

EL DAÑO PUNITIVO EN UN VALIOSO PRECEDENTE DE LA S.C.B.A.

Comentario al fallo “Castelli”.

María Cristina GALINARI y Roberto V. LAVAGGI ¹

Resumen

En fecha reciente, 17/10/2018, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictó sentencia en la causa “Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico”. Esa decisión, que rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la demandada, presenta concreta incidencia en el ejercicio de derechos y obligaciones emergentes del vínculo jurídico que se establece entre las entidades bancarias y sus clientes.

Como es evidente, el conflicto resuelto carece de originalidad porque es una situación frecuente en la que el banco actúa, como mínimo, de manera desaprensiva. Ello impone prestar la debida atención a los fundamentos y conclusiones del fallo que aquí se comenta que, además, significa una contribución encaminada a poner orden en la prestación satisfactoria de los servicios bancarios que se caracterizan por la notable disparidad económica y de conocimientos entre quienes los celebran.

Palabras clave: Irretroactividad de la ley - Derecho transitorio – Relación de consumo – Daño punitivo – Factor de atribución – Destino de la multa civil.

¹ María Cristina Galinari es Profesora Asociada de la asignatura *Derecho del Consumidor y Empresario* y Profesora Adjunta de *Personas Jurídicas Privadas*, Cátedras a cargo del Dr. Rafael Barreiro. Roberto V.

I. El caso seleccionado, los hechos y los ejes de la decisión

1. En fecha reciente, 17/10/2018, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictó sentencia en la causa “Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico”. Esa decisión, que rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la demandada, presenta concreta incidencia en el ejercicio de derechos y obligaciones emergentes del vínculo jurídico que se establece entre las entidades bancarias y sus clientes.

Como es evidente, el conflicto resuelto carece de originalidad porque es una situación frecuente en la que el banco actúa, como mínimo, de manera desaprensiva. Ello impone prestar la debida atención a los fundamentos y conclusiones del fallo que aquí se comenta que, además, significa una contribución encaminada a poner orden en la prestación satisfactoria de los servicios bancarios que se caracterizan por la notable disparidad económica y de conocimientos entre quienes los celebran.

2. En relación a los antecedentes de la causa, que constituyen la base sobre la que se pronunció el Alto Tribunal de esta provincia, cabe señalar que

- (i) la demandante había solicitado la emisión de una tarjeta de crédito;
- (ii) la tarjeta se emitió pero no le fue entregada;
- (iii) al emitirse el instrumento el banco abrió una cuenta corriente a nombre de la solicitante;
- (iv) la cuenta generó un saldo deudor por débitos y comisiones;
- (v) el incumplimiento de la actora provocó que el banco la calificara como deudora de alto riesgo;
- (vi) el acuerdo alcanzado ante la OMIC no fue cumplido por la entidad bancaria, que siguió informando la situación de la demandante como deudora irrecuperable;
- (vii) el juez de primera instancia desestimó el reclamo;
- (viii) la Cámara de Apelaciones admitió la indemnización por daño moral y punitivo;
- (viii) La SCBA, con diferentes argumentaciones, rechazó el recurso articulado.

3. Aunque los jueces de la Suprema Corte emitieron decisión unánime en relación a la impertinencia del recurso y se estimó razonable la reparación conferida, la solución exhibió disenso acerca de otras cuestiones.

El análisis de las líneas argumentales puede resumirse del siguiente modo:

- (i) el régimen legal aplicable desde la perspectiva de su temporalidad;
- (ii) los motivos que permiten la aplicación del daño punitivo; y
- (iii) el destino de la indemnización por ese daño.

Los diversos fundamentos que expusieron los Sres. Jueces se examinarán en forma circunstanciada en los capítulos siguientes.

II. La ley que rige el caso

En este primer aspecto no medió consenso. Es prudente precisar que aunque con el simple paso del tiempo este tema irá paulatinamente perdiendo actualidad, una significativa cantidad de casos todavía requerirá desentrañar el régimen legal que debe tomarse como referencia.

El Dr. de Lázari, a quien acompañaron los Dres. Genoud y Kogan, se inclinó por la aplicación al caso de las disposiciones del CCCN.

El Dr. Negri, aunque no aludió a esta cuestión explícitamente, postuló la vigencia de disposiciones del Cód. Civ. derogado, posición con la que coincidieron los Dres. Soria y Natiello.

El Dr. Pettiggiani, expresamente rechazó que el caso pudiera juzgarse mediante las disposiciones del CCCN.

1. El art. 7 CCCN. El “derecho transitorio”. Antecedentes.

Cabe recordar que el art. 7 CCCN, en punto a la vigencia temporal de las leyes, dispone que “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

1.a) En cuanto a los precedentes legislativos recordemos que el Código de Vélez establecía en su art. 3º que “las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar derechos ya adquiridos”.

La nota que acompañó ese artículo expuso la preferencia por la opinión de Savigny: “las leyes no pueden tener efecto retroactivo ni alterar los derechos adquiridos; y que esta doctrina, bien entendida, está en plena conformidad con toda la legislación civil y criminal, mientras que el

principio contrario dejaría insubsistentes y al arbitrio del legislador, todas las relaciones de derecho sobre las que reposa la sociedad”.

El principio general se complementaba con el art. 4044 que reforzaba la concepción vinculada con los derechos –irrevocablemente- adquiridos, que no podían en ningún caso ser cambiados o destruidos por las nuevas leyes, al mandar aplicar las nuevas leyes a los hechos anteriores cuando sólo privaran a los particulares de derechos que fueran meros derechos en expectativa. También con el art. 4045 que mandaba la aplicación de las leyes nuevas aun cuando privaran a los particulares de facultades que les eran propias y que aún no hubieran ejercido o que no hubiesen producido efecto alguno.

En la nota al art. 4044 se dijo que “en la teoría de la no retroactividad de las leyes, es preciso no atender solamente al interés de los particulares. Debe siempre compararse las ventajas e inconvenientes del interés público y del interés privado. El interés privado sin duda es un punto de vista capital, pero también el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir. La nueva ley deberá entonces ser aplicada a las consecuencias de los hechos anteriores, que sólo son meras expectativas y no derechos ya adquiridos”.

1.b) La ley 17.711 modificó el art. 3 y se adoptó una redacción que consideramos acorde con la regla hoy vigente: “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

1.c) Se sostuvo, esbozando un criterio con el que coincidimos, que el art. 7 del CCCN

“es copia del art. 3 del Código Civil viejo, según texto incorporado por la ley 17.711 en el año 1968. Se introduce, sin embargo, una ligera variante en cuanto a los contratos en curso de ejecución y a las nuevas normas supletorias que regulen relaciones de consumo y sean más favorables a los consumidores. En concreto, el citado artículo del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe: a) la inaplicabilidad de la nueva ley a las relaciones y situaciones anteriores a su vigencia; b) la acción, alcance o efecto de las leyes que sucede en forma inmediata, sin tardanza o sin que medie tiempo alguno, para aplicarse a las derivaciones de las relaciones y situaciones jurídicas anteriores; c) la viabilidad de una norma que —en contra del principio general— establezca la retroactividad; d) la existencia de un límite a esa

retroactividad fijado en la afectación a derechos resguardados por garantías constitucionales; e) la inaplicabilidad a los contratos en curso de ejecución de las leyes supletorias posteriores a la contratación si son más favorables al consumidor en una relación de consumo”².

1.d) El llamado “derecho transitorio”, entonces, no es más que el conjunto de disposiciones legales que mantienen su vigencia y aplicación temporal con posterioridad a su derogación y eventual reemplazo o eliminación, respecto de aquellos actos o situaciones que se consolidan o producen efectos luego de la entrada en vigor de la nueva normativa.

Pero también, se vincula con la inmediata aplicación de los nuevos textos legales a actos y situaciones jurídicas que nacieron y no se han agotado totalmente al amparo de la legislación antecedente.

2. El desacuerdo sobre la ley que rigió el caso

Sobre estas bases, argumentó el Dr. de Lazzari en referencia a aquella disposición que “las relaciones aquí ventiladas se encuentran alcanzadas por el nuevo ordenamiento, puesto que se aplica tanto ‘a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes’, como a los contratos en curso de ejecución en la medida en que las normas sean ‘más favorables al consumidor en las relaciones de consumo’. Siendo ello así, devienen aplicables las reglas atinentes a la contratación en el ámbito del consumo y la proscripción de las prácticas abusivas previstas en los arts. 1097 a 1099 del nuevo Código que garantizan el trato digno, equitativo y no discriminatorio, y la libertad de contratar”.

El Dr. Pettigiani disintió con dicha argumentación. Estimó “que no es posible aplicar aquí las normas del Código Civil y Comercial pues tanto a los fines sancionatorios como a los indemnizatorios, el comportamiento antijurídico de la demandada y el daño padecido por la accionante se consumaron o agotaron al amparo de la legislación anterior (conf. art. 7, Cód. Civ. y Com.)”. Agregó que, “a partir de dichas circunstancias (incumplimiento y daño), se generó una modificación en la relación jurídica habida entre las partes, erigiéndose una nueva dirigida al resarcimiento y sanción del perjuicio causado, la que debe juzgarse de conformidad con las leyes vigentes al tiempo en que se produjeron tales hechos, tanto para determinar su

² ITURBIDE, Gabriela A. y PEREIRA, Manuel J., *Efectos de la aplicación de la ley en el tiempo con relación a los derechos reales y a los privilegios*, Revista Código Civil y Comercial, Héctor Alegría Director, Año 1, N° 1, La Ley, Bs. As., julio de 2015, p. 33. Parten los autores del pensamiento de HIGHTON, Elena, que expuso en su comentario al *Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino*, RDPCC, Rubinzal-Culzoni, Número extraordinario, *Claves del Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, 2015, ps. 61/2.

alcance, su extensión, así como la posibilidad de morigeración judicial de la sanción (en el mismo sentido, Moisset de Espanés, Luis, *La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 Código Civil [Derecho Transitorio]*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, págs. 17, 42/44 y concs.)”.

2.a) Delimitación del debate.

Es sencillo comprobar que estas diversas apreciaciones de la cuestión reproducen antiguas interpretaciones contrapuestas. Debe advertirse que el diferendo remite exclusivamente al agotamiento de los actos cumplidos antes de la vigencia del CCCN, sin que guarde vinculación con la justicia del expreso mandato del art. 7.

El núcleo del debate fue precisado muchas décadas atrás por uno de los más destacados redactores del Código Civil Italiano de 1942, quien señaló que la

aplicación retroactiva, puede ser entendida de diversas maneras según el ámbito en el que se la haga valer en concreto: (i) hechos cumplidos y agotados al amparo de la ley antigua, cuyos efectos se han producido totalmente; (ii) controversias nacidas o pendientes bajo la vigencia de la ley modificada o extinguida, aun cuando refieran a hechos cumplidos bajo el imperio de la ley antigua; y (iii) la aplicación del nuevo régimen legal a hechos nuevos pero vinculados con hechos anteriores³.

Creemos que el pensamiento citado contribuye a precisar el tema, despojándolo de interpretaciones que -al fin y al cabo- le resultan ajenas.

2.b) La jurisprudencia.

Se confirió al nuevo régimen una operatividad inmediata a los principios generales de los contratos y, particularmente, a aquellos que rigen los contratos de consumo. Con base en relevante doctrina se juzgó que “los hechos cumplidos están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron y, a su vez, que el nuevo ordenamiento no se proyecta atrás ni altera el alcance jurídico de las situaciones y consecuencias de los hechos y actos realizados y agotados en un momento bajo un determinado dispositivo legal”⁴.

Los Tribunales de esta Provincia también han juzgado cuestiones análogas.

La Cámara Civil y Comercial de Azul⁵, en relación a la ley provincial N° 14.432, decidió que el art. 3 del Cód. Civil consagraba un principio que era el de la irretroactividad de la ley, en su

³ MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Tomo I, Ed. TEA, Bs. As., 1979, p. 89. Expuso su opinión en base a la disposición del art. 11 de las “Disposiciones sobre la ley en general”, preliminares del Código Civil italiano, que mandaba simple y textualmente que “la ley sólo dispone para el porvenir, la misma no tiene efecto retroactivo”.

⁴ CNCiv, Sala H, 18/09/2015, “Trigueros, Raúl Omar c/ Vaitech Internacional s/ daños y perjuicios”, voto del Dr. Kiper.

⁵ En la causa “L., R. M. c. J., J. L. y otros s/ ejecución de sentencia - cuadernillo de apelación”, sentenciada en 04.09.14, publicada en DJ del 31.12.14, p. 15.

caso y si el legislador hubiera considerado que debía aplicarse retroactivamente así debería establecerlo en la ley que dictare (sin óbice para su revisión a la luz de los principios constitucionales y la seguridad jurídica), y más allá de tratarse en el caso juzgado de una ley de orden público, en ningún momento disponía su aplicación retroactiva.

En época más reciente la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata ⁶ en controversia que se fundaba en un contrato de seguro, impuso a la aseguradora una multa civil en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, condenando a ella y al tallerista a indemnizar solidariamente el daño moral, cuyo importe elevó. Los jueces decidieron que era pertinente atribuir al nuevo régimen una operatividad inmediata a los principios generales de los contratos y, particularmente, a aquellos que rigen los contratos de consumo.

2.c) La doctrina de los autores.

Se explicó que el régimen que insertó el art. 7 CCCN, se contrae a

que las leyes no tienen efecto retroactivo salvo que en forma expresa disponga lo contrario, no importando si es de orden público o no. El principio de irretroactividad significa que las leyes rigen para el futuro. La nueva legislación no puede volver sobre situaciones o relaciones jurídicas ya terminadas ni sobre efectos ya producidos de situaciones o relaciones aún existentes. En un sistema republicano como el nuestro esto es esencial porque si el legislador se arrogara la facultad de gobernar el pasado e introducir modificaciones en lo ya acontecido se caería en una gran inseguridad jurídica. Nadie estaría seguro si lo realizado en el presente podría ser afectado por una ley posterior. En definitiva la irretroactividad de la ley se impone para sustentar el principio de seguridad y firmeza de las relaciones jurídicas⁷.

La opinión citada conduce a dos conclusiones casi forzosas: (i) las nuevas reglas jurídicas no soportan la aplicación a relaciones fenecidas al amparo de la legislación derogada; y (ii) pero, si sus efectos no se han agotado, rigen en relación a ellos las normas novedosas.

2.d) La cuestión en la relación de consumo.

Las leyes que protegen a los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata.

Ello se justifica porque el art. 7, en realidad, no dispone la aplicación retroactiva de la ley sino su aplicación inmediata a los contratos en curso de ejecución ⁸ y, además, debemos recordar que la LDC es de orden público y, por esa razón, el conflicto quedaría aprehendido por el

⁶ Sala Tercera, integrada por los Dres. Nélica I. Zampini y Rubén D. Gérez, decidió en la causa “V. M. de los A. c/ San Cristóbal Seguros Generales S.A. s/ Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)”, del 9/12/2015.

⁷ DELL’OREFFICE, Carolina y PRAT, Hernán V., *La aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio*, Revista Código Civil y Comercial, Héctor Alegría Director, Año 1, N° 1, La Ley, Bs. As., julio de 2015, ps. 20/21.

⁸ CNCiv, Sala H, 18/09/2015, “Trigueros, Raúl Omar c/ Vaitech Internacional s/ daños y perjuicios”, voto del Dr. Kiper.

principio general de irretroactividad y de inaplicabilidad a los efectos de relaciones o situaciones jurídicas anteriores y resuelto en favor de la norma de orden público frente a la regla supletoria que alude a la voluntad de las partes (arts. 963 y 964, CCCN).

Como se sostuvo

“al ser el principio *pro consumidor* un derecho fundamental, es tributario de las fuentes primarias del ordenamiento jurídico –Constitución, Tratados de Derechos Humanos-, siendo la no regresión un contenido insertado”⁹.

De esta manera, la armonización de esos dos fundamentos, justifica razonablemente el esquema legal que ordena la vigencia inmediata de la nueva ley en la relación de consumo, sin que tenga importancia la distinción entre relaciones en ejecución y agotadas, siempre que mantengan un conflicto interpretativo latente, es decir, si no se han agotado todas las consecuencias o sus efectos.

En conclusión, el art. 7 manda observar las reglas más beneficiosas para los consumidores, sean las antiguas o las sancionadas en su reemplazo, disposición en la que ellos pueden ampararse y los jueces deben atender.

El respeto a la voluntad de las partes, que han celebrado un contrato sujetándose a la ley vigente al momento de su conclusión, impone juzgar esa relación por las disposiciones de la ley reemplazada. En consecuencia de este correcto criterio, es posible argumentar que si se trata de una relación de consumo, en especial si se establece un vínculo durable, “cabe descartar la presunción de una voluntariedad común sobre la remisión a las normas supletorias vigentes”¹⁰. Agregó el destacado Profesor de nuestra Facultad citado que

“por ello, dado, que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo a la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo con lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, procurando interpretar lo que hubieron con justicia pactado las partes de haberlo previsto, parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido de que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor.”

Para finalizar con el aspecto analizado en este apartado, puede recordarse que

⁹ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *La aplicación del artículo 7° del Código Civil y Comercial y el principio ‘pro consumidor’*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015-1, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2015, p. 395.

“es sabido que el punto de inflexión en el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos está dado, precisamente, por las relaciones de consumo, donde campea el principio de protección al consumidor, entendido como la parte más débil de la negociación de esas características, de ahí, que se haya consagrado una excepción a régimen que rige en general para los contratos y se haya dispuesto la aplicación inmediata de las leyes que consagran disposiciones más favorables al consumidor, aún, para las consecuencias de aquellos contratos que se encuentran en curso de cumplimiento, siempre claro está, que por las circunstancias del caso ello no importe una indebida aplicación retroactiva de las nuevas leyes a actos ya consumidos con valor jurídico propio en el pasado ¹¹.”

En conclusión, cuando las nuevas leyes resulten más beneficiosas para los consumidores su aplicación inmediata no puede dejar de hacerse efectiva. La regla general es clara y no realiza distinciones entre aquellas contenidas en el CCCN y la LDC. Pero de ello surge otra duda: ¿las disposiciones del CCCN en esta materia también son de orden público? Nos inclinamos por admitir esa calidad porque los derechos de los vulnerables deben interpretarse en un sentido actual que conduce a garantizar su efectiva vigencia y a reconocer su efecto expansivo.

III. Asiento jurídico de la aplicación del daño punitivo.

El art. 52 bis LDC expresamente dispone que 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 art. 47, inciso b) de esta ley.

Mucho se ha reflexionado acerca de la naturaleza -cuestión ajena al comentario que aquí elaboramos- y de los criterios que justifican su imposición por el juez a pedido de parte. Este último problema estaba incorporado al conflicto que se solventó en la sentencia del Supremo Tribunal y es evidente que por su trascendencia merece un atento examen analítico. Como el

¹⁰ TARABORRELLI, José N., *Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código*, La Ley 2015-E, 635.

espectro de posibilidades es extremadamente amplio, nos limitaremos a esbozar algunas de las razones que se han dado para desentrañar en qué casos corresponde la aplicación del daño punitivo.

Antes de examinar con detenimiento dichos pensamientos, resulta de utilidad recordar que se asignó a la multa civil en la doctrina y muchos precedentes jurisprudenciales una triple función: a) sancionatoria; b) reparatoria; y c) preventiva, aspectos sobre los que no abundaremos acá porque exceden el marco del presente estudio¹².

1. El mero incumplimiento de las obligaciones. Responsabilidad objetiva.

Opinó el Dr. de Lazzari que “la norma es clara en cuanto a que exige para su aplicación un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos”.

Este criterio, que se asienta en la interpretación literal del artículo, es -no obstante su sencillez- minoritario.

Entre los motivos que conducen a descartarlo podemos advertir que la infracción de normas legales o contractuales es un estándar impreciso y que puede conducir a resultados que exorbiten el fundamento mismo del daño punitivo. La cuestión puede plantearse del siguiente modo

la redacción del art. 52 bis del estatuto del consumidor ha sido conceptuada como insuficiente o, al menos, que habilita interpretaciones disímiles en tanto sólo exige para la procedencia de la aplicación de la multa civil que se constate que el proveedor (descrito por el art. 2 LDC, que se complementa con la

¹¹ UZAL, María Elsa, *Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal, con especial referencia al Derecho Internacional Privado*, Revista Código Civil y Comercial, Año 1, N° 1, La Ley, julio de 2015, p. 53.

¹² Véanse en el orden nacional los profusos precedentes de la CNCom, Sala F, “Bava Mónica Graciela y otras c/ ALRA SA y otro s/ ordinario” del 19/06/18; “Vega Gustavo Javier c/ MasterCard SA y otros s/ ordinario” del 29/08/17; Feurer Eva y otro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario” del 22/08/17; “López Bausset Matías c/Automilenio S.A. y otro s/ ordinario” del 12/07/17; “López Hernán Javier c/ Forest Car SA y otros s/ sumarísimo” del 12/07/17; “Martínez Aranda Jorge Ramón c/ Plan Ovalo SA de Ahorro P/F Determinados y otro s/ ordinario del 27/04/17; “Robledo Brigo Adán c/ Fiat Auto Argentina SA y otros s/ ordinario del 14/02/17; “Berrio Gustavo Osvaldo y otro c/ La Meridional Compañía de Seguros SA s/ ordinario” del 15/12/16 “Formigli, Eduardo c/ Auto Zero SA s/ ordinario” del 4/06/15; “Vazquez, María Dolores y otra c/ Ford Argentina S.C.A. s/ ordinario” del 2/07/15; y “Rodríguez Daniel Fabián c/ Aseguradora Federal Argentina S.A. s/ ordinario” del 5/12/17; entre muchos otros.

descripción subjetiva que contiene el art. 1093 CCCN) ha incumplido sus obligaciones legales o contractuales, siempre bien entendido que debe vincularse con una relación de consumo ¹³.

El factor imputativo residiría en el riesgo del obrar o comportamiento sin que resulte necesario examinar la conciencia del dañador ¹⁴. También se dijo que el art. 52 bis, no requiere que esté presente una relación de causalidad entre el obrar incumplidor y cualquier daño que pueda haber sufrido o no el consumidor, dado que los daños punitivos no tienen vinculación alguna con la reparación, por tener naturaleza jurídica distinta y por resultar el consumidor ajeno a la potestad conferida al juez. Por esa razón es equivocada la postura que pareciera limitar exclusivamente a la existencia de culpa grave o dolo la imposición de instituto analizado ¹⁵.

La expuesta es la línea argumental que siguió la sentencia analizada en este trabajo. El daño punitivo procede, en todos los casos, cuando medie un simple incumplimiento, legal o contractual, del proveedor y sin que adquiera relevancia la gravedad de la conducta o se vincule con la entidad del daño ni resulte pertinente explorar la eventual actuación con culpa o dolo de aquel.

No podemos dejar de señalar que esta tesis conduce a una especie de “automatismo” en razón de que, si se comprueba un incumplimiento, debe admitirse la aplicación de la multa civil pedida por el afectado sin otras indagaciones.

Esta posición frente al problema es francamente desmesurada.

En un comentario elaborado en base a este mismo precedente se señaló que, sin perjuicio de la adhesión a la denominada “tesis amplia”, es decir, aquella que sólo exige un incumplimiento legal o contractual del proveedor para admitir el daño punitivo pedido por el consumidor lesionado, se sostuvo que

la lectura del Máximo Tribunal coincide en una mirada literal de la norma y, en este sentido, mal puede ser tildada de equívoca, pues no hace más que replicar los términos de ésta. Ahora bien, esta conclusión del cuerpo en cierta manera se relativiza a poco que se completa la lectura del pronunciamiento, pues en una serie de sus pasajes y en los sucesivos votos de los ministros se deja de manifiesto un análisis sobre la subjetividad de la entidad financiera demandada y condenada ¹⁶.

¹³ BARREIRO, Rafael F., *El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240*, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 3, La Ley, junio de 2014, ps. 123/135.

¹⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El daño punitivo y la interpretación económica del derecho*, RDPyC, 2011-2 “Daño punitivo”, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 158.

¹⁵ ALVAREZ LARRONDO, Federico M., *Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación*, diario La Ley del 29/10/10, p. 10.

¹⁶ RASCHETTI, Franco, *Daños punitivos y factor de atribución. Dos aplicaciones particulares del precedente "Castelli" de la Suprema Corte bonaerense*, LA LEY 2019-D, 335; Cita Online: AR/DOC/2034/2019.

Pero sin desmedro de los distintos fundamentos que inspiraron la resolución judicial comentada, la doctrina que fluye de ella impone admitir la aplicación del daño punitivo en los estrictos términos del art. 52 bis LDC.

1.a) El daño punitivo compensatorio de daños extraordinarios.

La multa civil es independiente de cualquier otra indemnización que pueda reconocerse al consumidor. Y, siendo así, se puede pensar que se trata de una indemnización duplicada que podría encuadrarse en la noción de enriquecimiento incausado que está reprobado por el CCCN con una intensidad tal que hasta puede asignársele una ubicación específica dentro de los principios generales del derecho patrimonial privado.

En un intento de superar esta aparente contradicción se ha postulado que mientras la indemnización del daño refiere a la reparación de los riesgos normales, la multa civil tiende a compensar los daños extraordinarios, que surgirían del exceso del riesgo socialmente aceptable generado por la apetencia de aumentar los beneficios y considerándose a la actividad económica como intrínsecamente riesgosa ¹⁷.

1.b) La represión de una conducta socialmente intolerable.

Otra referencia exige que se haya cumplido una actuación objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio ¹⁸.

La objetividad en esta concepción deriva de la mera comprobación de haberse obrado con desprecio de los derechos e intereses ajenos sin otro aditamento. En pocas palabras, si se verificó una conducta simplemente desaprensiva que pueda traducirse en un desinterés por la consecuencias que de ella emanan, procede aplicar la sanción legal.

Seguidamente estudiaremos las teorías adversas a la aplicación literal del art. 52 bis LDC.

2. Posturas subjetivas.

Puede consultarse un somero repaso de estas opiniones en un muy conocido precedente de la provincia de Córdoba ¹⁹.

Un tribunal entrerriano decidió ²⁰ que, frente a la amplitud y vaguedad del texto de la norma, la doctrina se ha encargado de interpretarlo y de precisar los requisitos que hacen a la

¹⁷ LOVECE, Graciela Isabel, *Los daños punitivos en el derecho del consumidor*, publicado en La Ley ejemplar del 8/7/10, p. 3, pto. 6.

¹⁸ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *Actuaciones por daños*, Bs. As., Hammurabi, 2004, pág. 332.

¹⁹ Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, 15/09/14, “Teijeiro (O) Teijeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. - Abreviado - Otros - Recurso De Apelación - Recurso De Casación” (Expte. 1639507/36 – “T” 14/12), publicado en

²⁰ CCyC Concordia, Sala I, 6/12/12, “Zapata, Juan Pablo c/ Telecom Argentina SA s/ sumarísimo (Civil)”.

procedencia de la figura, aplicando criterios seguidos en el derecho comparado; por lo que no alcanza con el mero incumplimiento de una obligación legal o contractual sino que tal inconducta debe ser particularmente grave, consciente, deliberada y temeraria, caracterizada por mediar culpa grave, dolo o al menos una grosera negligencia que haya generado una lesión o daño en el consumidor o la obtención indebida de una ventaja por parte del proveedor, o bien consista en el abuso de una posición de poder que evidencie un menosprecio grave a derechos individuales o de incidencia colectiva ²¹.

Como se decidió en la Provincia de Tucumán, en consecuencia de los propósitos que la ley tiene en vista, la determinación de la multa civil debe tener en consideración que su aplicación “responde a una causa distinta a la reparación integral del daño causado, esto es la necesidad de instituciones sancionatorias y preventivas que desalienten estas conductas desaprensivas y antisociales de las empresas y nada obsta que el destino de la multa impuesta sea para la principal víctima de este tipo de actos que es el consumidor. El instituto que analizamos no está destinado indemnizar daños concretos, sino a proteger a la sociedad toda de estas conductas recalcitrantes y el hecho de que la multa sea destinada al consumidor no la vuelve inconstitucional. Debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, sino que en la sociedad actual es imprescindible desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo, otorgando un plus a quien denuncia y persigue judicialmente tales actos” ²².

También en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires se ha dicho que “al presente esta postura se impone en la jurisprudencia nacional que, en forma ampliamente mayoritaria, considera que el mero incumplimiento de la normativa no basta para que proceda la aplicación de la multa civil, propugnando una interpretación sistemática del texto legal. En ese sentido, se señala que para la configuración del daño punitivo debe concurrir un elemento subjetivo agravado en la conducta del proveedor de bienes o servicios, que se traduce en culpa grave o dolo, negligencia grosera, actitud temeraria o notorio menosprecio por los derechos ajenos, así como un elemento objetivo consistente en un daño que por su gravedad,

²¹ PICASSO, Sebastián-VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Tº I, La Ley, Bs. As., 2009, pág. 621/622 y 624/626.

²² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común del Centro Judicial de la Capital de la Provincia de Tucumán, Sala II, 27/07/17, voto de la Dra Leone de Cervera en autos “Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios”.

trascendencia social o repercusión institucional demande la imposición de una sanción ejemplar”²³.

La jurisprudencia nacional señaló que legislación argentina incorpora en el art. 52 LDC la figura del “daño punitivo y si bien es cierto que fue criticado el alcance amplio con el que fue legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado, en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella exterioriza menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva”²⁴.

2.a) El daño causado con intención.

Como está dispuesto por el art. 52 bis LDC, el daño punitivo requiere necesariamente el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales. Se ha dicho que la trasgresión de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva porque debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, que en su consecuencia se obtengan enriquecimientos indebidos derivados del incumplimiento o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva²⁵.

A esa conclusión se llega por vía de la remisión que el propio art. 52 bis efectúa al art. 47, en orden a la cuantificación de la multa civil. El art. 49 de la ley 24.240 dispone que en la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

²³ Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “Curry, Paula V. c. Transportes Automotores Plusmar SA y otros s/ daños y perjuicios”, LA LEY 06/07/2017, 7; AR/JUR/24667/2017. Más recientemente véase el fallo de la Sala II del 6/06/2019, en la causa “Peralino, Ana c. Salinas, Pablo A. y otros s/ daños y perjuicios autom. c. les. o muerte (exc. Estado)”. La Sala III, en 11/06/2019, en el expediente “Taliercio de Iorio, Fiorella c. Telecom Personal SA y Buscom SA s/ daños y perjuicios. Incumplimiento contractual”, aunque no consideró procedente la aplicación de multa civil, también discutió sobre la concurrencia de un factor de atribución.

²⁴ CNCom, Sala B, 14/06/2017, “Callejo, Diego A. c/ Volkswagen SA de Ahorro p/f determinados y otro s/ sumarísimo”.

De allí que, como ha sido juzgado, para establecer no sólo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el artículo 49 de la ley. Adviértase que, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma ²⁶.

En esta misma interpretación discurrió el Dr. Pettigiani, quien expresamente señaló que “el art. 52 bis de la ley 24.240 trasciende el mero caso individual. Su cuantificación -como se aprecia en autos- ha tomado en cuenta los perjuicios sociales derivados de la infracción, la reparación social de la conducta -desmantelando sus beneficios subsistentes para el infractor-, así como ha atendido a los eventuales reclamos que otros consumidores, afectados en forma semejante al actor por las prácticas abusivas u obrar ilícito del accionado, podrían haber realizado y por diversas razones no llevaron a cabo. Es posible así aseverar que al lado de la función estrictamente sancionatoria de la multa, encaminada a restablecer un trato digno al consumidor afectado, se yerguen -incluso con mayor entidad- sus funciones preventiva, ejemplificadora y disuasoria, dirigidas a preservar los niveles de precaución deseables socialmente. Estas últimas importan la consideración de circunstancias por las cuales también se justifica sancionar al demandado por su conducta desplegada no solamente en perjuicio del actor, sino de la sociedad en general, procurando la completa reposición de la situación (tanto del damnificado como del responsable) a su estado anterior al hecho ilegítimo (conf. art. 1083 y concs., Cód. Civ.), desbaratando los beneficios obtenidos por el último y disuadiéndolo de conductas similares en lo sucesivo”.

2.b) El financiamiento mediante el daño causado al consumidor.

Cuando los proveedores emplean esta práctica lesiva de los derechos ajenos en la relación de consumo de *modo permanente* y como una forma de financiarse mediante sus consumidores ²⁷, están incurriendo evidentemente en una infracción intencional que justifica la aplicación de la multa civil en una perspectiva subjetiva que impone valorar especialmente la conducta observada.

Por esa razón, si mediante la provocación de daños se obtiene una especie de financiación emergente de ganancias que deben considerarse ilícitas, reaparece una de las finalidades

²⁵ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor*, JA 2008-II-1198; también PIZARRO, Ramón D.-STIGLITZ, Gabriel, *Reformas a la ley de defensa del consumidor*, LL 2009-B, 949.

²⁶ Véase CNCom, Sala F, 2/7/13, “Iglesias, Lucas Daniel c/ Aseguradora Federal Argentina SA s/ sumarísimo”.

²⁷ COLOMBRES, Fernando Matías, *Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa*, DJ 19/10/11, p. 1.

primordiales de la multa civil, la disuasión de conductas futuras de la misma clase y su consecuencia es

hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; puesto que ningún sistema preventivo ha de resultar eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que supera al peso de la indemnización. Con lo cual se procura inducir una amenaza disuasoria, que constriña a adoptar precauciones impeditivas de lesiones análogas, o a abstenerse de desplegar conductas desaprensivas²⁸.

Pensamos que no es lógico abandonar la protección de los vulnerables permitiendo a los infractores gozar de los beneficios que pudieran haber obtenido mediante conductas prohibidas y que la indemnización debe fijarse con consideración de las ventajas adquiridas con atención de la gravedad de los hechos.

Como argumentó el Dr. Pettigiani, si se desvirtúa la medida de la función social del instituto, se estaría beneficiando al sujeto afectado con la percepción de una suma dineraria proveniente de la sanción, motivada no solamente en el gravamen individual padecido, sino asimismo en la incidencia colectiva producida por tales prácticas desarrolladas con absoluto menosprecio del prójimo.

2.c) Conclusión.

A modo de síntesis, puede recordarse con otro Profesor de esta Facultad coincidiendo en

“que la disposición del art. 40, también basilar en la materia como fue antes reconocido, podría entenderse referida a los daños o al peligro a que esté expuesto el consumidor o usuario como consecuencia de la actividad riesgosa que emprendió el proveedor. Pero ella no reviste en todos los casos e invariablemente ese carácter. Es cierto que el desequilibrio que presentan las relaciones de consumo en desmedro del consumidor, principalmente por su vulnerabilidad que deriva de los distintos grados de conocimiento y experiencia, impone una apreciación en el sentido más favorable hacia el jurídicamente débil; tal es lo que exigen el art. 3 –mediante una interpretación principista- y el art. 37 –en el acotado marco contractual- como es sabido. Pero la defensa de los derechos de los vulnerables no puede extenderse, además de la justa e íntegra reparación que asignen los jueces, más allá de lo que el propio obrar autorice. Por ese motivo es prudente exigir la concurrencia del factor de atribución de responsabilidad subjetivo para aplicar la multa civil. La equidad no se opone a ello. No se debe presumir que esta interpretación conduce a desproteger a los consumidores; antes bien, esa suerte de automatismo sostenido frente a cualquier clase de incumplimiento podría generar una reacción en sentido contrario. En realidad, es posible señalar que la respuesta se encuentra en el propio texto del art. 52 bis, que concibe la aplicación de la multa civil como mera facultad del juez ejercida a pedido del consumidor perjudicado y no como una obligación. Encuadrada la cuestión en este ámbito, el de la mesurada discrecionalidad

²⁸ TRIGO REPRESAS, Félix A., *Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361*, La Ley ejemplar del 26/11/06, p. 1.

judicial, se aprecia que la LDC confiere una opción que se adoptará en base a algún elemento que se asiente en la relevancia del incumplimiento, porque de otro modo la solución quedaría librada a la sola volición del magistrado. En otros términos, si la responsabilidad es objetiva y el antecedente de la multa civil fuera únicamente cualquiera de los incumplimientos aludidos por el art. 52 bis, ninguna valoración correspondería hacer y la decisión judicial no sería más que una simple preferencia antojadiza e irrazonable”²⁹.

Estimamos que, como lo hace la mayoría de los fallos y autores especializados, esta es la línea argumental correcta.

IV. El destino de la condena.

El Dr. Pettigiani, con la adhesión de los Dres. Soria y Natiello, señaló que considerando el expreso texto del art. 52 bis de la ley 24.240, que dispone el destino de la multa a favor del consumidor, su aplicación al caso concreto, cuando la estimación de aquélla incluya su componente por el perjuicio social causado, debe llevar a distribuir su producido de forma tal que puedan ser cumplidos todos los objetivos y fines del instituto. Así, la razonabilidad de la fijación y cuantificación de la sanción debe analizarse a la luz de las circunstancias tenidas en cuenta a tal fin. Por lo que en estos casos no podría favorecerse a la víctima con la percepción de una compensación mayor a la derivada de la incidencia de la infracción sobre su persona (conf. arts. 16, 21, 499, 502, 530, 907, 953, 1037, 1068, 1069, 1071, 1077, 1079, 1109, 1137, 1167, 1197, 1198 y concs., Cód. Civ.), ni quebrarse el principio de igualdad al postergarse a similares damnificados que pudieran obtener sentencia con posterioridad. Por ese motivo corresponde efectuar una prudente reasignación de las sumas derivadas de la multa impuesta a la demandada, de modo que el destino de parte de los fondos involucrados sea dirigido a medidas de fomento de los derechos de los consumidores en el ámbito provincial, sea en acciones de educación, información y difusión del ordenamiento jurídico protectorio, de las prácticas abusivas usuales, como de los mecanismos de defensa que se encuentran disponibles para su neutralización.

En base a esas consideraciones, propuso –a fin de que la multa civil contemple asimismo el necesario incentivo para que el reclamante haya instado el trámite- reconocer a la accionante el 20 % de aquélla, mientras que el porcentaje restante deberá ser dirigido al destino

²⁹ BARREIRO, Rafael F., *El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240*, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 3, La Ley, junio de 2014, ps. 123/135.

especificado en el párrafo anterior, a cuyo fin deberá oficiarse a la Dirección Provincial de Comercio dependiente de la Subsecretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires (arts. 1, 31, 33, 42, 75 incs. 12 y 22 y concs., Const. nac.; 1, 10, 11, 15, 38 y concs., Const. prov.; 1, 2, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y concs., ley 13.133; 1, dto. 1036/04; 1, dto. 1986/06).

Esa decisión nos conduce a una interesante discusión que, sin perjuicio de tener expresa referencia legal, está muy lejos de haber concluido y que consiste en averiguar si puede estimarse razonable atribuir la cantidad que se fije únicamente en favor del consumidor.

1. El destino ordenado por el art. 52 bis LDC.

Mencionamos antes que el ordenamiento de defensa de los consumidores establece como destinatario de la multa civil al consumidor o usuario que haya requerido su fijación.

Creemos que la disposición tiene una justificación evidente, que consiste en alentar la promoción de reclamos por los consumidores y -con asiento en la triple función que cumple el daño punitivo: reparación, prevención y disuasión- como contracara conduce a evitar la reiteración de incumplimientos con aptitud de dañar de los proveedores.

El primer propósito, que es el que más ha sido cuestionado, no es en sí mismo censurable porque pone en primerísimo plano la iniciativa de los consumidores afectados. La cuestión es todavía más clara si se recuerda que la aplicación de la multa civil puede ser requerida por las asociaciones de consumidores que actúen en defensa de intereses colectivos, es decir, derechos individuales homogéneos, como los describió la Corte Federal.

La finalidad de incentivar el control judicial de conductas reprobadas por el sistema jurídico mediante la promoción de las acciones pertinentes, queda ligada con el otro aspecto que hemos señalado, porque sea que el proceso tenga un contenido individual o colectivo, es obvio que la sentencia condenatoria producirá un efecto disuasivo.

El destino exclusivo, en nuestra opinión excesiva e inapropiadamente criticado desde diversos ángulos, ha encontrado justificación en que debe privilegiarse el altruismo que importa denunciar graves inconductas en la producción o comercialización de bienes por sobre la impunidad del dañador ³⁰.

³⁰ SPROVIERI, Luis E., *La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino*, JA 2010-IV-935.

Un precedente jurisprudencial de la Provincia de Buenos Aires ³¹ fijó un criterio general de apreciación que consideramos valioso: “la norma es constitucional, toda vez que los daños punitivos se encuadran dentro del derecho protectorio del consumidor que tiene por objetivo un esquema de disuasión que persigue incentivar al proveedor de bienes y servicios para que lleve a cabo una actividad productiva de una manera socialmente eficiente, tratando de evitar la producción de daños a las personas y a la sociedad”; ello porque precisamente es la “discrecionalidad judicial la que permite una interpretación conforme a la Constitución”.

2. Las críticas al régimen vigente.

En un fallo que ya ha sido citado en este trabajo se expresó que “el destino privado de la multa, con el consiguiente enriquecimiento sin causa de la víctima, al carecer de una causa ético-jurídica –como lo es el interés público de la sanción– que justifique el empobrecimiento del sancionado, indudablemente afecta el derecho de propiedad de este último garantizado constitucionalmente, al permitir una infundada e irrazonable disminución de su patrimonio, violentando el derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional. Desde 1925, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene decidido que: “Las palabras 'libertad' y 'propiedad', comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad” (CSJN, *Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital*, 1925, *Fallos* 145:307, entre otros)”. Se propuso en consecuencia la inconstitucionalidad parcial del art. 52 bis ³².

Son dos entonces los principales reparos formulados: (i) la doble sanción y (ii) el enriquecimiento injustificado del consumidor que examinaremos a continuación.

2.a) La duplicación sancionatoria.

Para sostener esta posición se argumenta que podría vulnerarse el principio de no sancionar dos veces un mismo hecho que resulta típico del Derecho Penal. Se vincula estrechamente con el aspecto que analizaremos después.

³¹ Voto de la Dra. Zampini, vocal de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, en la causa “V. M. de los A. c/ San Cristóbal Seguros Generales S.A. s/ Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)”, del 9/12/2015.

³² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común del Centro Judicial de la Capital de la Provincia de Tucumán, Sala II, 27/07/17, voto del Dr. Moisés en la causa “Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios”. La sentencia se dictó en base al criterio mayoritario que juzgó constitucional el destino que establece el art. 52 bis.

Sin embargo, la multa civil del art. 52 bis LDC no tiene esa naturaleza o, como mínimo, responde además al cumplimiento de otros objetivos –prevención y disuasión– que ya referimos. De cualquier manera, como creemos que es una reglamentación válida de las garantías que consagra el art. 42 de la Constitución Nacional, no parece causar algún perjuicio injustificado al infractor.

En concordancia con lo que recién señalamos, se decidió que el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, que consagra el instituto del daño punitivo, no se encuentra en pugna con la Constitución Nacional, pues la punición en el Derecho del Consumidor no tiene la misma estructura que la sanción penal, vinculada a la prevención o represión del delincuente, sino que se expresa por la función de tutela que la ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedoras de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley referida. El propósito punitivo del instituto establecido en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor no le otorga sin más el carácter penal, ya que el Derecho de daños puede y debe cumplir una finalidad de esta índole, la que no es excluyente del Derecho Penal. Las sanciones civiles, tales como el daño punitivo, se aplican como castigo a un infractor de una norma civil, conteniendo una finalidad ejemplificadora y moralizadora, a los efectos de prevenir conductas similares que afecten los derechos de los consumidores³³.

2.b) El enriquecimiento incausado.

Se considera que la multa establecida en favor del consumidor afectado resultaría lesiva del derecho de propiedad del proveedor.

Ello se produciría porque la indemnización que se concede al consumidor excedería los límites del daño causado, porque debe agregarse la multa civil a otros rubros admitidos por el mismo hecho y, también, se establecería una preferencia respecto de los otros posibles perjudicados por idéntica causa, generándose una desigualdad basada exclusivamente en la oportunidad en que se dicte cada pronunciamiento³⁴.

No obstante, como se ha postulado

“la doctrina relativa al hipotético enriquecimiento a expensas del proveedor difícilmente supere un estándar lógico de interpretación del art. 52 bis, porque –precisamente– su finalidad es sancionatoria y

³³ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, 10/05/2016, “Defilippo, Darío Eduardo y Otro c. Parra Automotores S.A. y Otro s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato - recurso de casación e inconstitucionalidad”, LLC 2016 (julio), 384; Cita Online: AR/JUR/25136/2016.

³⁴ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2009, p. 563.

preventiva de modo que su determinación en favor del consumidor no carecería estrictamente de causa. A propósito de ello, debe precisarse que la regla mencionada –en tanto apunta a evitar la reiteración de una actuación negligente o desaprensiva frente a los consumidores- no puede ser cuestionada en su esencia porque se destine el importe de la multa civil íntegramente al actor, sea éste damnificado o colocado en situación de peligro, especialmente si se tiene en cuenta que integra la garantía constitucional reconocida en el art. 42, párrafo tercero, que impone a las autoridades públicas el diseño legislativo de procedimientos –noción que debe entenderse aquí en forma amplísima- eficaces para la prevención de conflictos”³⁵.

En verdad, no estimamos que se duplique la indemnización ni que el afectado se enriquezca. Pero tampoco puede desconocerse que conferir un destino parcialmente distinto podría potenciar la utilidad del daño punitivo, tal como fue sugerido por el Dr. Pettigiani.

2.c) Los otros destinos eventuales.

Las variantes sugeridas para identificar a los beneficiarios son diferentes. Las mencionaremos:

- (i) el consumidor dañado y algún organismo estatal u ONG. El primero sería el principal beneficiado;
- (ii) otros eventuales damnificados. Se constituiría un fondo para indemnizar a todos los afectados;
- (iii) fondos especiales con afectaciones especiales. En especial, aquellos referidos a la educación, asesoramiento y defensa de los consumidores; y
- (iv) el destino que determine el juez en el caso concreto.

Recuérdese que el Dr. Pettigiani postuló reconocer el 20% al consumidor y el 80 % restante se asignaría a la Dirección Provincial de Comercio dependiente de la Subsecretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires. Claramente se enroló en el pensamiento que identificamos como (i), excluyendo la aplicación estricta del art. 52 bis.

V. Conclusiones

Proponemos las siguientes conclusiones que sugiere el provechoso precedente que hemos comentado:

1. Las nuevas leyes se aplican a todas las relaciones jurídicas que no haya agotado íntegramente sus efectos solo si resultan más beneficiosas para los consumidores.

³⁵ BARREIRO, Rafael F., *La constitucionalidad del destino de la multa Civil de la Ley de Defensa del Consumidor*. LA LEY ejemplar del 6.09.17, ps. 4/8.

2. La aplicación del daño punitivo es un mecanismo adecuado para consagrar la vigencia del régimen protectorio, que no se agota en el texto de la LDC.
3. El incumplimiento legal o contractual es el antecedente necesario para la aplicación de la multa civil.
4. Directa o indirectamente debe existir un factor de atribución para apreciar la conducta del proveedor y graduar la sanción.
5. La indemnización por daño punitivo, que se suma a las demás que se admitan por decisión judicial, no infringe garantías constitucionales.
6. El juez debe evaluar su determinación en base a un criterio de razonabilidad, evitando causar perjuicios irreparables al proveedor sancionado.
7. El destino exclusivo en beneficio del consumidor, sin perjuicio de su adecuación constitucional, puede y debe revisarse para incrementar la utilidad del instituto.

Bibliografía

ALVAREZ LARRONDO, Federico M., *Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación*, diario La Ley del 29/10/10.

BARREIRO, Rafael F., *El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240*, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 3, La Ley, junio de 2014.

BARREIRO, Rafael F., *La constitucionalidad del destino de la multa Civil de la Ley de Defensa del Consumidor*. LA LEY diario del 6.09.17.

COLOMBRES, Fernando Matías, *Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa*, DJ 19/10/11.

DELL'OREFFICE, Carolina y PRAT, Hernán V., *La aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio*, Revista Código Civil y Comercial, Héctor Alegría Director, Año 1, N° 1, La Ley, Bs. As., julio de 2015.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *La aplicación del artículo 7° del Código Civil y Comercial y el principio 'pro consumidor'*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015-1, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2015.

HIGHTON, Elena, comentario al *Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino*, RDPC, Rubinzal-Culzoni, Número extraordinario, *Claves del Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, 2015.

ITURBIDE, Gabriela A. y PEREIRA, Manuel J., *Efectos de la aplicación de la ley en el tiempo con relación a los derechos reales y a los privilegios*, Revista Código Civil y Comercial, Héctor Alegría Director, Año 1, N° 1, La Ley, Bs. As., julio de 2015.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor*, JA 2008-II-1198.

LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2009, p. 563.

LOVECE, Graciela Isabel, *Los daños punitivos en el derecho del consumidor*, publicado en La Ley ejemplar del 8/7/10.

MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Tomo I, Ed. TEA, Bs. As., 1979.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El daño punitivo y la interpretación económica del derecho*, RDPyC, 2011-2 "Daño punitivo", Rubinzal-Culzoni Editores.

PICASSO, Sebastián-VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, T° I, La Ley, Bs. As., 2009.

PIZARRO, Ramón D.-STIGLITZ, Gabriel, *Reformas a la ley de defensa del consumidor*, LL 2009-B, 949.

RASCETTI, Franco, *Daños punitivos y factor de atribución. Dos aplicaciones particulares del precedente "Castelli" de la Suprema Corte bonaerense*, LA LEY 2019-D, 335; Cita Online: AR/DOC/2034/2019.

SPROVIERI, Luis E., *La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino*, JA 2010-IV-935.

TARABORRELLI, José N., *Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código*, La Ley 2015-E, 635.

TRIGO REPRESAS, Félix A., *Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361*, La Ley ejemplar del 26/11/06.

UZAL, María Elsa, *Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal, con especial referencia al Derecho Internacional Privado*, Revista Código Civil y Comercial, Año 1, N° 1, La Ley, julio de 2015.

ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *Actuaciones por daños*, Bs. As., Hammurabi, 2004.