

Los primeros diez años de los daños punitivos.

Apuntes críticos al anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor.

No dejemos que sean los últimos.

Sumario: a) Presentación – b) Evolución de la teoría general de la reparación – c) La ética de los Daños Punitivos. – d) La opinión doctrinaria mayoritaria. – e) La opinión aislada de Sebastián Picasso. – f) Nuestra opinión crítica al pensamiento de Picasso. – g) Los Daños Punitivos en el anteproyecto de reforma de ley de defensa del consumidor. - h) Reflexiones finales: el triunfo de las minorías es una forma invertida de la democracia. – i) Terminaciones.

a.- Presentación. Este instituto, de tradición sajona, ha sido incluido en nuestro ordenamiento por la ley 26.361 (art. 52 bis LDC).¹ A pesar de haber pasado más de diez años desde su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico (marzo de 2008) la procedencia, la extensión y aun la aplicación de los daños punitivos (DP) sigue siendo un tema sumamente controvertido en la doctrina y vacilante en la jurisprudencia. La polémica se entiende porque la aparición de los DP en nuestro sistema normativo marca otra clara ruptura con las teorías tradicionales.

En ese orden de ideas, no puede soslayarse que la existencia de los daños punitivos en nuestro ordenamiento afecta la teoría general de la reparación. Es que, hace más de un siglo la teoría clásica enseña que reparar es volver las cosas al estado anterior al daño. Para esta concepción, todavía fuertemente enraizada en nuestra escuela, todo premio que supere ese valor, equivalente a reparar el daño sufrido, no es

¹Art. 52 bis. *Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.*

una indemnización, sino un enriquecimiento sin causa en perjuicio del agente dañador.

Ese concepto indemnizatorio, que actualmente se conoce con el giro idiomático de reparación plena², es el que, en última instancia, desafían los DP. Los punitivos no se proponen volver las cosas al estado anterior al daño, sino la aplicación de un castigo económico grave al agente dañador (la doctrina prefiere usar la expresión 'pena privada'). Esa punición, que en principio puede ser apreciada como un premio para la víctima es, en realidad, un estímulo negativo para que los proveedores realicen mayores esfuerzos tendientes a que los productos y servicios que ofrecen sean menos riesgosos para las personas que los requieran.

Ahora bien, ese estímulo de base negativa sólo funciona si la punición es tan elevada que para evitarla el agente tenga que realizar fuertes inversiones en materia de seguridad de sus productos y servicios. Por más que los teóricos del derecho nos esforcemos en gastar coloridas ocurrencias, lo cierto es que ningún empresario va a gastar importantes sumas de dinero si no tiene un fuerte incentivo económico para realizar la inversión. Pues bien: la aversión a recibir daños punitivos es, justamente, ese incentivo que pone en marcha la necesidad de invertir.

Matilde Zavala de González explica que los DP tienden a desactivar los llamados *daños lucrativos* que ocurren cuando el padecimiento de la víctima se convierte en un provecho para el ofensor. Esto significa, ni más ni menos, que el daño (lucrativo) forma parte de la ecuación de rentabilidad de ese negocio espurio.

En ese orden de ideas, es lógico pensar que cuando la indemnización es más barata que optimizar una determinada prestación será más lucrativo pagarla que invertir para evitar los daños. Exactamente esa es la finalidad última de los daños punitivos: destruir las ecuaciones nocivas de costo y beneficio entre el daño ocasionado, los costos indemnizatorios y la rentabilidad de un negocio.

Los DP tienen una estructura formal y lógica siempre subordinada a una estimación de rentas y provechos económicos. Sin embargo, el instituto recibió todo

² El objetivo de la reparación plena se plasma en cuatro pautas que deben ser tenidas en cuenta en el caso concreto: el daño debe ser fijado al momento de resolver, la indemnización no debe ser inferior al perjuicio sufrido, la apreciación debe efectuarse en concreto, y la reparación no puede ser mayor al daño padecido. (Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T° VIII, p.259)

tipo de críticas que se reparten entre ideológicas, injustas, cínicas e ingenuas. Todo a gusto del operador jurídico de turno.³ Empero, lo real es que en el mundo más desarrollado los DP han sido de gran provecho para el mejoramiento de las relaciones de consumo en sociedades que, dicho sea de paso, son sociedades de consumo.

B.-Evolución de la teoría general de la reparación. La ley 17.711 amplía los rubros indemnizables y el daño moral previsto el art. 1078 CC. Asimismo, incorpora los factores objetivos de atribución (FOA) de responsabilidad que, al menos en forma indirecta, actúan como un estímulo para evitar daños. Como bien dice Ghersi, esa reforma puso al ordenamiento jurídico frente a una nueva realidad que exigía cambios profundos en la teoría general de la responsabilidad, así, lentamente, se fueron abriendo paso los llamados factores objetivos de atribución de responsabilidad.⁴

Los factores objetivos de atribución fueron pioneros en lo que ahora se conoce como instrumentos preventivos de los daños. Es bastante obvio razonar que cuando los individuos saben o intuyen que les será más difícil evadir su responsabilidad los factores objetivos actúan como un estímulo para prevenir los daños.

Los FOA, como otras herramientas jurídicas que hacen más difícil evadir los costos indemnizatorios, actúan sobre el pensamiento más racional del sujeto creando una suerte de conciencia o percepción. Normalmente, el individuo, puesto en esa situación, tiende a pensar más o menos así: *dado que lo más probable es que resulte ser declarado responsable ante la sola ocurrencia del daño, lo más conveniente, en términos económicos, es que el daño no ocurra.* Cuando el *no-daño* es la única salvaguarda del agente, su actividad tendiente a evitarlos se incrementa y, casi automáticamente, la dañosidad disminuye.

³ Ello apunta, básicamente, a destruir la racionalidad económica que permitió que el daño se ocasionara. Era más rentable dejar que el perjuicio se produjera que prevenirlo; el daño punitivo arruina este negocio y permite prevenir. (Zavala de Gonzáles, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2016, T° II, p. 714).

⁴ Una segunda etapa, acorde con las consecuencias de la revolución industrial y la modernidad (no la edad moderna) y que repercutió en la reforma del Profesor Borda de 1968 es la incorporación de los factores objetivos de responsabilidad -1071; 1198; 1113; 2618, etc.– que le dieron al Código Civil una modernidad que constituyó un acierto y lo colocó frente a la realidad, así como la implícita regulación de los contratos de adhesión (art. 954 C. C.) o los límites al derecho de propiedad (art. 2513C. C.), etc. (Ghersi, Carlos, *DAÑO PUNITIVO: Falta de coincidencia con la forma de aplicación*, Buenos Aires, elDial.com, 3/11/2016, Citar: elDial DC209F).

Por más que sus autores se auto postulen, un poco exageradamente a nuestro ver, como progresistas, lo cierto es que el Código Civil y Comercial, más allá de incrementar las herramientas preventivas, continúa la tradición resarcitoria clásica que consiste en la restitución de los valores, materiales y morales, afectados por el evento dañoso. Ello se ve claramente en el art. 1738 CCyC, norma que más allá de incrementar los rubros indemnizables los mantiene subordinados al daño sufrido por la víctima (art. 1740 del CCyC).

Para los sistemas clásicos el daño es el límite de toda indemnización.⁵

A nuestro modo de ver, esta idea de reparación integral o plena, postulada en el art. 1740 del CCyC constituye una ficción basada en la idea de volver las cosas a su estado anterior a la ocurrencia del hecho lesivo. Sin embargo, tal retroceso fáctico no solo no es posible, sino que muchas veces da lugar a que las indemnizaciones reparatorias sean insuficientes.

Algunos autores, con los que coincidimos y que inspiraron nuestras posteriores investigaciones, son críticos de esta idea tradicional según la cual la reparación es una recomposición patrimonial del pasado. Matilde Zavala de González explica que esa reparación plena es un ideal que casi nunca se concreta y que en la mayoría de los casos se transforma en un suerte de *indemnizaciones mutiladas* que fracasan cuando el daño no es patrimonial.⁶

Como veremos al abordar el tópico siguiente, la cuestión es aún más criticable porque los principios que rigen a la reparación plena muchas veces están reñidos con la ética. A esa puja con la moral se refiere Zavala de González cuando sugestivamente nos

⁵ *La reparación tiene finalidad marcadamente resarcitoria, procura reparar el menoscabo, antes que sancionar y castigar al responsable. De allí que, como regla, el perjuicio sufrido por el damnificado constituya un límite más allá del cual no es posible pasar, so riesgo de convertir al daño en una fuente de lucro...* (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I ... p.564).

⁶ *El principio de plena reparación significa colocar al damnificado en un situación igual o aproximada a aquella en que se encontraba antes del hecho lesivo. Sin embargo, se trata de un ideal casi nunca realizable, que en algunos casos se logra con compensaciones inevitablemente mutiladas...Desde una óptica ideal, la reparación busca crear una situación similar...a la vigente antes de ocurrir el daño. Ese objetivo puede concretarse con bastante aproximación... en los daños patrimoniales; en cambio, es imposible en perjuicios existenciales.* (Zavala de González, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2016, Tº II, p. 677).

habla de, *El negocio de responder*.⁷

Por su lado, el joven jurista Juan Brusa también explica muy bien qué ocurre cuando pagar indemnizaciones es más económico que invertir en la calidad y seguridad de los productos.⁸

c.- La ética de los Daños Punitivos. Si se examina detenidamente la concepción resarcitoria que hemos vistos en los párrafos que anteceden, el lector advertirá un hecho de singular importancia. Veamos. El daño y la reparación se articulan como términos equivalentes, puesto que a cada daño le corresponde una indemnización resarcitoria que lo compensa 'plenamente' (Conf., arts. 1738, 1740 y concordantes del CCyC). Esto, finalmente, equivale a sostener que la reparación elimina la noción del daño porque su objetivo último es volver cosas al estado anterior al hecho lesivo; es decir, al estado en el que no existía el daño.⁹

Esta ficción conceptual determina que el daño reparado sea, en definitiva, un término equivalente al *no-daño*. Y siguiendo el curso de ese razonamiento, la reparación del daño también elimina la noción de víctima una vez que recibe la indemnización y la de agente dañador una vez que la paga.

Este pensamiento, que es una derivación lógica de la teoría resarcitoria nos

⁷ El 'negocio de responder. Se destaca que las indemnizaciones no hacen justicia de por sí y, al contrario, pueden contribuir a aumentar los daños debido a la protección que brinda el seguro y a la posibilidad empresaria de trasladar costos de primas y de resarcimientos a los precios. A partir de ello, la responsabilidad se transformaría en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad. Zavala de Gonzáles, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código...* T° I, p. 98.

⁸ Se trata de lo siguiente, por duro o áspero que suene, las empresas piensan y hablan en números y no en derechos del consumidor. Esto es correcto, desde luego no es ilegal y en lo personal no encuentro problemas con la ética o la moral. Sin embargo, este modo de actuar tiene como principal consecuencia negativa que, si la empresa encuentra que desplegar cierta conducta le permite ganar más dinero -o bien ahorrar cierto dinero, que es lo mismo- la va a continuar desarrollando, e incluso perfeccionando sin importar si esta es dañosa. Si lo examinamos objetivamente, esto es lógico toda vez que las empresas están para producir y generar ganancias y no para otra cosa. (Brusa, Juan, *El daño punitivo diez años después: señales de un futuro mejor y la posibilidad de su aplicación de oficio*, eDial.com, 3-08-2018, Citar: eDial.com - DC258A.

⁹ La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización. Por lo tanto, la indemnización es una consecuencia de la lesión. (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos de Derecho Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 360).

mereció, desde siempre, severas críticas éticas.¹⁰

Si el daño ocurrido puede resarcirse por un cálculo aritmético consistente en sumar los rubros indemnizables previstos (daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño al proyecto de vida, etc.) es muy posible que el agente dañador, antes poner un producto en la calle, haga ese mismo cálculo y decida qué daños puede realizar sin afectar la rentabilidad de su negocio o, aún peor, para mejorar su rendimiento. Luego de efectuar esas calculaciones, que además son bastante sencillas de hacer, va a decidir que si el costo de las indemnizaciones no afecta la renta pronosticada es más conveniente pagarla que invertir en la calidad y la seguridad producto. Es hora de que los juristas y las universidades nacionales que los forman entiendan que el daño es, entre otras cosas, un costo empresario desvinculado de toda noción moral.¹¹

Los daños punitivos actúan en dirección opuesta porque desvinculan el daño material padecido por la víctima de la indemnización resultante para el agente dañador.

Los castigos punitivos superan el valor del daño producido porque la su finalidad no sólo es retributiva sino preventiva. Esta insubordinación parcial del daño y la indemnización es un punto de ruptura en la teoría general de la responsabilidad.¹²

d) La opinión doctrinaria mayoritaria. La doctrina nacional desde siempre acompañó favorablemente, aunque con algunas reservas atendibles, la aplicación de los DP. Pasemos rápida revista de algunas de esas opiniones.

¹⁰ Shina, Fernando, *Sistema legal para la defensa del consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 195 y siguientes.

¹¹ *Es sabido que las indemnizaciones tradicionales procuran compensar a la víctima de un daño, reponiéndole exactamente lo que perdió a causa de él. Pero si se admite que el daño desaparece por efecto de su reparación, también se anula la idea de víctima luego de ser compensada, y la de dañador luego de remediar el daño. Esta lógica induce a reflexionar que un daño causado deliberadamente es aceptable si luego es reparado. Si se analiza con profundidad se descubre que tras esta idea subyace un pragmatismo economicista antagónico con la ética.* (Shina, Fernando, *Daños al consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 161).

¹² *Por nuestra parte, pensamos que los daños punitivos consisten en una reparación que se concede al demandado no para indemnizarlo por el daño padecido sino para disuadir al demandado, y a otros que intente conductas similares en lo sucesivo. De esta manera el Derecho interviene -indirectamente - sobre la conducta del sujeto para evitar la eventual ocurrencia del daño. En otras palabras, el instituto que estamos examinando trata de proteger a víctimas hipotéticas antes que castigar daños concretos.* (Shina, Fernando, *Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos*, Jurisprudencia Argentina, Número Especial 2009 - III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 30 de septiembre de 2009, pg. 45). Ver también Shina, Fernando, *Sistema legal para la defensa del consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 195.

En primer lugar, nos parece justo ofrecer un homenaje obligado y merecido al Profesor Carlos Ghersi.

Carlos fue, desde siempre, un fervoroso defensor no solamente de los daños punitivos, sino también de la ley 26.361 que tantas buenas novedades trajo a nuestro ordenamiento normativo. Él pensaba, y nosotros coincidimos, que los parámetros más progresistas de esa ley habían sido desvirtuados por el Código Civil y Comercial. Sin mucho esfuerzo, y con grata nostalgia podemos imaginar lo que pensaría Carlos de este penoso anteproyecto que no solamente desvirtúa la impronta de la ley 26.361, sino que intenta derogar sus institutos más relevantes.

Para Ghersi los DP son la mejor herramienta jurídica para estimular las inversiones empresarias indispensables para que los productos y servicios que lanzan al mercado sean mejores en términos de calidad, y más seguros para quienes los usan.¹³

Para Pizarro y Vallespinos, *La adecuada implementación de un sistema de penas privadas, especialmente en materia de daños causados por productos defectuosos y por servicios defectuosamente prestados, puede constituirse en un instrumento útil para asegurar, en términos equitativos, el adecuado funcionamiento del mercado y la libre competencia.*¹⁴

Juan Brusa, ya citado, es un verdadero entusiasta de la figura que examinamos. Este jurista sostiene que los DP son la mejor manera de limitar las ecuaciones perversas de costo beneficio que realizan las empresas y que determinan que es más barato pagar indemnizaciones limitadas antes que mejorar la seguridad de los servicios.¹⁵

¹³ *Bregamos porque se rectifique esta aplicación del daño punitivo y sea una herramienta eficiente en la consolidación de la competencia en el mercado, ya que aquellas empresas que no invierten en seguridad y pagan escasas reparaciones con una tardía judicial de al menos 6 a 8 años y con alta inflación que lamentablemente tardará al menos 4 años en bajar, y se les omite aplicar el daño punitivo, tienen menos costos que las que invierten en seguridad y logran una competencia desleal en el mercado favoreciendo a las protervas empresas.* (Ghersi, Carlos, *DAÑO PUNITIVO: Falta de coincidencia con la forma de aplicación*, Buenos Aires, elDial.com, 3/11/2016, Citar: elDial DC209F).

¹⁴ Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I ... p.863.

¹⁵ *En consecuencia, si una empresa encuentra más beneficioso desarrollar una conducta que vulnera los derechos del consumidor que ajustarse a derecho, porque aun pagando los reclamos que tenga continúa recibiendo beneficios, habrá que entender que la empresa no ha fallado. Lo que ha fallado es el sistema que coloca límites a su conducta. Desde luego, es imposible resolver esta eventual "escases" de límites que puede presentarse en algunos casos con una norma o criterio fijo. Pretender vestir con un mismo traje a todas las personas seguramente resulte inviable. La utilización de la sanción de daño punitivo permite ajustar ese traje a cada caso y hacer que los límites que propone el sistema legal para la defensa del*

Para Waldo Sobrino, los DP son una herramienta fundamental para el desarrollo de las relaciones de consumo y para limitar las conductas antisociales que, en algunos casos, constituyen una política comercial de empresas con pocos escrúpulos.¹⁶

Para Jorge Bru y Gabriel Stiglitz, los DP superan su faz sancionadora y son una herramienta de carácter netamente preventivo.¹⁷

Para María Eugenia D'Archivo, el instituto tiene ponderación positiva en tanto incentiva a los proveedores a tener conductas que no resultan dañosas.¹⁸

Juan Carlos Pandiella, por su parte, resalta el carácter moralizador y ejemplificativo que los DP tienen y de allí concluye sobre la eficacia de su efecto preventivo de conductas empresarias indeseables.¹⁹

Para Schlotthauer y Barocelli, los DP cumplen una finalidad múltiple, en tanto son moralizantes, preventivos, sancionadores y disuasivos.²⁰

Para Adriano Díaz Cisneros, otro joven jurista apasionado por los DP, ellos

consumidor sean efectivos -no fallen- en los casos particulares que lo requieran. En esta tarea el rol del juez será fundamental, pues deberá determinar cuál es la "medida del traje" para cada ocasión. (Brusa, Juan, El daño punitivo diez años después: señales de un futuro mejor y la posibilidad de su aplicación de oficio, elDial.com, 3-08-2018, Citar: elDial.com - DC258A).

¹⁶ *...los daños punitivos devienen indispensables para todo el ámbito del Derecho del Consumo, dado que es uno de los pocos instrumentos legales, por lo cuales se puede disuadir y prevenir que Proveedores tengan una conducta antisocial o en contra de la comunidad.* (Sobrino, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial*,...T I, p. 145).

¹⁷ *Los daños punitivos novedosamente incorporados a nuestro derecho positivo además de su función sancionadora, tienen por su especial naturaleza un eminente carácter preventivo.* (Bru, Jorge - Stiglitz Gabriel, en Dante Rusconi (coord.), *Manual de derecho del consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 426).

¹⁸ *El daño punitivo encuadra dentro del derecho protectorio del consumidor, que tiene por objeto un esquema de disuasión que persigue incentivar al proveedor para que lleva a cabo una actividad productiva de manera socialmente eficiente, evitando ocasionar daños a las personas y a la sociedad en general.* (María Eugenia D'Archivo, en Tambussi (Dir.), *Relación de consumo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p.161).

¹⁹ Juan Carlos Pandiella en Krieger, Walter Fernando (Dir.) *Prácticas abusivas en el Derecho del consumidor*, Buenos Aires, El Derecho, 2018, p. 381.

²⁰ *Respecto de su finalidad, resaltamos su carácter ejemplificador y moralizador, a los efectos de prevenir futuras conductas similares; preventivo respecto del acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones; sancionatorio, a efectos de punir graves inconductas y castigar a un infractor de una norma civil; disuasivo de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad de incurrir en conductas ... que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por el sistema...; y desalentador del lucro ilícito, es decir, de hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa.* (Schlotthauer, Pablo – Barocelli, Sergio, en Tambussi, Caros (Dir.), *Relación de Consumo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 175.

cumplen una doble función y explica que esa ambivalencia no implica una incongruencia o un problema de índole constitucional. Así, Cisneros sostiene que los DP actúan tanto como un rubro indemnizatorio, propio del derecho de daños, y como una pena cuya finalidad es preventiva porque impide o disminuye la repetición de daños.²¹

Alejandro Chamatropulos, al sostener que en los DP prevalecen los aspectos preventivos sobre los punitivos también parece dar opinión favorable a este instituto al que le asigna una clara finalidad social.²²

Como el lector podrá apreciar, es casi unánime la opinión doctrinaria favorable a la aplicación de los daños punitivos.

La mayoría de la doctrina nacional y extranjera que hemos estudiado entiende que la reparación clásica es, en algunos casos, insuficiente para resarcir en forma integral a las víctimas. Por el contrario, se sostiene que los DP son una herramienta bastante útil en las sociedades capitalistas modernas.

Para terminar, el repaso de autores nacionales, hacemos propio un pensamiento, tan original como cierto, perteneciente a Pizarro y Vallespinos. Estos juristas explican que si el sistema normativo tolera graves inconductas como las que dan lugar a la aplicación de los DP, no solamente se favorece la impunidad de quienes desprecian la legalidad, sino que se perjudica a quienes, por honrar el sistema legal, sacrifican una parte de la rentabilidad de su negocio. Ambos mensajes son repudiables porque postulan una ética invertida que privilegia al transgresor de la ley y deja rezagado a quien

²¹ Se llama Daño Punitivo porque tiene dos funciones: se une a los conceptos de "daños" que conforman el reclamo indemnizatorio y, al mismo tiempo, tiene el objetivo de punir. Nuestro derecho civil, ya aceptó la mirada funcionalista cuando admitió que a la responsabilidad civil se le pueden dar funciones adicionales, como la función preventiva (art. 1710 y sgtes., CCyCN). Por lo tanto, se aceptó que las cosas se definen por su función, que se les pueden agregar "funciones" y, así, ampliar su concepto, y es perfectamente congruente, dentro de este paradigma, entonces, darle a una indemnización ("daños"), una función punitiva ("punitivos"), resultando todo en una figura híbrida que reviste ambos caracteres.

(Díaz Cisneros, Adriano P, *Afectación de la división de poderes y eliminación del daño punitivo*, elDial.com, 08/03/2019, Citar: elDial.com - DC26EE).

²² Se suele decir que las finalidades principales de los daños punitivos son dos: el castigo y la disuasión. La finalidad primordial es la segunda. La primera es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquella. Los daños punitivos, como sus objetivos claramente lo demuestran se hallan en perfecta sintonía con los que actualmente se predica del Derecho de Daños y con la función social que este último debe cumplir. (Chamatropulos, Alejandro, *Estatuto del Consumidor comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, T II, p. 267).

la cumple.²³

Por una vez en la Argentina deberíamos esforzarnos por poner al derecho lo que está al revés.

e) La opinión aislada de Sebastián Picasso. Como dijimos al cierre del tópico que antecede: la opinión doctrinaria favorable a la aplicación de los daños punitivos es ‘casi’ unánime en nuestro país.

Al exponer la valoración positiva que tantos autores tienen con relación a los DP quisimos poner de relieve el notable consenso que este novedoso instituto tiene en nuestra doctrina, tanto entre los juristas más renombrados como entre los más jóvenes que, de a poco, se van abriendo paso en el interminable camino de las ideas.

Sin embargo, esa *casi unanimidad* de pensamiento nos obliga, y al mismo tiempo nos complace, a examinar la excepción. En esa dirección, resulta un paso obligado en el estudio de los daños punitivos vernáculos analizar la opinión negativa que desde siempre sostuvo Sebastián Picasso.

Su desaprobación, según pudimos interpretar de sus escritos, se basa en sostener –un poco obstinadamente - que los DP no tienen finalidad resarcitoria ni preventiva, sino que lisa y llanamente son un castigo y que, como tal, ellos no deben estar integrados al derecho civil, sino que deben circunscribirse al derecho penal.²⁴

Vamos a examinar el pensamiento de Picasso sobre los DP para destacar los gruesos errores que contiene.

(a) Los daños punitivos son extraños a nuestro sistema normativo y postulan la regla opuesta a la que rige en nuestro derechos de daños: se debe reparar todo el daño

²³ *Los daños punitivos, correctamente legislados, permiten eficazmente alcanzar ciertos objetivos fundamentales para un sistema moderno de derecho de daños... b) La punición permite alcanzar objetivos fundamentales en materia de retribución social, tanto para los transgresores de la ley cuanto para quienes la obedecen. Si los primeros pudieran impunemente, o con benéfico, violar el ordenamiento jurídico, aquellos que obedecen el sistema deberían soportar una porción desproporcionada dentro de un esquema que requiere sacrificios recíprocos y equivalentes a todos los ciudadanos. La punición refuerza esta convicción y al mismo tiempo cumple una función disuasiva futura para todos.* (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I ... p.863-864).

²⁴ *Así, Picasso, uno de los opositores a los daños punitivos en nuestro país, sostiene que, como ellos no buscan resarcir un perjuicio sino provocar un mal al sujeto responsable con fines de castigo y prevención general, se está lisa y llanamente ante una pena.* (Chamatropulos, Alejandro, *Estatuto del Consumidor comentado*, ...T II, p. 265).

causado pero solamente el daño causado;²⁵

(b) Los daños se deben prevenir mediante acciones de tutela inhibitoria y no utilizando penas privadas de alto monto;²⁶

(c) Cuando una conducta es lesiva para la normal convivencia social, debe intervenir el derecho penal y no el derecho privado. El derecho civil, y más precisamente la teoría general de la responsabilidad, tiene una finalidad que se agota en el resarcimiento. La imposición de penas es un objetivo que escapa al derecho privado y es propia del derecho penal.²⁷

(d) La tarea preventiva de daños corresponde al derecho penal, como ya fue señalado, y también al derecho administrativo. El Estado regula la actividad de los proveedores del mercado mediante el poder de policía que le permite clausurar establecimientos, aplicar multas, suspender registros, etc. ²⁸

(e) Los daños punitivos importan un castigo al agente dañador y como tales forman parte del derecho penal y no de derecho privado.²⁹

f) Nuestra opinión crítica al pensamiento de Picasso.

De todas las objeciones que el pensamiento de Picasso nos merece, y que desde hace años combatimos en diversos trabajos,³⁰ la más grave es que el autor no termina de entender que el Derecho penal y el Derecho el consumidor no solamente protegen a sujetos distintos, sino que se estructuran a partir de principios diferentes y casi siempre antagónicos. Y tampoco entiende que los daños punitivos no tienen más que un

²⁵ Picasso – Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, Buenos Aires, La Ley, T°1, p. 597.

²⁶ Picasso – Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, ... T°1, p. 597.

²⁷ *En ese esquema, la prevención de comportamientos gravemente lesivos de las normas de convivencia social es normalmente confiada al poder punitivo del Estado por medio del derecho penal... El derecho de la responsabilidad civil, por el contrario, tiene en la actualidad una función esencialmente resarcitoria, y su contribución a la prevención de los comportamientos lesivos se instrumenta, como ya se ha visto, por medio de la denominada 'tutela inhibitoria', mediante el empleo de herramientas no sancionatorias.* (Picasso – Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, ... T°1, p. 598 y 599).

²⁸ Picasso – Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, ... T°1, p. 601.

²⁹ *Los 'daños punitivos', en tanto no tienden a resarcir un daño, sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y de prevención general, tienen la naturaleza de una pena.* (Picasso – Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, ... T°1, p. 602).

³⁰ Ver Shina, Fernando, *Daños al consumidor*, Astrea, 2014; *Sistema Legal para la defensa del consumidor*; Astrea, 2016, entre otros.

contacto imaginario con el derecho penal. Para nosotros, afirmar que los DP son figuras penales y no civiles es una verdadera ocurrencia imposible de verificar en términos teóricos y ajena a la ciencia jurídica.

Las diferencias entre el derecho penal y el derecho del consumidor son irreconciliables y, en ese orden, debe señalarse que el *sujeto protegido* del derecho penal (el imputado) es el mismo sujeto que el derecho del consumidor presume responsable. El derecho penal protege a ese individuo cubriéndolo de garantías procesales, mientras que el derecho del consumidor lo despoja de todas ellas agravando sus chances de eximirse de responsabilidad. El sistema consumeril determina la responsabilidad de los presuntos infractores mediante factores objetivos de atribución mientras que el sistema penal repudia cualquier imposición objetiva de responsabilidad.

Este antagonismo tiene una explicación que no puede pasarse por alto: para el derecho penal el reo goza de una presunción de inocencia mientras que en el derecho del consumidor el infractor se presume objetivamente responsable y obligado a responder.

Estas diferencias entre uno y otro sistema son tan elementales como insuperables porque los principios centrales que las rigen son opuestos.

Veamos solo algunos de estos antagonismos:

(a) en el derecho penal rige, infranqueable, el principio *indubio pro reo*, mientras que en el derecho del consumidor predomina el *indubio pro consumidor* (art. 3 LDC y 1094 del CCyC);

(b) en el derecho penal se presume la inocencia del imputado y en el derecho del consumidor, casi siempre, se aplica la responsabilidad objetiva que es una especie de presunción adversa al presunto infractor³¹. Sin perjuicio de lo dicho, es justo admitir que para nosotros en el único caso en donde será necesario atribuir responsabilidad a través de un factor subjetivo es para la aplicación de daños punitivos. Dicho en otras palabras:

³¹ En este punto es importante hacer una salvedad. Nosotros pensamos que la aplicación efectiva de daños punitivos requiere indefectiblemente la atribución de un factor subjetivo de responsabilidad. En materia de daños punitivos, pensamos, no rige la responsabilidad objetiva, sino que debe demostrarse que la existencia de una conducta particularmente grave que se emprende deliberadamente, ya sea para perjudicar a otro o para incrementar el lucro propio, con total indiferencia de las consecuencias dañosas.

pensamos que para obtener una indemnización punitiva la víctima deberá acreditar la existencia de un factor subjetivo de responsabilidad. En este punto nos apartamos, respetuosamente, del pensamiento de Carlos Ghersi para quien los DP siguen la lógica de los factores atributivos objetivos ³²

(c) en el derecho penal, el fiscal acusador tiene la carga de aportar pruebas contundentes y certeras que determinen la culpabilidad del imputado, mientras que en el derecho del consumidor se rige el principio de las cargas probatorias dinámicas y el infractor presunto está obligado a presentar las pruebas que, en muchos casos, serán determinantes para corroborar su propia responsabilidad (art. 53 LDC).

Podríamos seguir enunciando reglas particulares y principios generales antagónicos que separan el derecho penal del derecho del consumidor. Nos resulta casi imposible pensar en dos disciplinas que sean más diversas entre sí y nos cuesta imaginar un desacierto mayor que establecer comparaciones o similitudes entre uno y otro sistema normativo.

g) Los Daños Punitivos en el anteproyecto de reforma de ley de defensa del consumidor.

Como dijimos al desarrollar los tópicos anteriores, las reflexiones que Picasso sostiene en torno a los daños punitivos son muy aisladas (solitarias en verdad) en la doctrina nacional. Sin embargo, mal que nos pese, ese apartamiento del criterio mayoritario no fue un obstáculo para que este jurista fuera designado como integrante de la comisión legislativa encargada de reformar, con cambios profundos, a la ley 24.240. ³³

Pensamos, sinceramente y con buenas razones, que para que prevalezca el tratamiento derogatorio de los daños punitivos fue particularmente influyente el

³² *El daño punitivo está dentro de esta "lógica regulatoria" es decir debe aplicarse conforme a situaciones objetivas de violación de la seguridad y con fundamento en la responsabilidad objetiva, con la finalidad de generar conductas futuras ratificadoras de la sancionada con daño punitivo. Esto es de la esencia de la sociedad de consumo.* (Ghersi, Carlos, *DAÑO PUNITIVO: Falta de coincidencia con la forma de aplicación*, Buenos Aires, elDial.com, 3/11/2016, Citar: elDial DC209F).

³³ Recordemos que en el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, mandó a llevar adelante un anteproyecto de reforma integral de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor. La comisión legislativa designada para su realización estaba compuesta por doce juristas, Sebastián Picasso entre ellos.

pensamiento de Picasso que siempre militó en contra de los daños punitivos.

En este acotado ensayo no vamos a realizar una crítica de todo el anteproyecto, sino que vamos a concentrarnos en el art. 118 que, precisamente, trata sobre los nuevos daños punitivos.

Esa norma, evitando los eufemismos de sus defensores, directamente deroga a los daños punitivos tal como los conocimos a partir de la vigencia de la Ley 26.361. Si este lamentable anteproyecto llega a convertirse en ley, los DP dejarán de ser un rubro indemnizatorio y se convertirían en una multa y, lo que es más grave es que habrá prevalecido el criterio doctrinario de una minoría que de tan reducida puede ser denominada ermitaña.

Veamos, ahora sí, los puntos más destacados de la norma del anteproyecto.

En su primer enunciado, el art. 118 del AP certifica la defunción de los daños punitivos al establecer que: *El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor...*

Esto significa que la aplicación de esa multa ya no dependerá de la prueba que las partes arrimen al expediente, sino de la voluntad del juez quien tendrá atribuciones para aplicar la sanción y, desde luego, para no aplicarla. La aplicación de oficio de los DP es muy discutible y puede generar opiniones divergentes en uno u otro sentido.

Nosotros pensamos que si los jueces pueden aplicar de oficio daños punitivos, también, oficiosamente y por razones de equidad, deberían tener facultades para imponer daños morales o lucros cesantes o daños emergentes que las partes, por el motivo que sea, hayan omitido incluir en su demanda.

Desde luego que permitir la aplicación de oficio de rubros indemnizables provocaría un importante desajuste en las normas procesales. Es por eso que, en principio, nos parece mejor que la aplicación de los DP tampoco sea oficiosa.

En segundo lugar, y luego de decir que sí corresponde la aplicación de la multa, el juez, también a su libre arbitrio, decidirá el destino final de esa multa. Así, el punto 3 de la norma dice: *La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.*

Esto significa que los DP proyectados están organizados a partir de tres pilares; a saber:

(a) Se trata de una multa y no de una indemnización;

(b) su aplicación depende de la voluntad del juez quien tiene atribuciones para aplicarla o de no aplicarla sin que su negativa deba ser fundada.

(c) El juez puede elegir, a su libre arbitrio, el destino de la multa.

La norma nos merece, además de estar en las antípodas de nuestra concepción, nos merece las siguientes críticas operativas:

(i) Es difícil, sino imposible, imaginar que las partes de un pleito se arriesguen a la aventura de solicitar DP sabiendo que por más pruebas que aporten el juez tendrá atribuciones para desechar el reclamo sin siquiera una resolución fundada. Por otra parte, también es misterioso anticipar qué ocurrirá con las costas resultantes de un planteo de daños punitivos perdidoso.

(ii) En segundo, lugar, si el juez elige el destino de la multa, ninguna parte se va a tomar el trabajo de probar la existencia de una conducta gravemente antisocial si luego el fruto de ese trabajo va a parar a donde el juez se le ocurre. Los abogados, igual que el resto de las personas en el sistema capitalista, trabajan bajo el mejor estímulo de ganar dinero y no para que su trabajo vaya a parar a donde se le ocurra a un juez. Es dable pensar, entonces, que en las demandas de daños y perjuicios habrá menos reclamos de DP. Esto, desde luego, es otro motivo de festejo de los grupos corporativos que tanto insistieron con derogar los daños punitivos.

h) Reflexiones finales: el triunfo de las minorías es una forma invertida de la democracia.

No podemos entender el motivo por el cual el único autor nacional que se pronuncia en contra de los DP haya sido seleccionado para reformar la ley que los contempla. Resulta sumamente difícil de explicar una incongruencia tan reñida contra las normas democráticas básicas. Es que, el *abc* de la democracia consiste en que la opinión de la mayoría prevalece sobre la minoría. Tanto más cuando el diferencial cuantitativo es tan contundente como en el caso que estamos analizando. Pues bien, esa lógica fue quebrada. Peor: fue invertida y la minoría obtuvo el privilegio que le

correspondía a la mayoría.

El resultado de esa designación era previsible: la comisión legislativa hizo un anteproyecto que virtualmente derogó los DP que conocemos. Nadie podía suponer que sería representativa de la sociedad una ley hecha por una doctrina que de tan aislada adolece de misantropía.

Las leyes nacionales, sobre todos aquellas que tienen una importancia estructural en el ordenamiento normativo, deben apuntar al bien común y no al lucimiento de sus autores. Las comisiones legislativas deben ser equilibradamente integradas por doctrinarios que representen el pensamiento predominante y que, además, no sean jueces en ejercicio.

Es preciso terminar con esta penosa y muy subdesarrollada costumbre de asignarle a nuestros jueces (en algunos casos, integrantes de la Corte Suprema Federal) la tarea de hacer nuestras leyes. Ellos deben interpretarlas dejando que los legisladores y sus asesores las creen. Argentina todavía no entiende ni siquiera ese formulado republicano tan sencillo. Nos falta recorrer un camino muy largo, y a veces creemos que difícilmente lleguemos a un horizonte de esperanzas. Por eso, más de una vez dijimos que no es posible que cambiemos si siempre hacemos lo mismo.

i) Terminaciones.

Dada la extensión del ensayo y la diversidad de temas contenidos, nos parece apropiado agrupar en un capítulo final las ideas más relevantes que hemos desarrollado:

(i) Este instituto, de tradición sajona, ha sido incluido en nuestro ordenamiento por la ley 26.361 (art. 52 bis LDC.). A pesar de no haber acuerdo doctrinario acerca de su naturaleza jurídica, el pensamiento mayoritario sostiene que los DP son eficaces para prevenir daños y disuadir conductas antisociales.

(ii) El Código Civil y Comercial, más allá de incrementar las herramientas preventivas de los daños, sostiene la función resarcitoria de las indemnizaciones tradicionales.

(iii) Para los sistemas clásicos el daño es el límite de toda indemnización

(iv) El art. 1738 CCyC incrementa los rubros indemnizables, pero, sin embargo,

todos ellos están subordinados al daño sufrido efectivamente sufrido por la víctima (art. 1740 del CCyC).

(v) La reparación plena, postulada en el art. 1740 del CCyC, constituye una ficción basada en la idea de volver las cosas a su estado anterior a la ocurrencia del daño. Sin embargo, tal retroceso fáctico no solo es imposible, sino que muchas veces da como resultado que las indemnizaciones sean insuficientes.

(vi) Los daños punitivos desvinculan el daño material padecido por la víctima de la indemnización resultante. Los castigos punitivos superan el valor del daño efectivamente producido porque la su finalidad es principalmente preventiva.

(vii) En ese sentido, los DP tiene un claro sentido ético y moralizante porque desestimulan las ecuaciones de costo beneficio que privilegian la renta empresaria sobre la calidad y la seguridad de los bienes y servicios que se ofrecen el mercado.

(viii) El anteproyecto que reforma la ley de defensa del consumidor prevé la derogación de los DP y su substitución por un instituto que no tiene mayores puntos de contacto con los daños punitivos que conocemos actualmente.

(ix) El anteproyecto no respeta la opinión mayoritaria de la doctrina nacional.

(x) Pensamos que es incorrecto que los jueces en ejercicio ocupen lugares en comisiones legislativas puesto que ello pelagra el sistema republicano de división de poderes.