

Conclusiones a Diez años del Daño Punitivo.

Dictamen del Instituto de Derecho del Usuario y del Consumidor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, aprobado por unanimidad en la sesión del 3 de Octubre de 2018.

La ley 26361, publicada en el Boletín Oficial el 7 de Abril de 2008, incorporó el instituto del Daño Punitivo a nuestro Derecho, al integrarlo como el art. 52 bis de la ley 24240.

Es de notar que el proyecto de ley inicial que se plasmó finalmente en la ley 26361 reconocía, entre sus fuentes de redacción, aportes de asociaciones de consumidores y de autoridades locales y “*con especial mérito*” al Instituto de Derecho del Usuario y del Consumidor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. **1***

Además, recientemente, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, declaró de interés académico las actividades que desarrollan los Institutos del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. . **2***

Por estas razones, a diez años de su vigencia en nuestro Derecho, es una importante bisagra para que, desde este ámbito, se puedan hilvanar algunas reflexiones y conclusiones.

Cuando el Daño Punitivo comenzó a integrar nuestro Derecho, algunas voces de la doctrina felicitaron esta incorporación, pero otras, en cambio, plantearon diversos cuestionamientos.

Entre las críticas iniciales, se criticó la redacción del art. 52 bis en cuanto al destino de la multa civil –para los críticos era incorrecto que se destine en su totalidad al consumidor- y también en sus presupuestos de procedencia, los cuales algunos entendieron demasiado laxos.

No escapó la etapa inicial de la vigencia de la figura a los cuestionamientos de constitucionalidad, los cuales basaron su recelo en su característica punitiva, al plantearse que podía colisionar con garantías que hacen al Debido Proceso (art. 18 CN). **3*** Además, se expuso que el Daño Punitivo suponía un enriquecimiento sin causa para el actor y que debía modificarse su destino para prevenir esta circunstancia. **4***

Justo es decir que, a la par de las críticas menores, hubo una importante celebración de la doctrina por la incorporación de un instituto que, desde la inicial propuesta de incorporarlo del profesor Ramón Daniel Pizarro **5***, era largamente esperado. **6***

Sin embargo, parte de esta andanada de críticas supo encontrar eco en la redacción del Anteproyecto de Código Civil y Comercial.

El Anteproyecto de Código único, en su desafortunada redacción original, en efecto, eliminaba el Daño Punitivo de la ley 24240 y lo reemplazaba por una figura distinta llamada “*Sanción Pecuniaria Disuasiva*”. El cambio en el nombre no era ingenuo; al llamarlo “*Daño Punitivo*” la ley 24240 enfatiza que integra la indemnización de daños y que pertenece, en su totalidad, a la parte actora; pero, en cambio, la “*Sanción Pecuniaria Disuasiva*” dejaba a

la discrecionalidad del juez el destino de la multa.

Entre otras ponencias críticas al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que presentó en el Congreso de la Nación, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal criticó el intento de eliminar el Daño Punitivo, destacando el gravísimo retroceso que significaba modificar el destino de la multa civil **7*** Afortunadamente, el mejor criterio prevaleció y el Daño Punitivo resistió dicho embate.

Con respecto a los reparos basados en la supuesta inconstitucionalidad del instituto, estos diez años de Daño Punitivo permitieron que se desarrolle una rica jurisprudencia que dejó ver lo infundadas que eran estas críticas.

Entre otros precedentes, cobra relevancia “*Allu*” (2013) **8*** de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, donde el Tribunal rechazó el planteo de inconstitucionalidad realizado por la parte demandada, destacando que el Daño Punitivo es un desarrollo coherente con el art. 42 de la Constitución Nacional y que los principios “*Pro-Homine*” que hacen al Derecho Penal, no pueden ser esgrimidos por personas jurídicas.

A partir de “*Allu*”, diversas sentencias provenientes de variadas jurisdicciones analizaron los planteos de inconstitucionalidad formulados por los proveedores e, invariablemente, los rechazaron. Entre otros motivos, consideraron al Daño Punitivo una expresión de la protección de un derecho constitucional (Art. 42 de la CN), así como también el hecho de que procede a petición de parte y, por lo tanto, hay contradictorio y los derechos a la defensa en juicio y al debido proceso, resultan plenamente respetados **9***

Además, entendemos que la inconstitucionalidad de una norma debe fundamentarse en la letra de la Constitución Nacional y no en mera dogmática doctrinaria. Por lo tanto, el reparo que señala que el Daño Punitivo sería “ajeno a nuestra tradición” a la que se vincula con el “derecho continental europeo”, es completamente inapropiado en un planteo de inconstitucionalidad, desde que nuestra Norma Máxima proyecta valores muy distintos a los que significan la desconfianza o prejuicio por razones de origen. Además, nuestra misma Constitución es una obra que reconoce raíces y antecedentes distintos a las geografías que se pretenden idealizar. Por todo ello, la crítica basada en la geografía, dentro de un país que ha importado del exterior gran parte de su bagaje jurídico y cuyo Derecho está atravesado por el eje rector del respeto hacia el pluralismo de las tradiciones y culturas, aparece como una crítica no solo despojada de todo sustento constitucional, sino también inaceptable por superficial.

Por otra parte, consideramos el Daño Punitivo como parte de un tránsito desde una *Democracia Representativa* –donde la *clase política* y el Derecho Administrativo Sancionador son quienes deben cuidar las cosas comunes- hacia una *Democracia Participativa* –donde la sociedad civil tiene que jugar un protagonismo cada vez mayor en el cuidado de lo colectivo-. Así como sucede con las acciones colectivas, con los Daños Punitivos también se ve la irrupción de un nuevo ciudadano que no se conforma con votar y elegir a las autoridades constituidas, sino que también puede tener interés en *Participar en los Asuntos Públicos* como lo es proteger los llamados derechos de incidencia colectiva. Desde esta óptica, el tránsito de una *Democracia Representativa* a una *Democracia Participativa*, supone cierto cuestionamiento al monopolio del Derecho Administrativo Sancionador en aras de otorgar una trascendencia mayor de ciudadanos anónimos que, espontáneamente, realizan acciones para restablecer el Derecho por sobre los intereses de los potenciales infractores de derechos de incidencia colectiva y que conforman un fenómeno acorde con cambios que no solamente son jurídicos –en esa bisagra de

participación ciudadana que supuso la reforma constitucional de 1994 y el consagrado *Derecho a Participar en los Asuntos Públicos*-, sino que también son culturales y sociales.

Otro de los reparos iniciales a la redacción del instituto versó sobre sus laxas condiciones de procedencia que prevé el art. 52 bis como *“incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales con el consumidor”*.

Así, por ejemplo, alguna doctrina señalaba el *“defecto de redacción”* que atribuían al actual art. 52 bis y planteaba que, en ausencia de Dolo o Culpa Grave, aplicar Daños Punitivos era contrario a los presupuestos que tiene el instituto en sus países de origen y, además, violatorio del Debido Proceso.

Esta doctrina encontró eco parcial en el fallo de Cámara cordobés *“Teijeiro”* (2012) **10***, donde se descartó la procedencia del Daño Punitivo para castigar a una empresa que vendía una botella de gaseosa con un objeto flotando en su interior no apto para consumo humano. La sentencia entendió que no se había probado el elemento subjetivo (Dolo o Culpa Grave), sin el cual la procedencia de la figura se tornaría, según sostuvieron, inconstitucional. Mas no puede escapar al análisis que, años más tarde, en un fallo de Cámara de Tucumán, en otro conflicto suscitado por idéntica conducta del demandado, el caso *“Esteban”* (2017) **11***, entendió que sí era procedente el Daño Punitivo. Para ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tucumán utilizó la doctrina de la *“Tolerancia Cero”*: una doctrina sofisticada que plantea que, cuando está en juego la integridad psicofísica y la vida misma de las personas, la valoración de la conducta del proveedor o empresario no admite tolerancia. **12***,

Por otra parte, la exigencia de cierta doctrina inicial de modificar la redacción del art. 52 bis e introducir el requisito de reproche subjetivo como condición de procedencia de la Multa, a primera vista parece muy sensata, pero –a poco que se estudia el tema con más profundidad-, aparecen problemas probatorios y teóricos de no sencilla solución.

Esto pudo ser advertido muy bien en el fallo *“Umanzor”* (2017) **13*** de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata. La parte demandada impugnó el Daño Punitivo con el argumento de que no se había probado su Dolo o Culpa Grave, pero la sentencia rechazó ese reparo. El magistrado de Cámara, al rechazar esa impugnación por falta de Dolo o Culpa, lo expuso así:

“El dolo o la culpa del autor del delito penal no podrían ser imputados a la persona jurídica, de la cual es órgano, sin violar el principio según el cual sólo es válido el mandato otorgado para realizar actos lícitos, por lo que el representante que delinque, “no cabe duda, obra fuera de la esfera de su competencia” (Rivera, ob, cit, págs. 144 y 145)” **13***

En efecto, si bien está muy bien consolidada la doctrina de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, esta correa de transmisión se puede tornar problemática en cuanto a “Dolo” y, entonces,

si se introdujera el Dolo como requisito de procedencia del Daño Punitivo, el proveedor –como persona jurídica- podría inmunizarse colocando, en la redacción de su mismo objeto social, su declarada intención de respetar los derechos de los consumidores y evitar dañarlos de todas las formas posibles...luego, podría usar eficazmente este elemento para acusar una ruptura del mandato del agente que tomó la decisión de adoptar la conducta antisocial que dio motivo a la demanda. No es un ejemplo tan abstracto el que damos; en el citado fallo Teijeiro, la exitosa defensa del proveedor se basó en explicar el hecho como un

“sabotaje” lo que implica –implícitamente- señalar una deslealtad de un empleado interno y, por ende, que quien perpetuó la conducta antisocial de introducir el elemento en el interior de la botella actuó de forma ajena a la órbita de su mandato, lo que lleva a dejar a salvo de reproche subjetivo a la demandada, que es la persona jurídica.

Por eso, si tal como alguna doctrina en sus fases iniciales pretendía, se introdujera el elemento subjetivo en la redacción de la misma ley para condicionar su procedencia, habría algunos problemas con el Dolo que han observado nuestras sentencias y también nos encontraríamos con dificultades para aplicar la nueva doctrina judicial de la “*Tolerancia Cero*” que rige, como dijimos, cuando se amenazan derechos esenciales como la Vida y la Salud.

Al contrario de lo que decían los críticos en sus primeros años de vigencia, los diez años de Daño Punitivo conducen a la conclusión de que el art. 52 bis tiene una redacción muy acertada, porque, si bien establece laxos requisitos legales de procedencia, también señala que el juez “*Podrá*” aplicar la multa y esta prerrogativa facultativa fue la puerta para que se desarrolle, en este tiempo de maduración de la figura, una rica doctrina judicial sobre su casuística -que siempre es excepcional- que resulta muy valiosa. Nuestro Derecho, a partir de la doctrina que emiten los Tribunales, ha podido en estos años ir desarrollando la casuística de las condiciones de procedencia; ello ha permitido el aprendizaje colectivo y constante del instituto, así como la construcción doctrinaria de los parámetros que permiten identificar a las conductas gravemente antisociales que exigen su aplicación.

Entre estos parámetros, requerir la presencia del “Dolo” o la “Culpa Grave” como factor de atribución ineludible para su procedencia es una constante en la jurisprudencia, es cierto, pero no lo es menos que hay otras circunstancias que, dentro de esta casuística compleja, tienen gravitación aquí, tales como los casos en que se da una conducta del proveedor objetivamente repudiable desde el punto de vista social, o aquellos en que se verifica la obtención de una indebida ventaja económica por parte del proveedor a resultados de la conducta ilícita, entre otros. Aunque entendemos que asimilar este instituto como de responsabilidad objetiva (art. 1723 CCyCN), puede ser peligroso y no desconocemos que se trata de un concepto de procedencia excepcional que exige, como regla general en su aplicación, indagar sobre la presencia de los elementos que hacen a la responsabilidad subjetiva (art. 1724 CCyCN); resaltamos que, a veces, en las circunstancias particulares de la casuística, otros factores se pueden ponderar, específicamente casos de conductas gravemente antisociales, o aquellas formas del ilícito de consumo que arrojan un beneficio económico importante a su autor.

Entonces, una mirada más amplia de la jurisprudencia y de la complejidad que significa el factor de atribución del Daño Punitivo, lleva a descartar por prematura la crítica a la redacción actual del art. 52 bis de la ley 24240, en tanto que la complejidad del tráfico comercial y de las modalidades que puede adoptar el injusto o la conducta antisocial, muestran los mayores beneficios de la redacción actual (“*el juez podrá*”) en cuanto a posibilitar la construcción de una doctrina judicial sobre la casuística que debe guiar una aplicación prudente y eficaz.

Por otra parte, como decíamos, entre las críticas iniciales al Daño Punitivo, aparecería una crítica constante acerca del “*enriquecimiento sin causa*” que su sola aplicación supondría, por implicar, según estos críticos, un plus que excede la reparación integral.

No obstante, entendemos que el acusado enriquecimiento sin causa, si se explora mejor la situación, no es tal. A tal crítica respondemos con dos argumentos: a) el *argumento deontológico* que nos señala que es justo darle la totalidad de la multa al consumidor que

reclama b) el *argumento teleológico* que indica los beneficios de destinarle la totalidad de la multa justifican la adopción de esta solución.

Con respecto al *argumento deontológico*, observamos que la crítica del enriquecimiento sin causa no contempla la totalidad de los elementos del escenario. Mientras que los efectos de las sentencias que aplican Daños Resarcitorios se agotan en las partes, en toda sentencia con Daños Punitivos aparece una “externalidad positiva”, “un sobrante” que excede a las partes: “*la prevención del daño a través de la disuasión*”. Al tener el instituto una finalidad disuasiva, se pretende justamente proteger a terceros –a quienes no integraron el pleito- de que sufran daños y esto es un sobrante o externalidad positiva de la sentencia que el Derecho debe reconocer. Sin destinarle al actor la totalidad del Daño Punitivo, todos nos estaríamos aprovechando de los efectos beneficiosos de su lucha individual –al parasitar el beneficio social de la prevención de los daños- sin reconocer el aporte de quien lo realizó.

No puede obviarse que, como sociedad, consideramos a la “Prevención de los daños a partir de la Disuasión” un beneficio social y un beneficio por el cual estamos dispuestos a pagar. Incluso estamos dispuestos a pagar por cada multa aún más que su valor, como lo prueba el hecho de que las entidades administrativas que colocan multas por infracción a la ley 24240 son deficitarias y, entonces, con nuestros impuestos pagamos por cada multa aún más que su valor. Por lo tanto, si pretendemos beneficiarnos con el impacto social favorable que tiene la disuasión que logra toda sentencia con Daños Punitivos, lo mínimo que podemos hacer, como sociedad, para tener una conducta coherente con nuestros actos propios, es reconocerle al autor de la batalla judicial individual la totalidad del monto de la multa. Por eso se concluye que, para evitar un enriquecimiento sin causa de la sociedad, se requiere destinarle la totalidad de la multa al consumidor, tal como lo dispone la ley.

Con respecto al *argumento teleológico*, al cual suscribimos, resulta importantísimo resaltar que es, prácticamente, una doctrina pacífica entre los escritores especializados en derecho de consumo. Es necesario darle al consumidor que reclama un premio para alentarlo a reclamar. Nadie haría un juicio, con todos los riesgos y esfuerzos que ello supone, si la parte más importante de la sentencia lograda se destinara a otros fines distintos que a su persona. Por eso, coincidimos con toda la importante y robusta doctrina que ha reconocido, en estos años, que resulta crucial destinarle al actor el Daño Punitivo para estimularlo a interponer su reclamo. **14***

No podemos no preocuparnos del déficit constitucional grave que tenía la iniciativa del Anteproyecto de Código Civil y Comercial con la llamada “*Sanción Pecuniaria Disuasiva*”. La mentada figura, con la cual se pretendía desplazar al Daño Punitivo, dejaba al arbitrio total del juez la decisión sobre el destino de la multa. Entendemos que suponía una grave delegación legislativa al Poder Judicial de facultades propias del Congreso de la Nación, como lo es la facultad de establecer cargas públicas (arts. 4 y 75, inc. 1 de la CN), porque recortar una indemnización para destinarla a un fin social equivale a imponerle una carga pública al consumidor litigante y no puede una norma conferirle esa atribución a un juez, sin comprometer gravemente el Estado de Derecho. Además, la discrecionalidad total para decidir el destino del monto recaudado con la multa que se le pretendía otorgar al juez, importa una usurpación de otra facultad que compete al Poder Legislativo, porque decidir el destino de fondos públicos es resorte indelegable de la ley de presupuesto que, como la de establecer cargas públicas, compete inexorablemente a los representantes del pueblo (art. 75 CN) y no al juez. Al mismo tiempo, ejecutar obras con el fondo resultante es una facultad netamente administrativa, que es resorte al Poder Ejecutivo (art 99 CN). Por lo tanto, cuando una norma pretendía darle a un juez la facultad de juzgar, establecer el monto de un castigo, decidir discrecionalmente cuánto se le va a quitar de ese monto a la parte actora

para destinarlo a un supuesto “fin social superior”, y luego decidir, discrecionalmente, entre distintas prioridades sociales, a cuál de ellas se le va a dar satisfacción con el dinero público así recaudado, ello equivalía a un resultado 0 gravemente disvalioso desde la óptica de la división de poderes.

Por estas razones, ratificamos que la solución que da el art. 52 bis de la ley 24240, tal como está redactado, en cuanto a destinarle la totalidad de la multa al consumidor, no solamente es coherente con el Principio de Equidad –el cual exige reconocerle al privado por el aporte a la sociedad que hace al contribuir a la prevención del daño, por la Disuasión de Futuros Daños, un beneficio social aportado-, sino que también advertimos que soluciones alternativas que se han puesto en discusión tienen la aptitud de dar ocasión a *demagogias judiciales personalistas* que comprometan fatalmente la seguridad jurídica; en lo que significaría, en los hechos, regímenes compatibles con *mesianismo* de magistrados -que quitarían fondos a “malvadas” corporaciones para usarlos para realizar “obras de bien” o dar respuesta a “demandas sociales”-, mesianismos judiciales u omnipotencias judiciales, contrarios a la seguridad jurídica, al Estado de Derecho y a la forma republicana de gobierno.

Además, el derecho del consumidor a cobrar la totalidad de la multa civil hace a sus intereses económicos, los cuales tienen protección constitucional expresa (art. 42 CN).

Estos diez años de vigencia del Daño Punitivo sirvieron para demostrar que la inicial crítica al art. 52 bis, en suma, supuso una crisis originada más por el atraso de alguna doctrina local para comprender la profunda innovación del instituto –que puso a la Argentina a la vanguardia de Latinoamérica en lo que hace al Derecho de Daños-, que por un error mismo de la norma. Conforme los años pasaron, nuestra doctrina pudo elaborar, estudiar y comprender el instituto y, en esta etapa, nos encontramos ante los albores del comienzo de un proceso que se dirige hacia su consolidación progresiva.

El acierto que observamos en la redacción del art. 52 bis de la ley 24240 no impide que critiquemos el yerro que tiene el art. 47 en cuanto al haber establecido en pesos nominales el tope de las multas, dando lugar a un techo que ha quedado desactualizado hasta ser irrisorio para los fines disuasivos del instituto, desde la óptica del volumen de negocios de algunos proveedores que operan en el mercado argentino. Si se tomara como referencia el salario mínimo vital y móvil, se observa que en Abril del año 2008, los 5 millones de pesos equivalían a la suma de 5102 salarios mínimos vitales y móviles **15***. Por lo tanto, la referencia del tope original considerada en salarios mínimos, da una pauta del fuertísimo proceso de desactualización que ha sufrido el tope de la ley y que reclama una urgente modificación del art. 47, en cuanto al tope que deben tener las multas administrativas y privadas.

Justamente, en cuanto a sentencias que sean disuasorias, observamos que los jueces, en los primeros años de vigencia del instituto, adolecían de un importante déficit de fundamentación del monto elegido.

Estas sentencias de montos simbólicos representaron un fracaso del Daño Punitivo, porque montos ridículamente bajos no solamente no servían para disuadir al proveedor de conductas antisociales y lucrativas, sino que constituían más bien un verdadero premio a su accionar ilícito. Dentro de esta observación, apareció una nueva generación de críticas al Daño Punitivo, esta vez más justificada. Estos nuevos críticos argumentaron que las sentencias de montos bajos representaban el sello del fracaso del instituto y la razón para eliminarlo –y/o desplazarlo por multas civiles cuyo destino decidiría el juez a gusto y placer-.

Sin embargo, consideramos apresurada esa conclusión, porque posiblemente las sentencias de montos bajos –que no disuaden, ni siquiera hacen cosquillas- expresan más un déficit de formación de nuestros magistrados en paradigmas más modernos del derecho de daños que un problema intrínseco del mismo instituto. Además, es obligado llevar a ponderación aquí, otros problemas más estructurales, más profundos, relacionados con la debilidad institucional sistémica de la Argentina, debilidad institucional que crea un obstáculo para la igualdad ante la ley; debilidad institucional que significa, al fin de cuentas, un problema para un instituto que busca su eficacia en disuadir conductas antisociales que son perpetuadas, muchas veces, por proveedores que gozan de poder fáctico y a los cuales nuestro ordenamiento le cuesta sancionar no por cuestiones jurídicas, sino parajurídicas –el poder fáctico que genera lobby, temor e impunidad-.

Creemos que la creación del fuero del consumidor puede ser un paso importante para lograr una mayor jerarquía jurídica en las sentencias que aplican Daño Punitivo, en tanto que podría ayudar a superar esta falta de sentencias que utilicen bien el instituto acorde con su finalidad disuasoria. Otra alternativa, para lograr mayor igualdad ante la ley y que los proveedores que gozan de asombrosa relevancia económica –con influencias sociales y políticas no siempre fáciles de ver- y posición de mercado, no obtengan impunidad, es el juicio por jurados populares.

Por otro lado, en los últimos años, encontramos una oleada nueva de sentencias que demuestran una mayor preocupación de los magistrados por alcanzar la finalidad disuasoria del instituto. En estas nuevas sentencias los jueces no se sienten eximidos de su deber de fundamentar el monto desde la perspectiva de la disuasión. Destacamos, por ejemplo, la utilización de fórmulas matemáticas –como la desarrollada por el jurista Irigoyen Testa **16**- que aparecen como la expresión de un esfuerzo de fundamentación sobre el carácter disuasivo que se le asigna al monto elegido según las circunstancias del caso; esfuerzo que, entendemos, no puede faltar en ninguna sentencia que aplique el Daño Punitivo. Estas nuevas sentencias pueden ser el signo de una incipiente evolución jurisprudencial en la aplicación del Daño Punitivo que puede presagiar una nueva etapa de su consolidación.

Por ejemplo, puede mencionarse la doctrina judicial que emite la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, que puede reconocerse hoy como la vanguardia en cuanto a Daño Punitivo. Desde la ciudad del Sur, nos llegan sentencias donde vemos que la preocupación de los magistrados por la finalidad disuasoria del instituto no es una mera declamación, sino que se traduce en un esfuerzo científico de establecer sumas con aptitud de enviar una señal a los proveedores inescrupulosos y de persuadirlos de que no repitan las conductas antisociales.

Puede mencionarse, como ejemplo, el caso “Castelli” (2014) * **17** La sentencia evaluó el conflicto suscitado por un Banco que prometió falsamente a la actora tarjeta de crédito gratuita, luego frustró su promesa al cargarle costos; finalmente, por la mora en el pago de esos costos, la perjudicó al difundir su nombre en los servicios crediticios como deudora morosa. La sentencia, usando la fórmula de Irigoyen Testa, ponderó la alta expectativa de impunidad que gozaba el proveedor (un 98% de probabilidades de no sufrir una demanda por esta falta, según se consideró) y multiplicó por estas mismas probabilidades la indemnización de daños resarcitorios para alcanzar así la finalidad disuasiva del Daño Punitivo, sumándose también las probabilidades de que se pierda el juicio.

Otro caso de mención es “Frisicalle” (2017) * **18** de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y

Comercial de Bahía Blanca. El conflicto se suscitó porque TELECOM le había facturado a la consumidora un servicio de mensajería de contenidos “Premium” que esta última nunca había solicitado ni contratado. Aquí la sentencia de Cámara consideró que, dado lo exiguo del monto del perjuicio material, la probabilidad de iniciar el pleito era del 1% (uno por ciento) y que, de hacerlo, resultar victorioso y tener una condena por daños punitivos era del 90% (noventa por ciento). En consecuencia, se multiplicó la indemnización resarcitoria por tales ínfimas probabilidades de responsabilidad de la demandada al momento de cuantificar el Daño Punitivo, en un esfuerzo científico para llegar a la disuasión.

Por eso, entendemos que estas sentencias y otras más que siguen esta línea de conceptos, marcan un salto jurisprudencial en la evolución del instituto, en tanto no se desinteresan del tema crucial de la Disuasión Óptima, una materia que resulta impostergable en lo que hace a Daño Punitivo. En efecto, como observa Sebok **19**, la Eficacia de la Disuasión es el razonamiento dominante que guía la aplicación de los daños punitivos en Estados Unidos.

De acuerdo con esta incipiente línea jurisprudencial citada proveniente de Bahía Blanca, se ha utilizado como fundamento para mostrar a la Argentina como uno de los pocos países en vías de desarrollo que tienen legislados los Daños Punitivos y considerar que el argentino representa un modelo valioso y susceptible de ser imitado por otros países; La aplicación local, según se señaló, utiliza las teorías clásicas del análisis económico del derecho en aras de lograr un aumento del bienestar social **20**. Por eso, aunque hay que señalar el atraso en la madurez del instituto que suponen muchas sentencias de montos meramente simbólicos -cuyo valor se asigna a discreción y sin fundamentar-, debe destacarse el espaldarazo y el avance de la mano de la ponderación del objetivo de la Disuasión, a partir del uso de fórmulas matemáticas.

Es cierto que, con la penetración de ciertos paradigmas provenientes de las neurociencias y de algunas escuelas de la psicología científica y de la economía, se ha puesto en duda la invulnerabilidad de la teoría de la decisión racional. La teoría de la decisión racional, que nutre el análisis económico del derecho, asume que las personas tienden a tomar las decisiones más convenientes a sus propios intereses desde el análisis racional del escenario. La Disuasión óptima asume, conforme con ella, que una ley estará vigente cuando no sea “buen negocio” transgredirla y, a partir de este presupuesto, concluye que debe ser más costosa la sanción que el beneficio. Por esta razón, como argumentan Polinsky y Shawell **21***, los Daños Punitivos deben calcularse para llegar a un monto que sea disuasivo, ya que dependen y se fundamentan en la teoría de la decisión racional. Si la Disuasión no es óptima, el proveedor podrá realizar la “perversa ecuación” de ponderar que dañar y cubrir las indemnizaciones se convierta en su estrategia racional de negocios. No obstante, aunque desde las neurociencias y algunas tendencias actuales de la economía, se pueda señalar la imperfección de la teoría clásica de la elección racional (aunque sea pueda –en suma- esgrimir que muchas veces tomamos decisiones irracionales), lo cierto es que, aún imperfecta, la teoría de la decisión racional sigue siendo un faro con una poderosa luz a la hora de conocer y predecir el comportamiento de las personas y mucho más de las corporaciones. En lo que hace al comportamiento que tendrán los proveedores, la teoría de la elección racional predice que van a tender a adoptar las decisiones que les permitan maximizar sus ganancias y que, entonces, solamente si se alcanza el estado ideal de la Disuasión Óptima, podremos alcanzar el estado buscado de prevención de los daños, o de vigencia efectiva de los derechos. Mientras no haya Disuasión Óptima, puede concluirse que muchos de los derechos de los consumidores establecidos, serán meramente declamativos; porque, con la teoría de la elección racional –imperfecta, es cierto, en la complejidad del comportamiento humano; pero con innegable eficacia predictiva moderada - podemos dar por descontado que los proveedores actuarán de la forma que sea más útil

para maximizar sus ganancias, sin importar si lo consiguen a expensas de la legalidad, o de aumentar los daños a terceros más allá de lo socialmente tolerable.

El déficit en la vigencia concreta y real de los derechos establecidos en la ley 24240 es consecuencia de un problema de falta de Disuasión Óptima que es estructural. Incluye la falta de sentencias por Daños Punitivos, pero no se agota allí, sino que también deben mencionarse algunas dificultades que obstan a la promoción y curso de acciones colectivas –en las que también puede corresponder aplicar el daño punitivo **22*** -, así como la escasez de multas administrativas que alcancen montos realmente disuasivos. Por esto, visto desde una perspectiva integral, el esfuerzo por mejorar el carácter disuasivo que deben tener la aplicación del Daño Punitivo, es un problema más global y que excede al instituto en sí mismo, debe ser abordado desde el estudio completo de la aptitud disuasoria real de toda la misma ley y –por qué no- desde la mirada amplia que implica encarar los problemas crónicos y sistémicos de la debilidad institucional en los casos de que los transgresores gozan de importante poder fáctico . La impunidad de los poderosos es, al fin y al cabo, un problema estructural sistémico mucho más profundo y del cual resulta arbitrario culpar al Daño Punitivo, en tanto que es consecuencia más bien de la debilidad institucional que azota a nuestro país, de la debilidad de las instituciones de nuestra joven república en suma.

A la vista de todas estas reflexiones repasadas, **nuestras conclusiones a diez años de vigencia del Daño Punitivo son:**

1. El Daño Punitivo debe ser destinado, en su totalidad, al consumidor reclamante, porque así lo dice la ley y también para prevenir un enriquecimiento sin causa de la sociedad.
2. Los años de vigencia han demostrado que las críticas iniciales que cierta doctrina había formulado a la redacción del art. 52 bis de la ley 24240 eran superfluas e inconsistentes. El art. 52 bis no amerita ninguna modificación, pero, sin embargo, el tope de las multas civiles y administrativas del art. 47 ha quedado desactualizado. Urge modificar el art. 47 para que los montos máximos de las multas sean más elevados.
3. Tal como lo han advertido las sentencias, el Daño Punitivo no merece reproche constitucional en tanto que es un desarrollo coherente con el art.42 de la Constitución Nacional y, asimismo, en consideración a que procede a petición de parte, lo que significa que el proveedor goza de todos los derechos a la defensa en juicio, debido proceso y doble instancia
4. El juez debe fundamentar la graduación del monto que disponga, siendo gravemente disvaliosas las sentencias que reconocen sumas meramente simbólicas. Recomendamos, siguiendo una moderna doctrina proveniente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, la adopción de fórmulas matemáticas que permitan volver objetiva la cuantificación, como la propuesta por Irigoyen Testa. El objetivo de la Disuasión Eficiente de ningún modo se puede marginar en la fundamentación del monto otorgado en una sentencia que reconozca daños punitivos.

1* Ley 26.361. Antecedentes Parlamentarios. Argentina. Modificaciones a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y complementariamente a las leyes 25.065 de Tarjetas de Crédito y 22.802 de Lealtad Comercial. Proyecto original expediente 1061-D-06, autor: Stella Maris Córdoba.

2* Las actividades de los Institutos del CPACF fueron declarados de interés académico de la Ciudad de Buenos Aires por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires según la Declaración N° 476/2018. "*Declarase de Interés Académico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires las actividades que desarrollan los Institutos de Derecho del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*". Fuente: <https://parlamentaria.legislatura.gov.ar/pages/ExpedienteBusqueda.aspx>

3* Hubo autores que plantearon que la mera procedencia del Daño Punitivo era inconstitucional, por tratarse de una norma de naturaleza penal en sede civil. Como referencia, puede considerarse Pizarro S. (2012) "*Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado*" publicado DCCyE 2012 (octubre), 01/10/2012, 82

4* Alguna doctrina consideró inadecuado que se destine el monto a la víctima por entender que podría significar un enriquecimiento sin causa. Puede considerarse como ejemplo: ALTERINI, A.A. (2008), "*Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después*", en VÁZQUEZ FERREYRA, R.. (dir.), *Reforma a la ley de defensa del consumidor, suplemento especial La Ley*, Buenos Aires, 2008-18/19

5* RAMÓN DANIEL PIZARRO, Daños punitivos, en AA.VV., Derecho de Daños. Segunda parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993.

6* A título de ejemplo del carácter favorable de la doctrina hacia el Daño Punitivo, puede considerarse que, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se aconsejó "*la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero*". Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1999, en Congresos y jornadas nacionales de derecho civil, Facultad de Derecho U.B.A. - La Ley, 2005-196.

7* Ponencia 6 del CPACF crítica con el Anteproyecto de Código Civil y Comercial. "*Aspectos Generales de la responsabilidad y el derecho de los consumidores y usuarios*". Rizzo J.; Lipera G.; Rizzo G; Díaz Cisneros A.P. Disponible en: <http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/>

8* "*Alu P. A. vs. Banco Columbia S.A. s/Sumarísimo (Residual)*". 22 de Abril del año 2013. Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Id SAIJ: FA13240113

9* A partir de "Alu", diversos precedentes ratificaron la constitucionalidad del Daño Punitivo como un desarrollo acorde con el art. 42 de la Constitución Nacional. Puede mencionarse "*De Los Ríos, M. S. c. Autotransporte Andesmar S.A. s/*" (Cámara Civil y Comercial de Jujuy, Sala II, 10.02.2014).; O., M. d. R. c/ *AMX Argentina (Claro) S.A. s/ Daños y Perjuicios*" (Cámara Civil y Comercial de departamental de Azul, Sala II), entre otros. Se destaca también el caso "*LOPEZ BAUSSET M. C/AUTOMILENIO S.A. Y OTRO S/ORDINARIO*" (Expediente N° 17543/2011), del 12 de Julio del 2018, fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, donde se reconoce la constitucionalidad del Daño Punitivo y se repasan algunos precedentes importantes anteriores que habían llegado a la misma conclusión.

10* *Teijeiro L. M. c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G. - abreviado - otros - Expte. N°1639507/36. 16-04-2012. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la tercera nominación de Córdoba.*

11* *Esteban N. E. c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Miguel de Tucumán. Sala II. .Expte. N° 917/12. 27 de Julio del año 2017.*

12* Para un desarrollo de la doctrina de la *Tolerancia Cero* puede consultarse CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, Daños punitivos sí, daños punitivos no., LA LEY 2012-C, 63, AR/DOC/2047/2012. Además, esta doctrina también aparece en los fallos de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial "*Raspo, M.A. y otros c./ Swiss Medical S.A. s./ordinario*" del 02-06-2015; *Barrera J. R. c/ Coto Centro Integral de Comercialización s/ ordinario* del 20-03-2016, I.

13* *Umanzor G. M. J. Y OTRO/AC/ PEUGEOT CITROEN ARGENTINA S.A. Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)" 15-06-2017. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera.*

14* Es muy robusta y consolidada la doctrina que sostiene «*el argumento teleológico contra la teoría del enriquecimiento sin causa y a favor de destinarle -al menos algo- a la víctima*». Según el argumento teleológico, destinarle el monto de la multa al consumidor es necesario para alentar su reclamo. Entre muchos otros: BAROCELLI: Sergio Sebastián: «*Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia*», en DJ 29/5/2013, COLOMBRES, Fernando M.: «*Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor*», en La Ley 2008-E, 1159. SHINA, F.: «*Los Daños Punitivos en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Otro retroceso en las precarias relaciones de consumo en la Argentina*», en Eldial.com DC1904. 3/8/2012. ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M.: «*La consistencia de los daños punitivos*», en La Ley, 7/4/2009. JUNYENT BAS, Francisco; VARIZAT, Andrés F., y GARZINO, María C.: «*Destinatario de la multa en el daño punitivo*», en La Ley, 1/3/2013, 1. ROJO, Martina: «*De los daños punitivos o la sanción pecuniaria disuasiva. La cuestión del destino de los fondos*». 6/3/2014. Microjuris. MJ-DOC-6614-AR.

15* En el proyecto de modificación del art. 47 de la ley 24240 para subir el tope de las sanciones administrativas y de los daños punitivos que tramita como el expediente 4950-D-2018, impulsado por la diputada Anabella Hers Cabral, se analiza la depreciación que sufrió el tope de las sanciones del 47 por efecto de la depreciación monetaria. En los fundamentos del proyecto de ley, se utiliza el salario mínimo vital y móvil para demostrar la pérdida de valor del tope de la multa y se propone modificar el tope y subirlo a multas de pesos equivalentes de 1 a 2.000 salarios mínimos vitales y móviles. La ley 26361 (B.O. 7/4/2008) fijó el tope de las sanciones en 5 millones de pesos (conforme, art. 21, ley 26361 que modificó el art. 47 de la ley 24240). El proyecto de ley 4950-D-2018 de la diputada Anabella Hers Cabral de modificar el art. 47, para aumentar el tope de las multas, es un aporte académico del Instituto de Derecho del Usuario y del Consumidor del CPACF.

16* Al respecto de la fórmula de Irigoyen Testa, para cuantificar Daos Punitivos puede consultarse: Irigoyen Testa, M (2014). "*Aplicación jurisprudencial de una fórmula para daños punitivos*", Número Especial de Derecho y Economía, Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot. Irigoyen Testa, M (2011). "*Fórmulas para cuantificar los Daños Punitivos*", Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Derecho y Economía, Fascículo N° 13,

Abeledo Perrot.

17* “Castelli, M. C. contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico” Expediente número 141.404 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca. Sala II. 28 de Agosto de 2014.

18* “Frisicale M. L. c/ Telecom Personal S.A s/ daños y perjuicios” Expediente número 148.485 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca. Sala II. 15 de Agosto de 2017.

19*- Sebok, A. J. (2006). *Punitive damages: from myth to theory*. Iowa Law Review., 92, 957.

20* Irigoyen-Testa, M. (2015) "*Punitive Damages in Developing Countries: The Argentine case,*" *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*: Vol. 1 : Iss. 1 , Article 5. Disponible en línea <https://lajle.alacde.org/journal/vol1/iss1/5>

21* Polinsky, A. M., & Shavell, S. (1998). *Punitive damages: An economic analysis*. *Harvard Law Review*, 869-962.

22* Los requisitos de procedencia del daño punitivo no obstan a que se pueda peticionar en acciones colectivas. Como ejemplo, se señala el caso “*Unión Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento*” Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Sala II. 20 de Agosto de 2018