclarar que los “daños punitivos” no cumplen un propósito resarcitorio, aun cuando se establezca su destino al patrimonio del consumidor-actor, por cuanto la indemnización constituye la reparación (integral) del daño sufrido (pero no más que ese daño sufrido) y los “daños punitivos” son un *plus* distinto y externo a dicho resarcimiento.

Bibliografía

BRU, J. M. (2016) “Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor”, en RUSCONI, D. D. (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot.

BUSTAMANTE ALSINA, J. (1994) “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en LL 1994-B-860.

CHAMATROPULOS, D. A. (2009) *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar.

— (2016) *Estatuto del consumidor comentado*, Buenos Aires, La Ley.

GALDÓS, J. M., LLAMAS POMBO, E. y MAYO, J. A. (2011) “Daños punitivos”, en LL 2011-E-1155.

GARZINO, M. C. (2011) “Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino”, en LL 2011-F-1300.

MARTÍNEZ ALLES, M. G. (2012) “¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año 2012, n° V.

MOISÁ, B. (2008) “Los llamados ‘daños punitivos’ en la reforma a la ley 24.240”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año 2008, n° VIII.

PICASSO, S. (2009), comentario al art. 52 bis de la LDC en PICASSO, S. y VÁZQUEZ FERREYRA, R. A. (dirs.) *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley.

PIZARRO, R. D. (1993) “Daños punitivos”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir.) *Derecho de Daños. Segunda Parte. En homenaje al Dr. Félix Trigo Represas*, Buenos Aires, La Rocca.

PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G. (1999) *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2.

RIGHI, E. (2007) *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis.

RITTO, G. B. (2011) “Finalidad del daño punitivo en la defensa del consumidor”, en LLBA 2011-mayo-386.

SOBRINO, A. R. (1996) “Los daños punitivos: Una necesidad de la postmodernidad”, en JA 1996-III-976.

TRIGO REPRESAS, F. A. (1995) “Daños punitivos”, en LÓPEZ CABANA, R. M. y ALTERINI, A. A., (dirs.) *La Responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

VÍTOLO, D. R. (2013) “Sanciones pecuniarias disuasivas”, consultado en *La Ley online*, cita online: AR/DOC/3336/2013.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1999) *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires, Hammurabi.