

FINALIDAD Y CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA “SANCIÓN PUNITIVA”*

PURPOSE AND CRITERIA FOR THE GRADUATION AND QUANTIFICATION OF THE “PUNITIVE DAMAGE”

*Leonardo Marcellino***

Resumen: Los daños punitivos tienen esencialmente una finalidad punitiva o sancionatoria, y a partir de entender esa función principal deben precisarse los requisitos necesarios que justifican su imposición a los casos de daños a los consumidores. Junto a la tarea de definir la procedencia de los daños punitivos, se encuentra la de establecer criterios razonables que permitan justificar su cuantificación. Dichos criterios han sido ampliados en el Anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor (art. 118) respecto a los enunciados en el régimen actualmente vigente (art. 52 bis Ley de Defensa de Consumidor) lo que es altamente positivo para servir cómo pautar para una mejor justificación de la cuantía que judicialmente se ordena pagar en concepto de multa punitiva disuasoria.

Palabras-clave: Daños punitivos - Cuantificación.

Abstract: Punitive damages essentially have a punitive or sanctioning purpose, and from understanding this main function, the necessary requirements that justify their imposition in cases of damage to consumers must be specified. Along with the task of defining the origin of punitive damages, there is the task of establishing reasonable criteria that allow justifying their quantification. Said criteria have been expanded in the Draft Consumer Defense Law (art. 118) with respect to the statements in the current regime (art. 52 bis Consumer Defense Law) which is highly positive to serve as guidelines for a better justification of the amount that is judicially ordered to pay as a dissuasive punitive fee.

Keywords: Punitive damages - Quantification.

Sumario: I. Introducción. II. Finalidad del instituto punitivo. III. Conveniencia de justificar adecuadamente la cuantificación. IV. El Anteproyecto de Ley de

* Trabajo recibido el 8 de noviembre de 2022 y aprobado para su publicación el 7 de diciembre del mismo año.

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magíster en Derecho y Argumentación. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor Titular en la asignatura Privado VIII (Derecho de Daños) e Investigador (Universidad Empresarial Siglo 21). Docente Profesor Ayudante en la asignatura Privado VII (Derecho de Daños) (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia de Derecho Córdoba. E-mail: leonardo.marcellino@unc.edu.ar

Defensa de Consumidor y la cuantificación de daños punitivos. V. Conclusiones.
VI. Bibliografía.

I. Introducción

Con la incorporación en el ámbito de consumo del instituto de origen anglosajón de los daños punitivos mediante la Ley 26361, se otorgó normativamente al juez la facultad de imponer, a los proveedores de bienes y servicios en casos de daños provocados a los consumidores y usuarios, multas o indemnizaciones punitivas con la finalidad de sancionar dichas conductas y al mismo tiempo de impedir que vuelvan a repetirse, es decir que sirvan a su disuasión.

Así los daños punitivos han sido conceptualizados como sumas indemnizatorias que se ordenan pagar a los responsables por la causación de determinados daños, que se suman a las indemnizaciones resarcitorias y que tienen por finalidad castigar o punir graves inconductas del dañador y prevenir la ocurrencia de nuevos daños mediante la disuasión al mismo y a otros que puedan incurrir en la conducta sancionada¹.

Desde el mismo momento en que se propuso la importación de esta figura proveniente del Derecho anglosajón a nuestro derecho, y sobre todo luego de tener reconocimiento legal en la ley de consumo, se dividieron las aguas -o en términos jurídicos se podría decir las bibliotecas- entre los autores "*pro daño punitivos*" y los "*contra daños punitivos*".

Más allá de los argumentos que sostienen ambas posturas, las cuales no se desarrollarán en este trabajo, se piensa que hay preguntas claves que se presentan en el trasfondo del debate: ¿Para qué sirven daños punitivos? ¿Se justifica su existencia y reconocimiento legal o es una figura inútil de la que puede prescindirse?

En nuestra opinión, para valorarse la utilidad de la figura se requiere iniciar el análisis a partir de un reconocimiento sobre la insuficiencia de la normativa civil, entre las cuales se incluyen particularmente las normas de responsabilidad civil, para dar una respuesta adecuada a "*ciertos*" ilícitos que generan daños.

Se subraya que nos estamos refiriendo únicamente a algunos hechos antijurídicos, porque probablemente en la mayoría de los casos el pago de la indemnización resarcitoria por el deudor y la compensación y satisfacción que ella apareja en beneficio de la víctima frecuentemente consigue la finalidad última de lograr la justicia al caso concreto, pero en no pocos casos la solución legal luce en verdad insatisfactoria y es allí que aparecen los daños punitivos como posible solución.

(1) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Gustavo G. *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2018, p. 829. COSSARI, Maximiliano. "Prevención y punición en la responsabilidad civil", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2017, p. 144.

Probablemente uno de los más graves defectos que tuvo la regulación legal de las multas punitivas es el no haber definido con claridad y precisión el presupuesto fáctico a los cuales sería de aplicación la figura. El art. 52 bis de la Ley de Defensa de Consumidor solo refiere en forma genérica al no cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por el proveedor como presupuesto legal para justificar su aplicación.

El alcance absurdamente amplio contemplado en la normativa lleva a que si uno se atuviera únicamente a la letra de la ley se brindaría la posibilidad al damnificado consumidor o usuario de reclamar daños punitivos en todos los casos de daños sufridos que le ha sido ocasionados por el proveedor, ya que cuando ello sucede, normalmente ha existido de su parte un obrar antijurídico previo que provoca el menoscabo.

Se está convencido que el defecto regulativo enunciado es el principal motivo de desborde que actualmente presenta la figura punitiva y que lleva a que sea utilizada judicialmente en forma indebida a casos de responsabilidad donde no hay motivo justificante de castigo o sanción al responsable, alimentando con razones fundadas las principales críticas que se le formulan al instituto. Repetimos: el origen del problema está en la ausencia de una definición clara y concreta sobre los supuestos fácticos a los que se debe aplicar la punición indemnizatoria.

En nuestro país, en general se acepta que este instituto sancionatorio en virtud de su carácter excepcional únicamente puede tener fuente legal², y por ello su ámbito de aplicación se encuentra circunscripto a los casos de daños causados en las relaciones de consumo, conforme lo estatuido en el art. 52 bis de la Ley 24240 y modificatorias de Defensa del Consumidor, y en el ámbito de los daños por competencia desleal conforme al art. 64 de la Ley 27442 de Defensa de la Competencia, pero no es posible extender analógicamente a otros tipos de situaciones lesivas³.

(2) MOSSET ITURRASPE, Jorge. "La 'multa civil' o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998", LL 2000-B-1277.

(3) En las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil en La Plata en el año 2017 por despacho mayoritario se resolvió: "*La función sancionatoria sólo rige en el Derecho del Consumidor. No procede su aplicación analógica a otros ámbitos*". También en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 por unanimidad se dijo que: "*Los daños punitivos sólo se aplican a las relaciones de consumo, a las cuestiones ambientales con sustento en el principio de Consumo Sustentable, y a la Defensa de la Competencia*". Igualmente: QUAGLIA, Marcelo C. "El daño punitivo: la posibilidad de extender su aplicación más allá de la Ley de Defensa del Consumidor", LL 2016-A-141. MARTINOTTI, Diego F. "La aplicación analógica de los daños punitivos", LL2016-A-135. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. "Los Daños Punitivos en la Argentina", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 46. BRUN, Carlos A. "¿Aplicación de daños punitivos por analogía?", RCyS2016-II-51. En contra: FRÚGOLI, Martín A.-BOTTA, Federico A. "Daños punitivos en el Código Civil y Comercial argentino", RCCyC 2018 (marzo), 05/03/2018, 189. CCiv. y Com. Junín, 19/11/2015, "Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz SA (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios", LL 2016-A-136.

En las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil en La Plata en el año 2017 por despacho mayoritario se resolvió: *“La función sancionatoria sólo rige en el Derecho del Consumidor. No procede su aplicación analógica a otros ámbitos”*. También en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 por unanimidad se dijo que: *“Los daños punitivos sólo se aplican a las relaciones de consumo, a las cuestiones ambientales con sustento en el principio de Consumo Sustentable, y a la Defensa de la Competencia”*.

La regulación de los daños punitivos en la legislación de consumo ha sido objeto de diversas críticas⁴ desde el mismo momento de su sanción. Muchos de los reparos que durante estos más de catorce años de vigencia ha recibido el instituto han sido atendidos por la Comisión Reformadora de la Ley de Defensa de Consumidor en el art. 118 del Anteproyecto de Ley propuesto, de allí que la misma signifique un importante avance tendiente a una mejor regulación de la figura.

II. Finalidad del instituto punitivo

Se acepta en general que los daños punitivos cumplirían una doble función, por un lado, tienen una naturaleza sancionatoria procurando castigar la conducta dañosa del responsable y también persiguen una finalidad preventiva, más concretamente de *“prevención general”*. A través de su imposición se pretende evitar la reiteración de las mismas conductas dañosas en el futuro por parte del causante del daño y de potenciales responsables⁵.

Lo dicho anteriormente nos obliga a indagar sobre la interrelación entre ambas funciones y su incidencia en el cálculo cuantificatorio que debe practicarse cuando la multa procede.

Irigoyen Testa⁶ plantea que debe reconocerse en esta figura una función principal disuasoria (que se ajusta a los niveles de precaución deseables socialmente) y una función accesoria sancionatoria (que implica una multa civil extracompensatoria que se afronta adicionalmente, luego de haberse compensado perfectamente al damnificado). Claramente se asigna por tanto un carácter prioritario a la finalidad de prevención y disuasión, en tanto se emplaza en un plano secundario la faz punitoria.

(4) PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén S. “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL2009-B-949.

(5) En nuestro derecho es mayoritaria la opinión que sostiene la doble finalidad de los daños punitivos: castigar y disuadir. Ver: CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Los Daños Punitivos en la Argentina”, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 49 y ss. Algunos autores incorporan una tercera finalidad consistente en el desmantelamiento pleno de los ilícitos lucrativos, haciendo desaparecer los beneficios injustos obtenidos del hecho lesivo. TRIGO REPRESAS, Félix A. “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho civil. Responsabilidad civil”, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 51. PIZARRO, Ramón D. “Daños punitivos”, ob. cit., p. 287 y ss.

(6) IRIGOYEN TESTA, Matías. “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables”, DCCyE 2011 (diciembre), 19/12/2011, 87, Cita Online: AR/DOC/5799/2011.

No se comparte la postura anterior, creemos que en verdad ambas finalidades cumplen un papel relevante en la configuración del instituto, pero en realidad su verdadera naturaleza es exclusivamente punitiva o sancionatoria, aunque su aplicación importe en los hechos en forma necesaria e indirecta un efecto disuasivo relevante de evitación a que se repita la conducta sancionada por el infractor y terceros.

Obsérvese que en verdad dicho efecto disuasivo no es exclusivo de los daños punitivos, pues también se encuentra presente en la indemnización otorgada a favor de la víctima con una finalidad reparatoria de compensación satisfactoria.

Con acierto explica Acciarri que: *El efecto disuasivo de las normas tradicionales de responsabilidad civil constituye una instancia clara de este tipo de prevención: ante la posibilidad de enfrentarse al pago de una indemnización, cada persona puede decidir si prefiere colocarse en esa situación o adoptar las medidas de prevención que a la vez, reducirán la probabilidad de causar ese daño (o su magnitud en caso de acontecer), y la probabilidad correlativa de ser condenado al pago de la indemnización correspondiente (o su magnitud). En este orden de ideas es posible afirmar que el sistema de responsabilidad civil genera incentivos para prevenir, cuando determina un deber de resarcir. Desde este punto de vista, la función-relación resarcitoria, será instrumental a la función-relación preventiva*⁷.

Sucede que en algunos casos de daños a las personas consumidoras y usuarias luego de otorgada la indemnización resarcitoria no subsisten ilícitos lucrativos en favor del victimario y por ello se alcanza un nivel óptimo de prevención por vía de disuasión sólo con el instituto de la responsabilidad civil; o bien no es posible imputar un juicio grave de reprochabilidad al responsable; y por tanto resulta inviable una sanción pecuniaria o multa adicional.

Se podría pensar que, si el objetivo principal y fundamental de los daños punitivos fueran la de brindar mayor eficacia posible a la prevención de daños, correspondería que los mismos sean de aplicación a cualquier tipo de incumplimiento contractual del cual se derive un daño a la persona consumidora o usuaria, como parece derivarse del sentido literal de la disposición legal.

Sin embargo, acordar la posibilidad de aplicar daños punitivos a cualquier caso de daños en el ámbito de consumo por su sola ocurrencia resultaría absolutamente desproporcionado pudiendo dar lugar al efecto indeseado de una “*sobredisuasión*” (“*overdeterrence*”) afectando a la actividad productiva-económica de los proveedores en perjuicio final de toda sociedad, y además haría perder de vista la finalidad de castigo del instituto.

Por esta misma razón es que la aplicación de multas punitivas, presuponen una condena previa de daños y perjuicios, ya que es requisito necesario para su imposición, aunque no suficiente, el no cumplimiento “*de la obligaciones legales o contractuales con el consumidor*” (art. 52 bis Ley 24240) del cual se derive un daño

(7) ACCIARRI, Hugo A. “Funciones del derecho de daños y de prevención”, LL 2013-A-717.

y que el proveedor sea legalmente obligado a su reparación. No hay posibilidad de imponer daños punitivos a quien no es civilmente responsable de un daño ni tampoco a quien genera una situación de amenaza de daño sin que se concrete.

Si se trata de punir o castigar la conducta de una persona, ello requiere de un juicio de reprochabilidad previo con relación a su actuación, no basta el mero incumplimiento de la obligación legal (antijuridicidad) y el daño resarcible⁸. No puede sancionarse o castigarse el obrar de quien causa un daño obrando con una diligencia aceptable a las circunstancias del caso concreto.

A través de las sanciones pecuniarias se castiga o pune las inconductas nocivas, poniéndose la mirada sobre la persona autora de las mismas, antes que a la destinataria damnificada.

El juicio de reprochabilidad se asienta fundamentalmente entonces en la conducta exteriorizada por el autor material de los daños, antes que de la efectiva causación de los mismos que fueron su resultado.

Así es posible pensar que un determinado proceder dañoso importe un grave reproche para la proveedora (por ejemplo: actúa con indiferencia hacia el potencial dañoso que reviste su obrar conociendo ello o motivado por una ganancia que subsistirá aún después de ser condenado por daños y perjuicios), y que por lo tanto merezca la imposición de daños punitivos, a pesar que los daños efectivamente causados fueron finalmente poco graves y por lo tanto su cuantía también lo fue.

De este modo aun cuando la multa punitiva pueda cumplir de mejor manera la finalidad de evitar la reiteración de daños, si no es posible imputar reprochabilidad grave en quien ocasionó el daño, no corresponde la imposición de la condena punitiva. Esto denota la naturaleza esencialmente sancionatoria del instituto.

En conclusión, puede afirmarse que lo que caracteriza en verdad a los daños punitivos no es su finalidad disuasoria, que también se encuentra presente con menor intensidad de la indemnización con finalidad resarcitoria, sino su carácter sancionatorio o de castigo al dañador.

(8) PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén S. "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL2009-B-949. LÓPEZ HERRERA, Edgardo. "Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA 2008-II-1201. NALLAR, Florencia. "Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", LL 2009-D-96. PIZARRO, Ramón Daniel. "Daños punitivos", ob. cit., p. 336. MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación", ED, 205-997. ALVAREZ LARRONDO, Federico M., "Los daños punitivos", LL 2000-A- 1111. CORNET, Manuel - RUBIO, Gabriel Alejandro. "Daños punitivos", *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, volumen III, Córdoba, Ed. Alveroni, 1997, p. 32; MARTINOTTI, Diego F. "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998", LL 2001-F-1317. PIAGGIO, Aníbal Norberto - COMPIANI, M. Fabiana - CABRERA, Delma - VETRANO, Alejandro Javier. "Las condenaciones punitivas y el Proyecto de Código Civil de 1998", *RCyS*, 2000, p.68. BRUN, Carlos A. "¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados daños punitivos)", DJ, 2004-3-1228.

El art. 52 bis de la Ley 24240 brinda parámetros muy amplios a los fines de graduar o valorar la indemnización punitiva y refiere a su independencia respecto de otras indemnizaciones en lo que hace a su cuantía, concretamente se dispone que la misma: *“se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”*.

La independencia de otras indemnizaciones que por otro concepto puedan ser otorgadas ya sea de naturaleza administrativa o resarcitoria, se considera debe interpretarse en forma relativa y no absoluta.

La indemnización punitiva no puede fijarse únicamente en consideración a otro tipo de indemnizaciones, en particular la resarcitoria, por lo expresado anteriormente, pero ello no quita que las *“otras indemnizaciones que correspondan”* sí puedan tener alguna incidencia en el *quantum* de la multa sancionatoria.

La gravedad del hecho lesivo y la circunstancias del caso, se miden por el daño que efectivamente del mismo se ha derivado, los intereses que han resultado lesionados (art. 1737 CCCN), el estado de afectación real a las personas damnificadas luego de otorgarse la indemnización resarcitoria, es decir, si es posible o no lograr en cierta medida la restitución al estado anterior al evento dañoso, los potenciales daños que la conducta podía haber ocasionado lo que denota su peligrosidad, las características personales del responsable y los medios que disponía para evitar el perjuicio, entre otros aspectos, todo ello servirá para fundamentar el juicio de reprochabilidad que pueda imputársele directamente al responsable concreto.

El reproche en la conducta del causante del daño denota la finalidad punitiva o sancionatoria del instituto, por ello no puede prescindirse de la misma si se acepta la función de castigo de las sanciones pecuniarias disuasivas.

Por ello se evaluará en modo distinto y la cuantificación diferirá si el menoscabo fue ocasionado en forma deliberada o si el mismo provino de una negligencia grosera que debió haber sido evitada. Todo ello evidencia la incidencia directa que tiene el juicio cualitativo de reprochabilidad de la conducta del agente con el juicio cuantitativo de la multa, debiendo existir una correlativa proporcionalidad directa entre ambos juicios.

III. Conveniencia de justificar adecuadamente la cuantificación

Participo de la postura de quienes consideran que la cuantificación del daño constituye una operación de gran importancia y que por lo tanto no puede quedar su definición relegada exclusivamente a la libre discrecionalidad del juez.

Si en un determinado proceso judicial se acredita la efectiva existencia de un daño resarcible y el resto de los presupuestos de la responsabilidad civil, corresponde normativamente que el juez ordene la reparación de dichos daños por el sindicado

como responsable, sin que pueda admitirse que la procedencia o no de la acción civil resarcitoria pueda quedar librada a una decisión discrecional del magistrado.

De igual modo estimo que la cuantificación judicial de esos daños, incluido el extrapatrimonial, no debiera quedar reservado a ese ámbito privativo del juez como es su libre discrecionalidad, que impide al justiciable conocer las razones del por qué se determinan la indemnización en tal suma y no en otra superior o inferior. La misma conclusión es extensible a los daños punitivos.

El art. 52 bis de la Ley de Defensa de Consumidor dispone que *“el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor”*. Por mi parte pienso que más allá del sentido literal de la disposición, si se dan los extremos legales que justifican la imposición de la figura sancionatoria de los daños punitivos, la aplicación de los mismos al proveedor resulta obligatorio para el juez y no facultativo⁹.

La disposición actualmente vigente si bien enuncia parámetros genéricos de valoración, nada agrega en relación a la operación cuantitativa de las multas pecuniarias.

Al igual que sucede con los daños, no se estima conveniente que la operación de cuantificación de la multa quede librada exclusivamente a una decisión discrecional del juez, sin otro fundamento que su *“sentido personal de justicia”*.

Pueden pensarse variados mecanismos de justificación para la tarea de cuantificación, pero si de lo que se trata en definitiva es de brindar razones a favor de un importe indemnizatorio, es decir de un determinado número, el mejor mecanismo que puede pensarse es en asegurarse que el mismo sea el resultado de una determinada fórmula matemática¹⁰.

(9) En el mismo sentido se manifiestan: NALLAR, Florencia. *“Prevención del daño: La multa civil o daño punitivo en el Proyecto de Código Civil de 1998”*, ADLA 2007-E-5494. BRUN, Carlos A. *“¿Hacia un derecho preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados daños punitivos)”*, DJ 2004-3-1228. ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. *“La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino”*, JA 2008-II-1246. En contra se pronuncia: CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *“Los Daños Punitivos en la Argentina”*, ob. cit., p.194 y ss. LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Los daños punitivos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.327.

(10) Se ha destacado *“... que por las características particulares que presenta la multa civil, la utilización de fórmulas matemáticas para su cálculo puede ser una valiosa ayuda para el juzgador, contribuir a la transparencia de las decisiones judiciales, además de tornar mucho más previsibles los pronunciamientos en la materia. Todo ello vendría a reforzar uno de los presupuestos que hacen a la existencia misma del instituto, como es la disuasión para evitar que la conducta dañosa se reitere en el futuro”*. MARTINOTTI, Diego F. *“La cuantificación de los daños punitivos”*, RCyS2016-X-61. Igualmente se sostiene citando a Acciarri que *la gran ventaja que ofrece la utilización de fórmulas para cuantificar indemnizaciones por sobre las argumentaciones retóricas, es que las primeras, al exponer claramente las variables que se consideraron para llegar al resultado, hacen más difícil ejercer la arbitrariedad en el cálculo de las mismas y, al mismo tiempo, permiten analizar y objetar las variables utilizadas. Es decir, ofrecen transparencia en el proceso de razonamiento que se llevó a cabo para llegar a una cifra determinada y no a otra”*. PONS, Marcela V. - CORENFELD, Julio. *“Cuantificación de daños punitivos”*, SJA 21/03/2018, p. 27. En contra del uso de fórmulas se pronuncia: BILBAO ARANDA, Facundo M. *“El grado de discrecionalidad judicial para fijar el monto del daño punitivo”*,

Lo dicho anteriormente denota el valioso aporte que a nuestro derecho ha efectuado Matías Irigoyen Testa al presentar su fórmula matemática a los fines de cuantificar los daños punitivos¹¹.

Sin embargo, como se refirió anteriormente, la fórmula en cuestión tiene principalmente en consideración la función disuasiva del instituto punitivo, de suerte que los parámetros establecidos para su calibración procuran justamente que la multa guarde cierta equivalencia con esa finalidad de desincentivar adecuadamente la reiteración de daños.

Concretamente las variables sobre las cuales se efectúa la relación matemática son las siguientes: cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados, probabilidad de ocurrencia del daño, probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de los daños, probabilidad de condena por daños punitivos y responsabilidad esperada para que el dañador sea disuadido conforme a los niveles de precaución deseables socialmente.

La fórmula agrega dos elementos a los fines de la graduación de los daños punitivos, como son la probabilidad de ser condenado a la reparación de daños y perjuicios, y de ser condenado al pago de multas punitivas.

Ambos cálculos probabilísticos quizás sean los aspectos más dificultosos de determinar, pero Irigoyen Testa explica que el valor de los mismos debiera definirse por el juez en base a presunciones *hominis*. Ello no quita, justamente por el carácter presuncional, que las partes puedan acompañar prueba tendiente a demostrar la mayor o menor grado de probabilidad de condena por dichos conceptos lo que tendrá incidencia directa en la fórmula.

Por nuestra parte al sostener y dar primacía a la finalidad punitiva del instituto, aun cuando valoremos y creamos que el mejor camino para la justificación del *quantum* de la multa debe ser mediante la utilización de fórmulas matemáticas, creemos que los componentes de la misma deben ser diversos a los utilizados por el autor bahiense.

IV. El Anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor y la cuantificación de daños punitivos

El anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor en su art. 118, denomina ahora como "*sanción punitiva*"¹², a los daños punitivos y conforme a la misma se

RDCO 282, 09/02/2017, 44. Por mayoría en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 se dijo que además, **de los parámetros enunciados en la normativa de consumo resulta conveniente acudir a fórmulas matemáticas.**

(11) IRIGOYEN TESTA, Matías. "Fórmulas para cuantificar los daños punitivos", *Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Derecho y Economía*, Fascículo N° 13, Abeledo Perrot, marzo de 2011, p. 83/ 96; SJA 30/3/2011 (Lexis 0003/015353).

(12) La Comisión Reformadora fundamenta el cambio de nombre del instituto en poner de resalto su función punitivo-sancionatoria, sosteniendo que la finalidad del instituto es "*castigar al pro-*

otorga a los jueces la atribución de aplicar los mismos al proveedor que actúa “*con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor*”.

Con ello se normativiza la corriente de opinión mayoritaria en nuestro país¹³ que propugna la necesidad de un factor de atribución subjetivo calificado de dolo o culpa grave como requisito necesario para la procedencia de los mismos, no bastando el mero incumplimiento del proveedor a sus obligaciones contractuales¹⁴.

Desde este punto de vista se ha sostenido 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*”¹⁵.

El articulado en análisis luego de delimitar el presupuesto fáctico de la figura punitiva a los casos de graves menosprecios a los derechos de los consumidores, enuncia distintas reglas concernientes a la aplicación de las multas punitivas, con algunas diferencias a aquellas que actualmente rigen el instituto en el art. 52 bis de la Ley de Defensa de Consumidor.

veedor que obra con notoria despreocupación respecto de los intereses de los consumidores, y al mismo tiempo, prevenir la reiteración futura de ese tipo de conductas”.

(13) Cám. Civ. y Com. Azul, sala II, “Newberry, Domingo S. c. Fiat Auto SA de Ahorro para Fines Determinados y otro/a”, 19/06/2019, Cita Online: AR/JUR/23567/2019CNCom., Cám. Civ. sala A, “Emacny SA s/ ordinario” S. 09/11/2010; ídem sala F, “R. S. A. c. Compañía Financiera Argentina SA”, S. 10/05/2012, Cita Online: AR/JUR/15752/2012 y “Murana c. Peugeot Citroen Argentina SA”, S. 05/06/2012, Cita Online: AP/JUR/2209/2012; ídem, sala D, “E. N. c. Galeno SA”, 28/06/2012; ídem, sala C, “P. G. M. c. Nación Seguros de Vida SA”, S. 11/07/2013, Cita Online: AR/JUR/49971/2013; CNCiv., sala H, “San Miguel c. Telecentro SA”, S. 10/12/2012, Cita Online: AR/JUR/74009/2012; CNFed. Civ. y Com., sala I, “L. M. c. Edesur SA”, S. 15/07/2014; TSJ Cba., “Teijeiro (o) Teijeiro, Luis M. c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICA s/ abreviado - otros - recurso de casación”, 15/04/2014, LL 2014-C-50; CCiv. y Com. Rosario, “Rodríguez c. AFA”, S. 09/04/2013; CCiv. y Com. Azul, “Rossi c. Whirlpool Arg. SA”, S. 11/06/2013, Cita Online: AR/JUR/44135/2013, entre otros.

(14) Por mayoría, en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 se resolvió que sin perjuicio de las deficiencias técnicas de la norma vigente (art. 52 bis Ley 24240), debe interpretarse que consagra un factor subjetivo de atribución agravado, consistente en la culpa grave o dolo del proveedor. En tanto que en relación a la norma proyectada se manifestó que la expresión “*grave menosprecio hacia los derechos del consumidor*” debe entenderse como comprensiva del dolo y la culpa grave.

(15) PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 621-622 y 624-626; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 570; PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén S. “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-B, 949.

Primeramente, se amplía la legitimación activa, además del consumidor damnificado se concede la facultad de su requerimiento por parte del Ministerio Público Fiscal e incluso habilita al propio juez para que la ordene de oficio, previo traslado en este caso al proveedor al presentarse la demanda. Además, en el caso de las acciones colectivas, se incluyen a todos los legitimados activos para promoverlas.

También se amplía los sujetos que pueden ser destinatarios y por tanto beneficiarios de las multas, ya que conforme al régimen actual, la misma solo puede ser recibida por el consumidor damnificado, mientras que el anteproyecto propone que el juez resuelva el destino, mediante resolución fundada.

De este modo se reserva al criterio discrecional del tribunal si la indemnización por este concepto será total o parcialmente entregada al consumidor o a otras personas como pueden ser entidades de defensa del consumidor.

Asimismo, se aclara que la solidaridad en el pago de la multa punitiva comprende únicamente a los proveedores autores de la conducta que dio lugar a la sanción punitiva, en caso de que sea más de uno el autor y no a toda la cadena de producción y comercialización (con independencia de su participación en la falta cometida), como pareciera entenderse del sentido literal del actual art. 52 bis de la Ley de protección a los consumidores¹⁶. También se destaca la no asegurabilidad de los mismos, es decir la prohibición del proveedor de asegurar la obligación de pagar esta sanción punitiva, lo cual es lógico porque de habilitarse su aseguramiento se atentaría contra la finalidad disuasiva del instituto.

En relación al tema de análisis, la normativa no contempla un mecanismo concreto de cuantificación de los daños, como por ejemplo se ha establecido en materia de indemnizaciones por lesiones o incapacidad en el art. 1746 CCCN, aunque sí se enumeran ciertos parámetros a los fines de su graduación¹⁷.

Se establece al respecto lo siguiente: *“2. El monto de la sanción se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El importe de la multa no puede ser superior al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157 inc. 2, o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor”*.

(16) En relación a la normativa vigente se ha establecido que *“Debe interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el art. 52 bis presupone coautoría o complicidad, por lo que no puede ser condenado a su pago aquel proveedor cuya conducta no encuadra en los requisitos para la aplicación de la figura”*. XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil desarrolladas en Córdoba en el año 2009.

(17) Por unanimidad, en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 se resolvió que: *“Para la cuantificación de los daños punitivos deben ponderarse los parámetros valorativos establecidos en el art. 52 bis de la ley 24240 y en el art. 118 del PDL”*.

Además de la “*gravedad del hecho*” y “*demás circunstancias del caso*”, que son las pautas actualmente consagradas en la Ley de Defensa de Consumidor vigente, se incorporan los siguientes criterios a fin de graduar el monto de la sanción: repercusión social de la conducta, beneficios que el proveedor obtuvo o pudo obtener, efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañado y la posible existencia de otras sanciones administrativas o penales.

A continuación, analizaremos cada uno de los referidos parámetros enunciados en el Anteproyecto.

a) Las circunstancias del caso

Primeramente, se adopta un criterio sumamente genérico, ya que las circunstancias de todo caso son siempre infinitas lo que implica una enorme dificultad para el proveedor de bienes y servicios de la posibilidad de anticipar cuáles van a ser los parámetros concretos del caso que van a considerarse a los fines cuantificatorios, además de los que enuncia expresamente la disposición.

Sin embargo, con la fórmula amplia de “*circunstancias del caso*” se procura dar flexibilidad a la valoración de la falta cometida, facultando al juez a incorporar al análisis para justificar el importe final de la multa, cualquier característica particular del siniestro que en su opinión deba considerarse con incidencia a los fines de efectuar el cálculo cuantificatorio.

Ahora bien, dentro de las circunstancias del caso, la normativa del Anteproyecto le impone al juez el tener “*especialmente*” en cuenta determinadas circunstancias especiales por considerarlas relevantes a los fines de la cuantificación. Esto implica que si el juez decide tomar en consideración otras circunstancias adicionales deberá expresarlas y justificar su relevancia para incorporarlas. No basta con que enuncie genéricamente que se han tomado en cuenta diversas circunstancias del caso o condiciones especiales del mismo, sin indicar a cuáles refiere y las razones de su incidencia en el importe final de la multa.

Por otra parte, creemos que estas circunstancias especiales que incorpora el Anteproyecto pueden ser utilizadas para la graduación de los daños punitivos actualmente, a pesar de no estar mencionadas en el art. 52 bis de la Ley de Defensa de Consumidor, ya que pueden ser subsumidas dentro del criterio genérico de “*demás circunstancias del caso*” al que sí se hace referencia.

b) La gravedad de la conducta del sancionado

Este criterio al igual que el anterior, están mencionados en el régimen vigente de daños punitivos (art. 52 bis Ley 24240) y se justifica ya que la finalidad sancionatoria del instituto debe medirse principalmente por una evaluación acerca de la gravedad de la conducta del sancionado y de los daños consecuentes que le son atribuibles.

Mientras más grave sea la conducta dañosa de acuerdo al principio de proporcionalidad de la pena se debe castigar con mayor severidad la acción u omisión cometida por el proveedor, lo que implica un importe mayor de indemnización punitiva y a la inversa.

De este modo, también se contribuye eficientemente a evitar la repetición de ese tipo de conductas, en particular de las de mayor gravedad, ya que la más alta indemnización desincentiva a que vuelvan a cometerse.

Conforme fue mencionado anteriormente, la acreditación de una conducta de gravedad en perjuicio de los derechos del consumidor, es un presupuesto necesario para la procedencia de la sanción punitiva. Ahora bien, la intensidad cuantitativa y cualitativa de esa gravedad constituye un elemento valorativo fundamental también para la graduación del importe de la sanción económica.

A los fines de medir esta circunstancia será importante determinar la imputación subjetiva que le es atribuible al sujeto, es decir si obró con dolo o culpa grave. También cuál o cuáles fueron los derechos del consumidor que fueron o pudieron haber sido afectados por la conducta del dañador, si se trataron de derechos de naturaleza patrimonial o personalísimos y su repercusión¹⁸. Igualmente, si los intereses que fueron afectados pueden fácilmente ser recompuestos o si por el contrario ello es imposible o de dificultosa posibilidad. Por último, la conducta llevada adelante por el dañador con posterioridad al siniestro también es de utilidad para evaluar la gravedad de la misma y de ese modo justificar una graduación mayor o menor del importe de la sanción pecuniaria.

c) Su repercusión social

Esta circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a la anterior, ya que un parámetro importante para medir la gravedad de la conducta es la repercusión social que la misma ha tenido.

Entiendo yo que el presente criterio apunta esencialmente: 1) Al número de consumidores y usuarios cuyos derechos efectivamente han resultado afectados por la conducta dañosa desplegada por el proveedor incumplidor de sus obligaciones; y 2) Al total de potenciales damnificados, cuyos derechos han sido puestos bajo amenaza de daño con motivo de ese obrar.

Hoy el principio de prevención de daños (arts. 1710, 1711 y 1712 CCCN, art. 52 Ley 24240, art. 5 del Anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor) tiene un alcance esencialmente social.

(18) "Así no será lo mismo que el daño resulte de las molestias ocasionadas en una demora de varios días para instalar un servicio domiciliario, a que el consumidor vea afectada seriamente su salud a causa de haber ingerido un producto alimenticio en mal estado". CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. "Los Daños Punitivos en la Argentina", ob. cit., p. 205.

Cada vez se evidencia con mayor claridad que el fenómeno resarcitorio ha dejado de ser exclusivamente un cuestión individual y bilateral que involucra y afecta exclusivamente a los dos sujetos de la obligación resarcitoria (víctima y victimario), porque los efectos perjudiciales del siniestro pocas veces quedan únicamente en el ámbito del damnificado, ya que lo trascienden afectando negativamente a una pluralidad de personas, de allí que pueda hablarse de una trascendencia social y económica del daño¹⁹. Recuérdese que los daños punitivos contienen una función de naturaleza preventiva mediante la disuasión que procuran.

Desde esta perspectiva, el número de consumidores que fueron perjudicados o que fueron amenazados de serlo o que continúan en ese estado de peligro, constituyen datos relevantes para graduar objetivamente la gravedad de la conducta del sancionado y coherentemente con ello el importe de la indemnización punitiva.

d) Los beneficios que obtuvo o pudo obtener el proveedor

Este criterio apunta a determinados supuestos en los cuales se considera pueden tener cabida o campo de aplicación los daños punitivos, como son los casos de los llamados “*ilícitos lucrativos*” o “*culpas lucrativas*”.

Me refiero por tales a aquellas situaciones de daños causados en las cuales luego de pagada la indemnización resarcitoria de daños y perjuicios, aún subsiste para el dañador una ganancia o beneficio económico proveniente del ilícito y por tanto permanece el incentivo desde el punto de vista económico para continuar realizando la conducta dañosa.

En algunos países reticentes a la aceptación de este instituto de los daños punitivos, se ha propuesto la admisión de la figura de análisis únicamente en estos casos, así la Proposición de Ley Francesa de 9 de Julio de 2010 en su art. 1386-25 admite las indemnizaciones punitivas en la medida que exista un enriquecimiento para el autor del daño que su sola reparación no sea suficiente para eliminar.

Con esto obviamente se reduce considerablemente el radio de acción de los daños punitivos, afortunadamente no es el criterio seguido por la actual legislación argentina sobre el tema ni tampoco por la proyectada, ya que para su procedencia basta con la existencia de un daño proveniente de un menosprecio grave a derechos del consumidor, independientemente de si obtuvo o no una ganancia a consecuencia de ello.

(19) Ver: Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. “La función preventiva de la responsabilidad civil”, LL 2016-F, p.1. OSSOLA, Federico A. “Responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 197. ALTERINI, Atilio A. “Soluciones del proyecto de Código en materia de Responsabilidad”, LL 2012-D, p.1157. SEMA, José Ignacio. “La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal”, DJ 16/09/2015, p.1.

Ahora bien, si efectivamente obtuvo una ganancia económica o pudo obtenerla de la ejecución de la conducta ilícita, dichos beneficios se convierten automáticamente en incentivos para continuar desarrollando la actividad generadora de daño.

Dichos incentivos se incrementan aún más si existe una escasa o baja probabilidad de ser demandado el proveedor incumplidor y obligado judicialmente al pago de los daños y perjuicios. También aumentan si subsiste o existe la posibilidad de conservar un enriquecimiento económico luego de abonada la indemnización resarcitoria.

Con dichos fundamentos que procuran en definitiva dismantelar los efectos lucrativos del ilícito, al no conseguir ser neutralizados completamente por la simple reparación de los daños, es que se justifica su consideración para incrementar el importe de la sanción pecuniaria y de ese modo asegurar la finalidad disuasiva-preventiva del instituto.

Repito: el parámetro de análisis debiera ser utilizado únicamente para incrementar la cuantía de la multa y es por ello que no se está de acuerdo en que el criterio pueda ser utilizado también para funcionar como tope indemnizatorio.

Concretamente el Anteproyecto establece que la indemnización punitiva no puede superar cinco mil Salarios Mínimos Vitales y Móviles, o diez veces la ganancia efectivamente obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, lo que resulte superior.

De suerte que si la ganancia esperable de obtener por el proveedor al desarrollar la conducta dañosa era superior a cinco mil salarios mínimos y existe una baja posibilidad de ser demandado judicialmente, probablemente el agente ejecute la conducta dañosa.

De igual modo, si la ganancia efectivamente obtenida no supera los cinco mil salarios mínimos, este importe actuará como tope legal máximo de indemnización punitiva, aun cuando la ganancia esperable haya sido muy superior y en razón de ello el agente haya realizado la grave conducta dañosa, lo cual desvirtúa la finalidad disuasiva que el instituto persigue.

Obsérvese que la normativa proyectada refiere a "*beneficios*" en lugar de "*ganancias*" como expresaba el Proyecto de 1998, lo que implica que si bien dichos beneficios normalmente se plasmarán en ingresos económicos obtenidos a consecuencia de la infracción cometida, también puede implicar un "*beneficio*" para el proveedor observable en la obtención efectiva o potencial de un posición de privilegio o dominante en el mercado, lo que lo motiva a realizar el incumplimiento que causa el menoscabo al consumidor. Ello también servirá de pauta para la graduación del importe de la multa.

e) Los efectos disuasivos de la medida

Este es un criterio fundamental ya que refiere concretamente a una de las finalidades de la figura punitiva como es la de procurar evitar la reiteración de conductas graves del proveedor en perjuicio de los consumidores y usuarios.

Estimo que el presente parámetro es el argumento más importante para sostener la inconveniencia de establecer un tope legal máximo de indemnización por este concepto sancionatorio, por cuanto como se expresó anteriormente el referido tope puede atentar contra la finalidad disuasiva del instituto.

Ello es fácilmente constatable en el régimen legal vigente, en el cual el tope ha sido establecido en una suma fija de cinco millones de pesos. En la medida que el proveedor conserve un saldo de ganancia esperable o efectivo de la actividad dañosa, luego de efectuar el pago de la indemnización compensatoria y punitiva fijada en ese importe, probablemente continúe ejecutando la actividad de grave menosprecio a los derechos de los consumidores.

La objeción planteada considero subsiste aun cuando se establezca un tope legal máximo no atado a una suma fija, sino variable como el mínimo salario vital y móvil o se establezca en un porcentaje de la ganancia efectivamente obtenida.

Estimo que hubiera sido preferible que la limitación al importe de las indemnizaciones punitivas no se establezca legalmente y en todo caso se faculte al juez para fijarlo teniendo en consideración la finalidad disuasiva y sancionatoria que el importe establecido puede tener en el caso concreto. En este sentido se pronuncia Irigoyen Testa²⁰ al decir que el monto debe estar condicionado al logro del cumplimiento de los propósitos preventivos - y agrego yo sancionatorios - de esta multa civil.

Así en el Derecho Comparado puede leerse la siguiente fórmula conforme a los lineamientos de propuesta que se plantea, prescribe el Código Civil de Quebec (1992) en su art. 1621, lo siguiente: *“Cuando la ley prevé la atribución de daños intereses punitivos, estos no pueden exceder, en valor, lo que resulta suficiente para asegurar su función preventiva. Se aprecian teniendo en cuenta todas las circunstancias apropiadas, especialmente, la gravedad de la culpa del deudor, su situación patrimonial, o la extensión de la reparación debida al acreedor, así como, dado el caso, el hecho de que el pago reparador haya sido, en todo o en parte, asumido por un tercero”*²¹.

También González Vila²² se pronuncia contra los topes matemáticos fijos de la sanción punitiva por atentar contra *“la finalidad preventiva y sancionatoria por cuanto permiten el cálculo anticipado del proveedor para generar su incumplimiento eficiente y/o*

(20) IRIGOYEN TESTA, Matías. “El tope apropiado de los Daños Punitivos”, RCyS 2010-XI, 48.

(21) GARDNER, Daniel. “Una tentativa de civilizar los daños punitivos: el caso de Quebec”, RCyS2019 - Edición Especial, 221 - ADLA2019-5, 141.

(22) GONZÁLEZ VILA, Diego S. “¿Es conveniente el tope matemático fijo de las sanción punitiva dejando su destino librado al prudente arbitrio judicial en todos los casos?”, Ponencia presentada

culpa lucrativa, la que, sumada al insuficiente sistema resarcitorio de “reparación plena”, a la morosidad judicial, devaluación e inflación sistemática de la economía argentina, permite licuar la condena impuesta al momento del pago efectivo”.

f) El patrimonio del dañador

Esta circunstancia ha sido tenida en cuenta en atención a que el nivel económico y solvencia del dañador puede tener incidencia en el reproche sancionatorio que busca la aplicación de la multa.

Una indemnización punitiva de baja cuantía a un proveedor que tiene un gran patrimonio, produce que la misma “*le duela*” poco o mejor dicho que el castigo sea leve con independencia de la gravedad de la conducta. A la inversa, una indemnización aun de baja cuantía puede producir una repercusión negativa alta, si el proveedor es un sujeto de escaso patrimonio.

Irigoyen Testa²³ no está de acuerdo en que el patrimonio del dañador daba ser tenido en cuenta para ponderar la cuantía de los daños punitivos, ya que desde su posición la principal función del instituto es la disuasión, mientras que la función de sanción a la que apunta este parámetro tiene un carácter netamente accesorio.

Por mi parte, estimo que las dos funciones que procuran lograr los daños punitivos -la punición y la disuasión- tienen igual jerarquía o rango, siendo por tanto ambas principales y se complementan mutuamente.

Sin perjuicio de ello, coincido en que el patrimonio del proveedor en principio no debiera ser un elemento de consideración al menos a los fines de elevar el importe de la multa. Es dable aclarar que me estoy refiriendo a la situación económica patrimonial del dañador y no a las ganancias provenientes del menoscabo que sí deben ser valoradas al momento de la cuantificación.

Entiendo que el principio de igual tratamiento ante la ley podría resultar vulnerado si se toma esta circunstancia concreta de nivel económico de bienes para justificar la imposición de multas con importes diferenciados frente a la comisión de una misma grave falta a un consumidor.

Mientras que, eventualmente, sí estimo podría ser utilizado el criterio para justificar una disminución de la indemnización atendiendo a razones de justicia en el caso concreto y principalmente a otros efectos de trascendencia social que la misma

en XX Congreso argentino de Derecho del consumidor (Debate del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor).

(23) IRIGOYEN TESTA, Matías. “Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos”, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 567.

podría tener. Cossari²⁴ ejemplifica lo nefasto que sería para la sociedad el cierre de una empresa con pérdida de trabajos si la multa lo lleva al proveedor a la ruina.

Tal vez hubiera resultado más adecuado incorporar como pauta para la graduación la posición de mercado del proveedor, antes que su patrimonio. Ejemplifica Chamatropulos que hay que distinguir si quien actúa ilícitamente es una compañía que ostenta un monopolio, una empresa líder en algún segmento o un pequeño comercio sin sucursales²⁵.

g) La posible existencia de otras sanciones penales o administrativas

La última de las circunstancias que son enumeradas para la graduación del importe de la pena apunta a la existencia de otras sanciones de naturaleza penal o administrativa. Este parámetro apunta esencialmente a la necesidad de valorar el efecto sancionatorio y disuasivo que ya ha tenido para el dañador la aplicación de otras sanciones como consecuencia de la comisión de esa grave conducta perjudicial.

Se coincide con Irigoyen Testa²⁶ que para ser objeto de ponderación este criterio se requiere necesariamente que la sanción penal o administrativa haya sido efectivamente ordenada, no bastando con la posibilidad de su aplicación, ya que el efecto punitivo y disuasivo se concreta con la aplicación de la misma, antes que con su amenaza.

Si sé que determinada conducta dañosa acarrea solo una posibilidad de ser castigado que puede o no concretarse, entonces el efecto disuasivo claramente se diluye.

Es de destacar la indebida omisión que se realiza entre los parámetros enunciados al importe de la indemnización por daños y perjuicios a que fue condenado el proveedor, ya que la misma tiene una incidencia directa en las funciones que se persiguen mediante la aplicación de los daños punitivos.

Entiendo que existe una independencia aunque no absoluta sino relativa entre las indemnizaciones por sanciones pecuniarias disuasivas y las correspondientes por compensación de daños, ya que, si bien ambas responden a finalidades primarias distintas, la primera la sanción y la segunda la reparación, pero también comparten una finalidad común de prevención genérica disuasiva, aunque con distinta intensidad.

(24) COSSARI, Maximiliano. "Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *RCyS2012-XII*, 53.

(25) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. "Los Daños Punitivos en la Argentina", *ob. cit.*, p.205.

(26) IRIGOYEN TESTA, Matías. "Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos", *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 27/03/2019, 567.

Ello justifica que, ante una indemnización resarcitoria elevada, la cual contempla un mayor “*poder disuasivo*”, pueda justificarse una reducción del importe en la multa punitiva, y a la inversa.

En consecuencia, se piensa que más allá de tratarse de indemnizaciones con finalidades distintas (reparación y sanción), la cuantificación del daño en la faz resarcitoria constituye una variable con incidencia en la valoración del daño punitivo, y por tanto con efecto en su cuantificación²⁷.

Desde esta perspectiva explica Irigoyen Testa²⁸ que es precisamente cuando la indemnización por daños y perjuicios no es suficiente para cumplir con la función de disuasión deseable socialmente, es necesario que los daños punitivos entren en escena para aportar su función principal preventiva mediante una sanción pecuniaria.

Mientras que si por el contrario la condena exclusiva por daños y perjuicios es idónea para satisfacer la función de disuasión deseable socialmente, entonces, la condena por daños punitivos carece de fundamento jurídico conforme con su finalidad principal disuasoria y accesoria sancionatoria.

En definitiva, se estima que debió haberse incorporado a la variable en cuestión la cuantía de la indemnización compensatoria de los daños, por ello se adhiere a la propuesta de Irigoyen Testa, para quien a los fines ponderativos deberá tenerse en consideración la existencia de otras “*condenas firmes pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del mismo hecho*”²⁹.

Si bien la existencia de otras sanciones pecuniarias administrativas, penales o civiles recaída sobre el mismo hecho infractor con anterioridad pueden justificar una disminución en la cuantía indemnizatoria de la multa punitiva, por el contrario en caso de reincidencia, es decir de incurrir en una nueva conducta dañosa similar por la que ya ha sido penada debe constituir una razón para elevar el importe de la sanción, ya que ello pone de manifiesto la ineficacia disuasiva de la sanción anterior.

También se ha omitido como parámetro esencialmente vinculado a la finalidad disuasiva del instituto, la posibilidad que terceros o el mismo infractor pueda incurrir nuevamente en la misma conducta dañosa si no hay condena punitiva o si se trata por el contrario de un hecho aislado con escasa probabilidad que se repita.

(27) Entre otros, Martinotti expresa que el juzgador a la hora de imponer este tipo de sanciones debería considerar, además de la gravedad de la falta, la entidad del daño producido. MARTINOTTI, Diego F. “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, LL 2001-F-1317. Por el contrario, por mayoría se aprobó en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 que: “*La cuantificación del daño punitivo es independiente de la cuantía del daño que eventualmente deba indemnizarse*”.

(28) IRIGOYEN TESTA, Matías. “Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos”, *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 27/03/2019, 567.

(29) *Idem*.

De igual modo, otra variable puede ser la existencia de otros damnificados con derecho a reclamación, puesto que si existen otros procesos que se tramitan en forma simultánea contra el demandado en la cual se persigue también la aplicación de daños punitivos por una misma conducta, si no se unifican deberá esa circunstancia ser tenida en cuenta para limitar su cuantía.

Incluso puede justificarse su improcedencia en caso de acreditarse que ya ha sido sancionado el dañador por dicha conducta en forma suficiente porque se le ha aplicado una indemnización sancionatoria adecuada en otro proceso anterior, so riesgo de incurrir en una punición excesiva o irrazonable que admite ser morigerada conforme al art.1714 y 1715 CCCN.

V. Conclusiones

Los daños punitivos tienen reconocimiento legal en nuestro país y se impone su aplicación en aquellos casos autorizados normativamente. Es preciso realizar una labor interpretativa adecuada por parte de la doctrina de esa normativa a los fines de clarificar los presupuestos o requisitos que deben cumplirse para su procedencia. En esa tarea no debe perderse la finalidad principal del instituto que es esencialmente sancionatoria, es decir castigar graves conductas reprochables de los proveedores que atentan contra la dignidad del consumidor, que tiene protección constitucional (art. 43 CN).

Existe un deber legal (art. 3 CCCN) que impone la justificación de la operación cuantitativa de los daños punitivos y en consecuencia obliga a efectuar al juez una ponderación de los criterios legalmente establecidos a dichos efectos. Se estima que el mejor modo de cumplir con dicho mandamiento legal es mediante la utilización de fórmulas matemáticas.

A los fines de realizar la operación cuantitativa resulta de utilidad la determinación de los criterios valorativos que deben ser tenidos en cuenta para ponderar los importes indemnizatorios finales de las multas punitivas.

Dichos criterios han sido ampliados en el Anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor (art. 118) respecto a los enunciados en el régimen actualmente vigente (art. 52 bis Ley de Defensa de Consumidor) lo que resulta altamente beneficioso, ya que importa incorporar nuevas pautas que deberán ser judicialmente atendidas y expresada para justificar la cuantía que se ordena pagar en concepto de multa punitiva disuasoria.

Si bien la enunciación de nuevos parámetros es positiva, también se advierte la omisión de criterios importantes y que su aplicación en concreto puede resultar conflictivo con el establecimiento de un tope legal indemnizatorio por este rubro, de allí que se sostenga la inconveniencia de conservar dicho techo indemnizatorio.

VI. Bibliografía

ACCIARRI, Hugo A. "Funciones del derecho de daños y de prevención", *Revista La Ley* 2013-A-717.

ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. "La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino", *JA* 2008-II-1246.

ALVAREZ LARRONDO, Federico M. "Los daños punitivos", *Revista La Ley* 2000-A- 1111.

ALTERINI, Atilio A. "Soluciones del proyecto de Código en materia de Responsabilidad", *Revista La Ley* 2012-D-1157.

BILBAO ARANDA, Facundo M. "El grado de discrecionalidad judicial para fijar el monto del daño punitivo", *RDCO* 282, 09/02/2017, 44.

BRUN, Carlos A. "¿Hacia un derecho preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados daños punitivos)", *Revista Doctrina Judicial* 2004-3-1228.

BRUN, Carlos A. "¿Aplicación de daños punitivos por analogía?", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2016-II-51.

CORNET, Manuel - RUBIO, Gabriel Alejandro. "Daños punitivos", *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, volumen III, Ed. Alveroni, Córdoba, Argentina, 1997.

COSSARI, Maximiliano. "Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2012-XII-53.

COSSARI, Maximiliano. "Prevención y punición en la responsabilidad civil", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2017.

CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. "Los Daños Punitivos en la Argentina", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009.

FRÚGOLI, Martín A. - BOTTA, Federico A. "Daños punitivos en el Código Civil y Comercial argentino", *Revista de Responsabilidad Código Civil y Comercial* 2018-III-189.

GARDNER, Daniel. "Una tentativa de civilizar los daños punitivos: el caso de Quebec", 2019 - Edición Especial, 221 - *ADLA*2019-5, 141.

GONZÁLEZ VILA, Diego S. "¿Es conveniente el tope matemático fijo de las sanción punitiva dejando su destino librado al prudente arbitrio judicial en todos los casos?", Ponencia presentada en XX CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR (Debate del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor).

IRIGOYEN TESTA, Matías. "El tope apropiado de los Daños Punitivos", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2010-XI, 48.

IRIGOYEN TESTA, Matías. “Fórmulas para cuantificar los daños punitivos”, *Revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Derecho y Economía, Fascículo N° 13*, Abeledo Perrot, marzo de 2011.

IRIGOYEN TESTA, Matías. “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables”, *DCCyE 2011* (diciembre), 19/12/2011, 87, Cita Online: AR/DOC/5799/2011.

IRIGOYEN TESTA, Matías. “Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos”, *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 27/03/2019, 567 (2019).

LÓPEZ COQUET, Lucía - MARCELLINO, Leonardo. “Daños punitivos por inobservancia al deber de información en forma gratuita a favor del consumidor”, *Revista La Ley* 03/05/2021.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Los daños punitivos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. “Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, *Revista Jurisprudencia Argentina* 2008-II-1201.

MARTINOTTI, Diego F. “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista La Ley* 2001-F-1317.

MARTINOTTI, Diego F. “La aplicación analógica de los daños punitivos”, *Revista La Ley* 2016-A-135.

MARTINOTTI, Diego F. “La cuantificación de los daños punitivos”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2016-X-61.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación”, *Revista El Derecho* T.205-997 (2008).

MOSSET ITURRASPE, Jorge. “La ‘multa civil’ o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998”, *Revista La Ley* 2000-B-1277.

NALLAR, Florencia. “Prevención del daño: La multa civil o daño punitivo en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *ADLA* 2007-E-5494.

NALLAR, Florencia. “Imprudencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes”, *Revista La Ley* 2009-D-96.

OSSOLA, Federico A. *Responsabilidad civil*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

PIAGGIO, Aníbal Norberto- COMPIANI, M. Fabiana - CABRERA, Delma - VETRANO, Alejandro Javier, “Las condenaciones punitivas y el Proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2000, p.68.

PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

PIZARRO, Ramón D. "Daños punitivos", en "*Derecho de daños*", Segunda parte, Kemelmajer de Carlucci, Aída (Dir.), Parellada, Carlos A. (Coord.), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993.

PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén S. "Reformas a la ley de defensa del consumidor", *Revista La Ley* 2009-B-949.

PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Gustavo G. *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2018.

PONS, Marcela V. - CORENFELD, Julio. "Cuantificación de daños punitivos", *Suplemento Jurisprudencia Argentina* 21/03/2018, p. 27.

QUAGLIA, Marcelo C. "El daño punitivo: la posibilidad de extender su aplicación más allá de la Ley de Defensa del Consumidor", *Revista La Ley* 2016-A-141.

SEMA, José Ignacio. "La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal", *Revista Doctrina Judicial* 16/09/2015.

TRIGO REPRESAS, Félix A. - LOPEZ MESA, Marcelo J. "Tratado de la Responsabilidad Civil", T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.

TOLOSA, Pamela. "Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales," en *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, Vol. 3-1, p.78, en <http://lajle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3>

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. "La función preventiva de la responsabilidad civil", *Revista La Ley* 2016-F-1.

