

**DAÑO PUNITIVO:
UN ANÁLISIS EN TORNO A SU ROL PREVENTIVO Y A LAS HERRAMIENTAS
DE SU CUANTIFICACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR ARGENTINO**

Por Franco Nicolás Michi¹

Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2021

ARK CAICYT: <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/fqsb4ukit>

La importancia de la prevención
se trasluce con todas sus fuerzas
en un mundo que está constantemente enfocado
en la potencialidad del futuro.

Resumen

El objeto de este trabajo es señalar en qué medida las fórmulas de cuantificación del Análisis Económico del Derecho, son necesarias a los fines de robustecer la función preventiva de los daños punitivos en el Derecho del consumidor argentino.

Se concluye a través de un diseño no experimental explicativo y un abordaje cualitativo que el daño punitivo posee una eminente función preventiva que admite dotarse de las herramientas de cuantificación que propone el Análisis Económico del

¹ Abogado de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, sede Trelew (UNPSJB). Especialista en Derecho de Daños por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Justicia Constitucional y Derecho Humanos (Bolonía, Italia). Doctorando en Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Docente (UNPSJB). Miembro del Centro de Estudios en Contratos Civiles, Comerciales y Derecho del Consumidor y la Empresa (UCES). Investigador de UCES en el Proyecto de Investigación “La naturaleza jurídica del daño punitivo y su cuantificación en la jurisprudencia argentina”, bajo la dirección de la Dra. Graciela Ritto.

Derecho a los fines de lograr mayor eficiencia en su aplicación en el Derecho del consumidor argentino.

Abstract

The purpose of this work is to indicate to what extent the quantification formulas of the Economic Analysis of Law are necessary in order to strengthen the preventive function of punitive damages in Argentine consumer law.

It is concluded through a non-experimental explanatory design and a qualitative approach that punitive damage has an eminent preventive function that admits to be endowed with the quantification tools proposed by the Economic Analysis of Law in order to achieve greater efficiency in its application in the Argentine consumer law.

Resumo

O objetivo deste trabalho é indicar em que medida as fórmulas de quantificação da Análise Econômica do Direito são necessárias para fortalecer a função preventiva dos danos punitivos no direito do consumidor argentino.

Conclui-se através de um desenho explicativo não experimental e de uma abordagem qualitativa que o dano punitivo tem uma eminente função preventiva que se admite ser dotada dos instrumentos de quantificação propostos pela Análise Econômica do Direito para conseguir maior eficiência em sua aplicação na Argentina direito do consumidor.

Palabras clave

Daño punitivo, defensa del consumidor, función preventiva, análisis económico del Derecho, cuantificación de los daños.

Keywords

Punitive damage, consumer defense, preventive function, Economic analysis of Law, quantification of damages.

Palavras chave

Dano punitivo, defesa do consumido, função preventiva, análise econômica do Direito, quantificação de danos.

1. Introducción

En el presente trabajo abordamos la figura del daño punitivo desde su faz preventiva, en consonancia con el redimensionamiento del ordenamiento jurídico argentino, en torno a la renovada cosmovisión jurídica superadora del paradigma resarcitorio.

Con dicho propósito, consideramos menester recorrer el nuevo paradigma desde la clarificación conceptual previa del instituto, para así después analizar los vaivenes legislativos y pretorianos del mismo.

Asimismo, será preciso esclarecer la terminología que se ha utilizado hasta la actualidad, a los fines de entender con mayor precisión al instituto de Daños Punitivos, con la intención de no introducirnos en la discusión en torno a su naturaleza como criterio de admisibilidad o rechazo del instituto.

En este sentido, pretendemos situar el debate en un escalón superior que permita la eficiente aplicación de una necesaria herramienta jurídica, insoslayable en la sociedad de consumo.

Bajo este contexto nos preguntamos en qué medida las fórmulas de cuantificación del análisis económico del Derecho, AED, son necesarias a los fines de robustecer la función preventiva de los daños punitivos en el Derecho del consumidor

argentino.

A tal fin nos hemos propuesto como objetivo general señalar en qué medida las fórmulas de cuantificación del AED son necesarias a los fines de robustecer la función preventiva de los daños punitivos en el Derecho del consumidor argentino.

Optamos por un diseño no experimental y explicativo mediante el examen semántico de los daños punitivos y el estudio legislativo, jurisprudencial y doctrinario del instituto y las herramientas del AED.

En este derrotero, sostenemos como hipótesis que: el daño punitivo posee una eminente función preventiva que admite dotarse de las herramientas de cuantificación que propone el Análisis Económico del Derecho a los fines de lograr mayor eficiencia en su aplicación en el Derecho del consumidor argentino.

De esta manera, asistimos a transitar el redimensionamiento de los daños punitivos desde el cimero protagonismo de la faz preventiva en el ordenamiento jurídico argentino.

2. Los daños punitivos: la situación en el Anteproyecto y el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

En primera medida es dable consignar que, al momento de elaboración del Código Civil y Comercial de la Nación, CCCN, la figura en estudio fue objeto de tensiones en cuanto a si debía o no ser una de las funciones del derecho de daños. En virtud de ello, las oscilaciones que tuvo el instituto tuvieron por resultado dejar más dudas que certezas.

En este designio, con la intención de dilucidar la confusión que arrojan los arts. 1714 y 1715 del actual CCCN es necesario explicar el *iter* legislativo que lo antecede.

Así, en un primer momento el texto del Anteproyecto realizado por la Comisión de Reforma del Código Civil y Comercial contempló en el art. 1713 a la sanción pecuniaria disuasiva.

En tal sentido, se dispone que el juez posea atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados en el art. 14, inciso c). Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, 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.

Asimismo, contemplaba que la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en ese artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

En esta línea, es menester aclarar que el Proyecto del CCCN receptaba igualmente al daño punitivo con el nombre de sanción pecuniaria disuasiva en su art. 1714, mientras que el art. 1715 se encargaba de regular la punición excesiva de la misma.

Por su parte, el art. 1714 establecía la sanción pecuniaria disuasiva estableciendo que el juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.

A su vez, consignaba que podían peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, 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. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por

resolución fundada (Proyecto de Código Civil y Comercial. Designado por Decreto 191/2011).

En consecuencia, el art. 1715 expresaba respecto a la punición excesiva que, si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida (Proyecto de Código Civil y Comercial).

Bajo el panorama descripto, la incorporación de estos dos preceptos del Proyecto del CCCN traía consigo indefectiblemente la reforma del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, LDC. En consecuencia, también se suprimía el tope sancionatorio que incluyó la ley 26.361 en el 2008.

Posteriormente, la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación modificó sustancialmente el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva, desdoblando el art. 1715 del proyecto en el actual 1714 y 1715 del CCCN.

El primero de ellos ha quedado descontextualizado tras modificar lo expresado por el art. 1714 del proyecto. Es por ello que actualmente el 1714, el cual era una parte del 1715 del proyecto, recepta la idea de la punición excesiva o irrazonable que el juez debe computar para fijar de manera prudencial su monto.

A esta altura se hace ostensible que, pese a la descontextualización de las maniobras legislativas, este artículo no ha perdido utilidad para el judicante. En efecto, el art. 1715 actúa como contrapeso de eventuales excesos en la aplicación y cuantificación de la sanción disuasiva respecto de un mismo hecho (Casas, 2014, p. 159, T. 2).

Entre otras cuestiones, consideramos, que la redacción del anteproyecto era de alcances acotados, al menos si se compara con el texto de la LDC 52 bis, y asimismo se receptaba exclusivamente para derechos de incidencia colectiva, cuestión que consideramos una injusta restricción.

En relación a lo expuesto resta considerar cómo debemos entender la situación del daño punitivo, sanción pecuniaria disuasiva, en el vigente CCCN. Como respuesta, se debe entender que la misma fue sustraída en forma expresa del régimen de la responsabilidad civil, mientras que subsiste intacto el defectuoso texto del art. 52 bis de la LDC.

De esta forma este último artículo, en caso de no haberse modificado la premisa original de los arts. 1714 y 1715 del Proyecto del CCCN, hubiese quedado redactado de la siguiente manera: art. 52 bis de LDC: Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, 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. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

Finalmente, conforme el despacho mayoritario de la comisión N° 4 en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata 2017 se entiende que en el régimen vigente solo se admiten los daños punitivos en el derecho del consumidor, por lo que es improcedente su aplicación analógica a otros supuestos.

En resumen, entiende la doctrina mayoritaria, en palabras de Galdós (2015) que

El Anteproyecto incorporaba una valiosa función de la responsabilidad civil, la sancionatoria-disuasiva, que se emplazaba como regla general del Derecho Privado (art. 1714). Su supresión por la Comisión de Reformas deja subsistente el actual artículo 52 bis de la LDC y los artículos 1714 y 1715 otorgan a los jueces una facultad correctora o morigeradora de eventuales excesos en la

punición, sea de obligaciones legales o convencionales o en cuestiones de la responsabilidad civil (p. 338).

Dejamos sentado bajo este título que no compartimos la postura mayoritaria respecto a no incluir a los daños punitivos dentro de la responsabilidad civil.

3. La prevención de los daños injustos como finalidad de los daños punitivos

Bajo el presente título consideramos menester resaltar la idea de que es mejor prevenir que reparar, pues la reparación presupone un daño injusto, el cual no puede ser borrado así se procure una excelente compensación en favor de la víctima (Zavala de González, 2011, p. 1117).

En este sentido, el CCCN ha venido a anteponer la función preventiva a cualquiera de las otras funciones restantes. La realidad de nuestra historia teórica-práctica del derecho privado ha constatado que la función principal ha sido la función resarcitoria, empero en la modernidad, se modifica el eje central de la responsabilidad que está basada en el daño, para actuar con anterioridad, es decir; ante la amenaza, lo cual importa reconstruir unos de los principios básicos del sistema, referido a que no existe responsabilidad sin daño (Lorenzetti, 2003, p. 993).

Como señalan Picasso y Sáenz (2019), se trata de "...privilegiar el actuar anticipado frente al accionar posterior propio de la reparación" (p. 97, T. 1).

Desde esta perspectiva, explica Zavala de González (2011) que el objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran (p. 1116).

En este cambio de paradigma es que consideramos que juega un nuevo rol la función preventiva en el ámbito del instituto del daño punitivo el cual, pese a tener en su génesis un carácter sancionatorio, conservando dicha función como carácter accesorio al preventivo, consideramos que la finalidad primigenia y fundante del daño punitivo es la prevención.

En la misma línea se expresa Ritto (2011) al sostener que mediante la aplicación de los daños punitivos se enfatiza la idea de disuadir tanto al demandado, como también a todo aquel que intente conductas similares en lo sucesivo, tratando de proteger a las víctimas antes que de castigar daños concretos (p. 386).

En este aspecto, se correlaciona la determinación del *quantum* del daño punitivo, es decir su cuantificación, con la finalidad preventiva debido a que el importe, debe resultar disuasivo, ya que la finalidad reposa en que las empresas comercializadoras de bienes y servicios no incurran en operatorias comerciales que aprovechen y de las cuales obtengan beneficios a costa de la sumatoria de perjuicios que le causan a los consumidores derivados de la indiferencia y displicencia (Jalil, 2019, p. 3).

Lo expuesto cobra mayor relevancia al entenderse dentro del derecho del consumo un doble rol que juega la prevención. Es decir, un papel genérico por imperio del art 1710 y ss. del CCCN y, por otro lado, la función preventiva específica que en virtud de la manda del art 43 de la Constitución Nacional y la consolidación del amparo como herramienta de tutela de los derechos de los usuarios y consumidores, se inserta junto al art 52 de la vigente LDC, la cual inserta una acción de tipo inhibitorio ante una simple amenaza (Picasso y Sáenz, 2019, p. 138, T. 1).

En este sentido, adiciona Irigoyen Testa (2009), que se podría afirmar que esta función accesoria sancionatoria sigue la suerte de la principal disuasoria-preventiva (p. 18). Idea sobre la cual ahondaremos cuando abordemos la prevención en el AED en la parte final del presente trabajo.

Por ello, como expresa Zavala de González (2011), estas sanciones económicas pueden disuadir de actividades injustamente perjudiciales, preservando un derecho genérico a no ser víctima (p. 1134).

En atención a esto último, es menester comprender el rango supremo otorgado por el legislador al deber genérico de no dañar, *alterum non laedere*, el cual se plasmó expresamente en el art. 1710 del CCyC para la función preventiva y en el art. 1716 en su función resarcitoria. Por lo tanto, a decir verdad, no se hizo otra cosa que receptor

de manera expresa en el CCyC lo contemplado por el art 19 de la Constitución Nacional.

Dicho lo anterior, entendemos que la función preventiva de la multa civil tiene una estricta relación con la cuantificación de la misma, ya que el *quid* de su cuantificación radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor, como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas (“Frisicale, María Laura contra Telecom Personal S.A. sobre daños y perjuicios”, Expediente número 148.485, Bahía Blanca 15/08/2017, Sala Dos de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial).

De igual manera lo ha entendido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata al explicitar que a los fines de que resulte una eficiente aplicación de los daños punitivos se debe corresponder con una adecuada cuantificación (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III en autos “J., A. A. c. BHN Vida S.A. y otro s/cumplimiento de contrato”, 02/03/2021). En mismo sentido III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica a los Consumidores en homenaje al Prof. Roberto López Cabana, realizado en setiembre de 2010.

Sintetizando, es menester reproducir lo expresado por Sobrino (1996): “Los daños punitivos tienen por finalidad básica la protección de la sociedad en general, para tratar de prevenir y evitar que nuevos daños puedan llegar a producirse” (p. 979).

4. ¿Disuasión o prevención? Un análisis hermenéutico

De conformidad con lo que hemos expuesto en trabajos anteriores, consideramos menester desentrañar el sentido que reviste a nuestro criterio, la distinción entre los términos acuñados por la doctrina como sinónimos (Michi, 2019, pp. 112-114).

Con dicho designio, partimos el análisis desde la discrepancia con la distinción terminológica que realiza Galdós (2011) entre disuasión y prevención, entendiendo este autor que la primera es más adecuada que la segunda (p. 1155).

Es así que para ello el citado autor recurre a la RAE para expresar que disuadir significa inducir a alguien a desistir de un propósito, mientras que prevenir alude, entre otras acepciones, a advertir, informar o avisar; evitar o estorbar algo (p. 1).

En este sentido, tal como trae a colación el autor citado, lo que la RAE entiende por disuadir es: inducir o mover a alguien a cambiar de opinión o a desistir de un propósito.

Por su parte, por prevenir debemos considerar la admisión de diversas interpretaciones, sobre las cuales consideramos que la tercera acepción de la RAE se entiende como: precaver, evitar, estorbar o impedir algo. Y en la cuarta acepción se entiende como: advertir, informar o avisar a alguien de algo.

Bajo esta lógica consideramos que hay dos facetas preventivas que se presentan en las acepciones mencionadas; por un lado, una que manda a la evitación en base a la diligencia propia del sujeto, que actúa u omite, mientras que en la segunda acepción se entiende como una diligencia sobre un tercero al que cabe informar o advertir.

Es en virtud de lo expuesto que consideramos que la función preventiva del daño punitivo posee una doble dimensión. La primera dimensión recae sobre el sujeto que actúa u omite por el hecho de precaver, evitar e impedir que le surjan responsabilidades por medidas que tomó o debió tomar y, por otro lado, surge una segunda dimensión que se materializa por el hecho de considerar a la prevención en cuanto a terceros, es decir, sobre intereses ajenos de potenciales víctimas.

En este sentido, comprobamos que utilizando el termino de prevención, en lugar de disuasión, podemos satisfacer las dos caras de la prevención, satisfacción tanto del interés ajeno como el interés propio, mientras que hablar únicamente de disuasión implicaría una diligencia que posee incidencia exclusiva en un sujeto ajeno, tercero.

Sobre la base de las ideas expuestas cabe aclarar que no consideramos errónea la concepción de Galdós (2011). No obstante, la consideramos incompleta a la hora de abarcar el concepto y funcionalidad de la prevención en el daño punitivo en el marco del ordenamiento jurídico privado de la modernidad.

5. La función preventiva del daño punitivo en la jurisprudencia

En razón de las ideas expuestas consideramos menester referirnos a la función preventiva del daño punitivo en la jurisprudencia nacional. A tales fines, continuamos la exposición sin dejar de advertir que en disímiles supuestos pretorianos se incurre en una sinonimia entre los términos disuasión y prevención, *contrario sensu* la distinción que realizamos en el título precedente.

En consonancia con las ideas expuestas la jurisprudencia sostuvo que el objeto del daño punitivo es impedir que el proveedor continúe vendiendo un producto que genere perjuicios, estimando que resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad, por lo que se le otorga al juez la facultad de aplicarlo o no en el caso concreto y graduarlo conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, entendiéndose de esta forma como un instituto ejemplificador a los efectos de que otros proveedores no incurran en nuevos incumplimientos.

De esta manera, se dice que se busca prevenir hechos similares en el futuro a través de la disuasión que provoca una sanción económicamente significativa, ello no sólo respecto del proveedor en cuestión, sino de los demás proveedores. De este modo se previene que sujetos similares al sancionado busquen realizar conductas semejantes (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, “C., L. A. c. Provincia Seguros S.A. s/Cumplimiento de contrato, sentencia 31/10/2018).

Así también la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones entiende que el daño punitivo es una herramienta de prevención del daño que se aplica como sanción

a quien ha actuado con grave indiferencia hacia los derechos del consumidor. Es decir, solo procederá ante la ocurrencia de un hecho grave realizado con intención o suficiente negligencia que, como tal, amerite sanciones con el fin de desanimar la existencia futura de acciones similares (Cámara Nacional Comercial, sala D, “R., S. F. y otros c. Banco Santander Río S.A. s/ordinario”, sentencia 27/10/2017).

En definitiva, podemos decir que se trata de una herramienta de prevención del daño que se aplica como sanción a quien ha actuado con grave indiferencia hacia los derechos del consumidor. Es decir, sólo procederá ante la ocurrencia de un hecho grave realizado con intención o suficiente negligencia que, como tal, amerite sanciones con el fin de desanimar la ocurrencia futura de acciones similares (Cámara Nacional Comercial, sala D, “R., S. F. y otros c. Banco Santander Río S.A. s/ordinario”, sentencia 27/10/2017).

En igual sentido consideró la Cámara Civil y Comercial de Tucumán que con la multa civil se permite, mediante una adecuada sanción, disuadir e inducir a los proveedores de productos destinados al consumo humano para que pongan la máxima diligencia en la elaboración, envasado y distribución de tales productos, para de este modo prevenir hechos futuros semejantes (Cámara en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala II, “E., N. E. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/Daños y Perjuicios”, sentencia 27/07/2017).

En razón de un fallo de la Cámara Nacional de apelaciones de la sala F se traen a colación las palabras de Chamatropulos (2013) en cuanto a considerar que la punición opera en referencia a una conducta ya realizada, mientras que la prevención alude a un obrar futuro (p.1), todo ello conforme con la tendencia moderna de la responsabilidad de daños, en la cual el sujeto protagonista es la víctima, y, por ende, resulta prioritario para el sistema; que no sea dañada.

Asimismo, se constata el doble carácter del instituto debido a que su finalidad no es sólo la de castigar a la demandada por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir, que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez para evitar la reiteración de hechos similares (Cámara Nacional Comercial,

Sala F. “T., A. D. c. Paz Automotores S.R.L. y otros s/ordinario”, sentencia 09/02/2017).

Es por todo ello que entendemos que la función punitiva distingue a su vez un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la prevención de los daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente y, por otra parte, la accesorio, la cual es la sanción del dañador, ya que toda multa civil por definición tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extra compensatoria.

6. El aporte del Análisis Económico del Derecho: generalidades

Desde una perspectiva clásica, se puede sostener que la función de la responsabilidad civil es la reparación. No obstante, la evolución de la materia ha logrado despertar el interés en nuevos aspectos funcionales del Derecho de Daños.

Así, ha sido objeto de debate y, aún lo sigue siendo en gran medida, la incorporación de la función punitiva y preventiva dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, la prevención, con despuntes previos a su consideración normativa en el CCCN comenzó a considerarse con gran relevancia en materia ambiental desde la consolidación de la gama de derechos de tercera generación constitucional que incorpora la reforma de 1994, asimismo, sin una recepción sistémica y general, el Código de Vélez ya poseía ciertas normas que contemplaban aisladamente a la prevención, ejemplo temor fundado.

También en este sentido se han venido manifestando los códigos procesales, consolidando herramientas que permitan la actuación *ex ante* al acaecimiento de un daño o a la cesación de un daño ya en curso.

Ahora bien, será menester someter la naturaleza de los daños punitivos a un análisis más moderno. Así, siguiendo las enseñanzas de Irigoyen Testa (2009), situados desde el AED, podríamos afirmar que el sistema de responsabilidad debería

cumplir, al menos, con una primera función principal: la de disuasión o prevención que minimice los costos sociales, para reducir hasta el nivel óptimo los daños tolerables en una sociedad, conforme con los niveles de actividad y de prevención deseables, (p. 17).

De igual manera sostiene que, según el criterio de eficiencia perseguido, podríamos sostener que es deseable, bajo ciertos supuestos, una segunda función principal, que es la compensación de los perjuicios sufridos por las víctimas; como así también, por último, podríamos admitir la deseabilidad de una última función accesoria, que es sancionatoria (Irigoyen Testa, 2009, p. 17).

En síntesis, siguiendo las ideas del autor citado, la responsabilidad civil comprende una primera función principal, preventiva o disuasiva. Esta función principal se suele lograr mediante la segunda función principal, la cual es la compensatoria y, excepcionalmente, cuando ésta resulta insuficiente o inadecuada para crear los incentivos de prevención óptimos, deviene en juego la función accesoria, es decir la sancionatoria, aquella que será necesaria para alcanzar el cumplimiento de la función principal preventiva-disuasiva (Testa, 2009, p. 17).

Entonces, con respecto a la función que deben cumplir los daños punitivos, se podría distinguir una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión, específica y general, de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente.

Las ideas expresadas por Irigoyen Testa (2009) coinciden con lo expuesto en los Fundamentos del Proyecto de Ley y el Dictamen de las comisiones de la Cámara Diputados de la Nación destacando que "Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad" (p. 17).

En esta lógica fue Posner (2013) quien acuñó el término de "incumplimiento eficiente". Es así que la persona como "ser económico" toma sus decisiones minimizando pérdidas y maximizando nuestros beneficios, por ende, si a una persona

le resulta más beneficioso incumplir una ley o un contrato que cumplirlo optará por el incumplimiento.

Por otra parte, la función accesoria de los daños punitivos sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición, tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero que excede el ámbito de lo compensatorio.

Bajo estas ideas, la prevención desde el AED tiene dos aristas desde los cuales se debe estudiar. Las cuales, siguiendo las ideas de Calabresi (1987) se clasifican en *specific deterrence* y *general deterrence*. Los mismos se traducen como prevención especial y prevención general, respectivamente. Este autor, advierte la dificultad de la traducción al castellano del término *deterrence* que en algunos usos se refiere a “disuasión” y en otros a “evitación” o “cesación” de una actividad, impuesta por fuerza y sin la participación de la voluntad del agente (Acciarri, 2015, p. 62).

Por *general deterrence* se entiende a la dimensión de la prevención en la situación de que el potencial dañador se enfrenta a una decisión entre el beneficio que le proporcionará realizar una actividad de acuerdo a ciertas bases, por ejemplo, adoptando cierto nivel de precauciones, y el costo que le infligirá asumir la indemnización de un daño, en el caso de producirse. Luego, en ese escenario, decidirá por sí mismo sin emprender esa actividad o no hacerlo y qué precauciones adoptar en su caso (Acciarri, 2015, p. 62).

Por su parte, en la *specific deterrence*, a diferencia de la anterior, habrá una decisión estatal que impida la realización de ciertas actividades sustrayendo al dañador la decisión acerca de si realizarlas o no. Por ejemplo, un secuestro de un automóvil, clausura compulsiva de una fábrica (Acciarri, 2015, p. 62).

Es decir, *grosso modo*, la prevención general se diferencia de la prevención especial en la característica de que, en la primera existe voluntad del sujeto y en la segunda existe una coacción estatal, también denominada incentivo, que restringe las posibilidades del agente.

En este sentido, cobra virtual interés la idea del avance de tutelas procesales que se han ido incorporando para cumplir con dichos fines de *specific deterrence*, ejemplo, inhibitoria.

En este aspecto, Acciarri (2015) supone dos análisis diversos respecto a la *general deterrence*, el caso en que los agentes sean perfectamente solventes y racionales, perfecta información sobre los extremos relevantes para tomar sus decisiones, y a la inversa, el otro escenario, es decir, cuando el sujeto no es solvente y no tiene la información. Ello conlleva un análisis del caso concreto respecto a quien tiene mejor información. En algunos casos el *general deterrence* funciona mejor porque el que conoce mejor es el agente que emprende determinada actividad, y no el estado con el *specific deterrence*. Eso se corresponde, con la posibilidad de examinar los costos y beneficios de la actividad a realizar por uno y por otro, agente-estado (p. 70).

A su vez, siguiendo a Calabresi (1987), no hay que tomar tan categóricamente la diferencia entre un tipo de prevención y otro, sino que muchas veces las situaciones poseen una mixtura.

Nosotros consideramos, contrariamente a las ideas de Acciarri (2015), que las medidas protectorias que posee el CCCN en cuanto a prevención de daños no poseen una exclusiva función de *specific deterrence*, sino también, como advertía Calabresi, los contornos acá no son del todo claros. Habría que diferenciar, en primer lugar, que el art. 1710 nos sitúa en la posibilidad de la evitación de un daño y, por otro lado, en la no agravación o continuación del mismo.

En el primer caso, claramente actúa como *general deterrence* y en el segundo como *specific deterrence*. ¿Por qué consideramos que en el primero es general? Porque actúa como una norma general que impulsa la manda constitucional del *alterum non laedere*, es decir, que en términos generales no debemos dañar al otro, por ende, evitar cualquier producción previsible de daño en virtud de la ponderación de costos-beneficios. En tal sentido, tal principio rector del derecho de daños, tiende

un manto moralizante, es decir, una norma de conducta sobre la cual una sociedad no debe desviarse.

En este sentido, el 1710 se constituye como algo más que un precepto normativo, sino que imprime un sello social, solidarístico, sobre el que se deben adaptar la nueva sociedad. Es decir, la mentalidad del potencial dañador, deberá ajustar su conducta al precepto que imprime el *alterum non laedere*, justamente, en un momento *ex ante* al clásico objetivo resarcitorio de la antigua responsabilidad civil.

De esta manera, el agente deberá realizar una actividad mental sintética sobre costo- beneficio a la hora de decidir qué conducta viabilizará o evitará.

Por otro lado, ante la producción del daño, vienen en auxilio normativo sustancial el cese de la continuación o agravamiento del daño, otro de los aspectos preventivos. En este último caso deviene palmaria la finalidad del *specific deterrence*, en los cuales, el Estado, materializado en un mandato judicial de acción o abstención, pondrá fin a una situación manifiestamente perjudicial.

Bajo esta perspectiva, coincidimos con Acciarri (2015), en el hecho de que es difícil negar que el AEDD tenga algún rol útil a tales fines prácticos. Más aún, cuando en los tiempos que corren el ser humano se ha vuelto en su toma de decisiones un sujeto eminentemente económico. Más allá de toda crítica, resulta una realidad apodíctica que la sociedad actual se rige por un continuo análisis conductual de costo-beneficio.

7. La prevención en el AEDD

En este sentido, consideramos que el *general deterrence* podría valerse un elemento complementario a la indemnización compensatoria que recae sobre el agente dañante, toda vez que la intencionalidad o el grave menosprecio por los intereses ajenos, viabiliza la imposición de la multa monetaria con finalidad de dismantelar el ilícito lucrativo.

Es decir, en activación del instituto de la sanción punitiva, se enciende la alerta de la función *general deterrence*, mediante la cual el potencial dañador deberá enfrentarse en su decisión conductual, entre el beneficio que le proporcionará una determinada actividad y el costo que le puede infligir asumir una indemnización por el daño que pueda causar con tal actividad.

En este aspecto será de suma importancia la ponderación judicial dentro del marco que incorpora la LDC en su art 52 bis, la cual deberá sujetarse a los criterios del daño injusto. Esto es, una ponderación razonable llevada a cabo por el judicante, con apoyatura en ciertas directrices normativas, que permitan que el daño punitivo se materialice ante un abanico de posibilidades que disparen a la aplicación de aquél.

Al mismo tiempo, deberemos separar las posibles situaciones de prevención que se pueden ocasionar no solo en el ámbito contractual sino también en el extracontractual. Dicho ello, debemos entender que en ambos se operará con distinta lógica.

A nuestro criterio, la solvencia no es un problema en materia de daños punitivos, siempre que la realidad demuestra, casi en su totalidad, que las aplicaciones de daños punitivos suelen ser contra personas jurídicas solventes que operan en una lógica de producción masiva y de ponderación económica por encima del interés humano de un sujeto individual o colectivo.

A nuestro criterio, los daños punitivos satisfacen ampliamente la necesidad de disuadir conductas injustas producidas por una actividad, optimizando el análisis de los costos y beneficios para las actuaciones sucesivas del sancionado.

Es por ello que la sanción excede de una discusión acerca de su naturaleza civil, penal o administrativa. Asimismo, claro está que opera en un andarivel separado a la función compensatoria. En efecto, puede obrar incluso desde sus fases patrimoniales o extrapatrimoniales. Pero el daño punitivo es una sanción en base a la mala fe de mercado, a la imposición de un poder asimétrico que, en base a una intención manifiesta o a un desaprensivo desinterés por los intereses opuestos opera opresivamente sobre los derechos de los más débiles.

A modo de conclusión, es diáfana la idea de Calabresi (1987) al expresar que, si la aplicación de daños punitivos no es disuasiva, tal aplicación no ha sido eficaz, y la figura en estudio no ha tenido utilidad alguna. Ahora bien, ¿cómo se consigue tal disuasión? Mediante la fijación de un monto que logre convencer al dañador que le resulta más económico evitar el daño, que causarlo.

8. La necesaria aplicación de fórmulas matemáticas para cuantificar daños punitivos

En primer lugar, es necesario comprender que las fórmulas matemáticas no son otra cosa que una herramienta para cumplir una función. En este caso, es la de lograr una precisa y fundamentada cuantificación de los daños punitivos, lo cual es una manda de la principal finalidad, es decir, de que se cumpla con la función preventiva-disuasiva.

Dicho de otro modo, debemos saber cuánto sancionaremos como “sanción punitiva” para encontrar satisfecha la prevención-disuasión.

En este sentido, ya el derecho en su faz interdisciplinaria ha echado mano a diversas materias para encontrar solución al déficit con el que se encuentra el mismo, en materia de cuantificación de daños.

Ello responde a la idea que no sabemos cuánto debemos sancionar para que el impacto sea eficiente en su justa medida y, por ende, siguiendo las enseñanzas aristotélicas, busquemos el justo medio que resalte “la virtud” de una aplicación correcta de la sanción, ni por exceso, ni por carencia o déficit (Aristóteles, 2014, pp. 80-81).

Esta precisión que se torna como la única vía accesible al cumplimiento de la función preventiva, disuasiva, se logra mediante la utilización de fórmulas matemáticas sobre las que ha trabajado notablemente el AED.

Prueba de ello fue lo expresado en el XI Congreso Internacional de Derecho de Daños (2011) respecto a que la cuantía de los daños punitivos no debe ser inferior ni

exceder el monto necesario para cumplir con la función de disuasión. En tal sentido, sería valioso acudir a fórmulas matemáticas, entre otras herramientas, que permitan cumplir con aquella función.

Sin ánimos de reclamar una actividad supererogatoria por parte de los judicantes el derecho requiere hacerse valer de herramientas, aunque no infalibles, que se aproximen a resultados precisos y, por ende, que permitan ajustar las soluciones justas en un contexto argumentativo claro y preciso a la hora de fijar el *quantum*.

En esta lógica, es fundamental la tarea del juez a la hora de aplicar las fórmulas para cuantificar los daños punitivos. Un ejemplo de ello, sucede en el fallo Castelli c/Banco Galicia y Buenos Aires S.A. en el cual la parte actora solicita \$50.000 en concepto de daños punitivos, reformulándose de oficio al no cumplirse con el objetivo disuasivo del instituto.

En apoyo de ello siguen a Álvarez Larrondo (2010), quien sostiene que, al no ser un rubro indemnizatorio, sino una sanción de carácter preventivo impuesta por el magistrado, el consumidor no puede ni debe mensurar dicho rubro y de hacerlo el juez en modo alguno quedará limitado por dicha petición.

Asimismo, esta cuestión encuentra sus cimientos en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Entonces, para lograr una actividad precisa y objetiva del juez al momento de cuantificar el daño punitivo, deberá acudir a la utilización de fórmulas matemáticas.

De esta manera, siguiendo la decisión del magistrado Peralta Mariscal en el fallo Castelli c/Banco Galicia y Buenos Aires S.A. la fórmula quedaría representada de la siguiente manera:

$$D = C \times [(1 - pc) / (pc \times pd)]$$

En la cual, cada variable significa lo siguiente:

D = cuantía de los daños punitivos a determinar;

C = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados;

pc = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados;

pd = probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.

Tal fórmula, fue reiterada en el fallo “Frisicale, María Laura contra Telecom Personal S.A. sobre daños y perjuicios. En mismo sentido, se reiteró en autos Castaño, María Alejandra c/ Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ daños y perjuicios. Entre otros.

En mérito a la aplicación de tal fórmula matemática para cuantificar los DP, se ha reiterado en la jurisprudencia en dos casos más de Bahía Blanca, dos en Necochea y otro en Concepción del Uruguay (Cifra extraída de Chamatropulos, 2019, p. 1184. T. 2).

9. ¿Desde cuándo se computan los intereses en la aplicación de los daños punitivos?

Siguiendo las líneas jurisprudenciales, asistimos a corroborar la existencia de dos posiciones respecto a los intereses de los daños punitivos. Una de ellas es el criterio de que corren a partir de la firmeza de la sentencia (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Segunda, 03/09/2015, “Desiderio, Daniel D. c. Mapfre Argentina de Seguros SA s/ daños y perjuicios, en MJJ94417; Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, 15/09/2017, “Paz, Jorge A. c. Volkswagen de Argentina SA s/ sumarísimo).

Por otro lado, se sostiene que los intereses se devengan a partir de la fecha de ocurrencia del hecho, que es a partir de la cual se produjeron los efectos nocivos del acontecimiento que origina la condenación pecuniaria disuasiva (Cámara de Apelaciones de Azul, causa N° 57.494, 11/06/2013, “Rossi, Laura V. c. Whirlpool Argentina SA”, RCyS 2013-IX, 99 y causa del 05/06/2018,” Barcelonna, María P. y otro/a c. Naldo Lombardi SA y otro/a s/ daños y perjuicios”, CNCiv. y Com. Federal, Sala I. “Mondelli, Juan I. y otro c. Aerolíneas Argentinas SA s/ incumplimiento de contrato”, 01/10/; esta Sala, causa N° 63.121 del 28/08/2018, Olaciregui).

Sin perjuicio de la postura a tomar, lo cierto es que, para calcular el daño punitivo se deberá tomar en consideración la naturaleza de la obligación a la que nos encontramos, así, por ej.; ante el caso de ser objeto del litigio un automotor, debido a su naturaleza de valor móvil, se deberán tomar en cuenta los montos a valores actualizados a la fecha de del pronunciamiento, siendo claramente la obligación principal una deuda de valor (Juzgado Civil y Comercial de Villa Angela. Franco, Ricardo Gustavo c. Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados y/o Volkswagen Argentina S.A. C (V.W) y/o Concesionario Don Car y/o Q.R.R. s/ Juicio sumarísimo, 23/04/2021).

10. Breve apéndice sobre el Daño Punitivo en el Anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor (ALDC)

10.1 Generalidades

En virtud de una necesaria reforma de la LDC se estableció una comisión encargada de desarrollar un trabajo de actualización sistematizada e integral del derecho del consumo, el cual se plasmó en un anteproyecto de ley que aún transita el *iter* legislativo. En el mismo, se legisla la figura del daño punitivo, la cual se utiliza con el término “sanción punitiva”.

En primera medida es menester ilustrar lo que dispone el capítulo IV del Anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor, ALDC, donde se desarrolla a la

sanción punitiva, bajo la siguiente carátula: “Los daños al consumidor. Prevención del daño, Responsabilidad y Sanción Punitiva”.

Dentro del mismo, el primer capítulo se refiere a la prevención del daño. En concreto, el art 107 del Anteproyecto se titula: acción preventiva. Los consumidores y quienes se encuentran legitimados para promover acciones colectivas pueden deducir acciones preventivas en los términos de los artículos 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial.

En tal sentido, consideramos valiosa la metodología que utiliza la Comisión al situar dentro del mismo capítulo IV a la prevención del daño en primera medida, y luego, sobre el final, tratar la figura en concreto de la sanción punitiva.

De esta manera, la prevención se consolida como una arista insoslayable, ya que, los integrantes de la Comisión del ALDC expresaron como un punto característico del mismo a la prevención. Expresaron de tal manera que el ALDC, en sintonía con el CCCN, procura generar una cultura de la prevención, siendo ejemplos paradigmáticos las reglas proyectadas acerca de la "información" del consumidor y del "sobreendeudamiento" (Blanco Muiño, D'Archivio, Hernández, Japaze, Lepíscopo, Ossola, Picasso, Sozzo, Stiglitz, Tambussi, Vázquez Ferreyra, Wajntraub. 27/03/2019).

Asimismo, en el ALDC se materializa la prevención en principios, ya sea como prevención de riesgos o como precaución. Todo lo cual, estará concatenado a la tutela de la información y la seguridad del usuario o consumidor (González Rodríguez y Tolosa, 2019, pp. 161-162).

El ALDC por su parte, también contempla en su art. 65 a la prevención dentro de los contratos conexos en los casos que se presente una situación jurídica abusiva, una práctica abusiva, o bien cuando sea para tutelar la seguridad. Todo ello reforzado por el art. 93 que permite eventualmente al consumidor suspender los pagos pendientes al proveedor del crédito.

Siguiendo lo referido por Compiani (2019), en general, el ALDC avanza en la previsión de medidas de corte preventivo del sobreendeudamiento. En particular, se

reconocen expresamente al consumidor dos derechos que pueden contribuir a la prevención del endeudamiento excesivo; esto es: el derecho al pago anticipado del crédito o de la financiación acordada, y el derecho de arrepentimiento (arts. 95 y 96).

Como se desprende de lo reseñado, la prevención se erige en una función clave del ALDC, lo cual es una directiva que resulta en consonancia con la reconocida función que incorpora en el CCCN como novedad en el ámbito del derecho de daños.

Ahora bien, esta prevención ostensiblemente reconocida por el trabajo realizado por la Comisión del ALDC, se materializa aún más cuando nos referimos a la figura de la sanción punitiva. En virtud de lo antedicho, dentro del mismo Capítulo IV se contempla la figura de la sanción punitiva:

Art 118. Sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Se aplican las siguientes reglas:

1. Pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal. En las acciones colectivas, puede solicitar la sanción punitiva cualquiera de los legitimados activos para promoverlas. Sin perjuicio de ello, el juez puede también imponer la sanción de oficio. A tal efecto, la resolución que dispone correr traslado de la demanda debe advertir al demandado acerca del posible ejercicio de esta facultad.
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.
3. La sanción tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada:
4. Si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria.
5. la obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable.

En tal sentido, expresa Compiani (2019) que no puede dejar de señalarse el aspecto preventivo que se lee del art. 118. En especial, en cuanto establece como parámetro para regular la cuantía de la sanción a los efectos disuasivos de la medida,

en orden a una prevención general de reiteración de conductas que constituyan un grave menosprecio hacia los derechos del consumidor (inc. 2) (p. 1).

Asimismo, la prevención ocupará un rol en cuanto a la acreditación por el proveedor, del cumplimiento de las medidas de prevención, toda vez que será útil para descartar o no la calificación de la conducta como de “grave menosprecio” hacia los derechos de los consumidores y usuarios (Compiani, 2019, p. 1).

En razón del citado artículo pretendemos ilustrar los principales puntos contemplados por los redactores del ALDC en derredor al instituto de la Sanción Punitiva.

Para ello, consideramos necesario resaltar las fuentes que utilizaron miembros de la comisión para realizar este trabajo. Entre ellas, se utilizaron fuentes de origen nacional: el vigente art. 52 bis de la LDC, ley 24.240, incorporado por la Ley 26.361, el debate parlamentario de la misma, el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 y el texto del actual Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otro lado, se utilizaron fuentes extranjeras como fueron: legislación y doctrina de los Estados Unidos de América y el art. 1266 del Proyecto de Reforma de la Responsabilidad Civil presentado por el Ministerio de Justicia francés en marzo de 2017.

En este sentido, el motivo de la reforma del art 52 bis en el citado 118 del Anteproyecto deviene necesaria debido a que configura un rediseño del instituto, y la toma de posición sobre cuestiones de suma importancia que el legislador de la 26.361 ha confundido y omitido en el embrollado art 52 bis, el cual ha traído numerosos conflictos de interpretación.

Luego de las observaciones realizadas, procedemos a analizar en el marco del ALDC, las principales características de la sanción punitiva a los fines de resaltar aquellos rasgos disuasivos de la figura.

En dicha lógica, aclaramos que no abarcaremos la totalidad de cambios en el instituto, sino aquellos que consideramos relevantes a los fines del carácter preventivo de la sanción punitiva.

10.2 Terminología

En primera medida la denominación ha cambiado. De hablarse de una multa civil se pasa a utilizar el término sanción punitiva. Esta última, con el claro deber de prevención y disuasión que posee.

En tal sentido, coincidimos con Brun (2019) en que, al haberse quitado la nota de disuasión respecto al proyecto del CCCN en el nombre de la figura se pierde aquello que con la “sanción pecuniaria disuasiva” se remarcaba, la finalidad fundamental de la misma. En este mismo sentido, la jurisprudencia también considera a la disuasión como la principal finalidad de los daños punitivos (p. 816).

Sin perjuicio de tal observación, consideramos que tal decisión de la Comisión del ALDC no opaca la nitidez con la que la prevención brilla en el ordenamiento jurídico moderno.

10.3 Legitimación activa

Entre otras de las novedades de la sanción punitiva en el ALDC es la referida a la legitimación activa, la cual se amplía en razón de que además del consumidor que resulta damnificado, único que puede reclamar en la ley vigente, podrá hacerlo el Ministerio Público Fiscal y el mismo juez que podrá aplicarla de oficio siempre que con la resolución que corra traslado de la demanda, se advierta el posible ejercicio de tal facultad.

Esta última potestad judicial, sumada la posibilidad del juez de otorgar el destino de la multa bajo resolución fundada, brindará la posibilidad de adoptar las medidas pertinentes para cumplir con la función disuasoria y correctiva de los daños punitivos. (Krieger, 2019, p. 171).

Por su parte, el Anteproyecto también contempla la situación de las acciones colectivas, en las cuales se incluyen a todos los legitimados activos para promoverlas. Ello encuentra razón en que se trata de una sanción en la que está en juego el interés público.

10.4 Graduación

Dentro de las modificaciones se encuentra la atinente a la graduación de la sanción punitiva. Para la misma, la comisión en su anteproyecto se encargó de señalar que fue pertinente seguir el texto del Proyecto del CCCN y de la Ley 26.994. Ambas fuentes contienen una serie de pautas que enriquecen el escueto enunciado del vigente art. 52 bis de la LDC.

Asimismo, en virtud de la naturaleza punitiva, sostiene la comisión que se prevé un monto máximo, lo cual guarda relación con lo que sucede en el derecho comparado, Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *State Farm Mut. Auto Ins. Co. V. Campbell*, como también lo hace el Proyecto francés de reforma de la responsabilidad civil 2017 en su art. 1266-1 (p. 25 de los fundamentos del anteproyecto).

Además de las pautas de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, las cuales son las que considera actualmente el art 52 bis de la LDC, se especifican en el Anteproyecto una serie de criterios a fin de graduar el monto de la sanción, entre ellos: la repercusión social de la conducta, beneficios que el proveedor obtuvo o pudo obtener, efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, posible existencia de otras sanciones administrativas o penales.

10.5 Monto máximo

Cabe considerar que tanto el texto vigente como el ALDC no establecen un monto mínimo, pero sí un máximo. Por su parte, en la legislación vigente existe un monto máximo fijo de ARS 5.000.000, mientras que en el ALDC posibilitan distintas alternativas, entre ellas:

- El doble del monto máximo previsto en el art. 157 inc. 2º) del ALDC, lo que equivale a 10.000 salarios mínimos vitales y móviles; es decir \$16.875 (actualizado hoy por decreto 610) x 10.000 = 168.750.000, lo que implica

aumento considerable en consideración a los devaluados \$5.000.000 del vigente régimen.

En este sentido, coincidimos con Brun (2019) en la idea de que tal innovación del ALDC contribuye a dar seriedad a la finalidad disuasiva de la sanción punitiva, eliminando, además a la fijación en pesos, sustituyéndola por salarios que mantienen, aunque relativamente, el poder adquisitivo de la moneda, contra los embates de la recurrente y estructural inflación que sufre nuestro país (p. 818).

- En los casos que la sanción sea consecuencia de un ilícito lucrativo, el máximo de la multa será igual al décuplo de la ganancia obtenida por el proveedor, si este monto fuere mayor al monto del sistema anterior.

Por lo tanto, si el juez decide aplicar el máximo de la multa, y la ganancia ilícita obtenida por el proveedor, multiplicada por diez supera el máximo previsto en el supuesto anterior (hoy \$168.750.000), se aplicará dicho décuplo (Brun, 2019, p. 811).

10.6 ¿Daño o potencialidad dañosa?

La norma del ALDC no aclara que sea necesario haber sufrido daño para reclamar el daño punitivo, sino que habilita el instituto frente al grave menosprecio hacia los derechos del consumidor.

En tal sentido, seguimos las ideas de Krieger (2019), quien trae a colación dos reconocidos fallos: "Tejeiro" y "Esteban", en los que se discutía la procedencia de daños punitivos en supuestos de sustancias tóxicas dentro de bebidas, el primero refiere a un gel íntimo en una gaseosa, el segundo a una pila en una cerveza; a los fines de ilustrar que la jurisprudencia se estaría inclinando a señalar que la conducta grave que habilita a la imposición de la sanción, puede no ser causa de un "daño", exigiendo en cambio la "potencialidad dañosa"; ello implica, que no es necesario que el daño se haya producido, pero sí que eventualmente se haya podido producir.

Así ya se manifestaba Colombres (2011) a casi una década de anticipación con relación al ALDC al sostener que si la conducta del proveedor es a todas luces peligrosa los consumidores resultando que de un análisis serio, racional, objetivo y científico descubrimos que con su actuar pone en riesgo a la sociedad se podría solicitar la aplicación de daños punitivos para de ese modo prevenir que se cause un daño y no terminar actuando *ex post facto*. De esta manera, sostiene el autor citado que, permitir su aplicación aun cuando no se haya producido un daño permitiría darle una mayor utilidad a la figura.

Toda esta idea opera en la lógica del sistema preventivo del CCCN (arts. 1710 y ss) lo que, como hemos resaltado, sitúa a la prevención del daño en un estadio *ex ante* al nacimiento.

Esta postura, entendemos, se encuentra alineada con el texto del art. 1710 del CCCN que impone a todos el deber de tomar las acciones necesarias para evitar que se causen daños.

Así, las conductas desaprensivas de este deber legal que despliegan una potencialidad de causar daños deberán ser igualmente punidas en caso de que se configuren el resto de los requisitos.

Es así que se reconfigura las ideas aristotélicas de potencia y acto. En virtud de que el acto, daño, se opone a la potencia como realidad, es decir, se opone a lo posible. En efecto, redimensiona la idea de actualidad del daño, en tanto que ésta última en el lenguaje aristotélico significa: real, por oposición a lo posible o potencial. (Carpio, 2019, p. 197). Por ende, en materia de prevención debemos decir que lo actual, es decir lo real, es la potencialidad dañosa.

10.7 Destino de la sanción

En virtud del régimen vigente, aquello que sea recaudado mediante la aplicación de la sanción punitiva beneficia solo al consumidor, “a favor del consumidor” reza el art 52 bis, mientras que el ALDC propone que el juez resuelva el destino

mediante resolución fundada, con la limitación prevista por el art. 27 del mismo ALDC, ante los casos de prácticas abusivas.

De esta manera, el ALDC deja a criterio del juez la opción de que el importe de la sanción sea destinado total o parcialmente al consumidor damnificado o a otras personas, como entidades de beneficencia o fondos específicos, siempre que sea mediante resolución fundada.

En este sentido, la Comisión ejemplifica en los fundamentos del ALDC cuáles serían los temas que debe tener en cuenta el juez para decidir el destino de la sanción. Entre ellos, si se impuso de oficio o a pedido de parte, quién fue el legitimado activo que la solicitó, cómo fue la actuación procesal del consumidor, cuál es la situación del consumidor, considerando los casos de “hipervulnerabilidad”, la índole de los intereses afectados y la naturaleza individual o colectiva de la acción intentada.

Por último, se aclara que la motivación de cambiar al sistema actual radica en que éste desalienta la fijación de montos importantes ante el temor de los jueces de consagrar un enriquecimiento excesivo del consumidor.

En este sentido, Krieger (2019) sostiene que respecto al presente tema debemos tener en cuenta dos artículos del anteproyecto: el art. 128 y el art. 27. El primero señala que el juez goza de amplias facultades para disponer del destino de la sanción punitiva en la medida que la resolución esté fundada; el segundo, limita dicha facultad señalando que al menos un parte debe tener como destino al consumidor cuando la sanción se imponga como consecuencia de una práctica abusiva o ilícita del proveedor (p. 170).

Es decir, siguiendo las ideas del autor citado, el ALDC lo que deja librado en el art 27, es que el juez determine que parte iría al consumidor y que parte debería tener otro destino (Krieger, 2019, p. 170).

Fuera de tales excepciones, el art 118 del Anteproyecto expresa que el destino de la sanción punitiva será el que asigne el juez por resolución fundada. En clara consonancia con el art 3 del CCCN.

A nuestro criterio, sin perjuicio de la amplia facultad judicial que contempla el art. 118 del ALDC continuamos considerando al destino mixto como una solución loable, toda vez que tamiza razonablemente las discusiones que dicha cuestión ha suscitado en la práctica.

En tal sentido, el destino mixto permite evitar la discusión en torno al enriquecimiento indebido, subsistiendo el incentivo a que el consumidor o usuario inste la acción de daños al recibir un monto en virtud de la sanción punitiva.

10.8 Asegurabilidad

Desde otra arista del ALDC se cierra la discusión en derredor a la asegurabilidad de las sumas que obligan a pagar la sanción punitiva.

En consonancia con lo dispuesto por el proyecto francés de responsabilidad civil (art. 1266-1) la prohibición del proveedor de asegurar la obligación de pagar la sanción punitiva, se fundamenta en la intención de que se refuerce el carácter disuasorio de la sanción.

A modo de conclusión, los fundamentos del ALDC trazan una directiva hermenéutica que nosotros consideramos fundamental al momento de analizar cualquier artículo referido al estatuto del consumidor, el cual es que el ALDC en su ideología se traza en consonancia con la función preventiva del CCCN. En efecto, se constituye tal función como un eje transversal del derecho privado.

En esta lógica, es visible la suficiente amplitud y precisión con la que el CCCN legisla dicha función. En este sentido, la Comisión del ALDC ilustra el contexto preventivo del vigente CCCN con respecto a lo acontecido con el Art 52 de la LDC en su versión original. Este último, en su momento comenzó a irradiarse hacia todo el ordenamiento jurídico, mientras que la consagración de la función preventiva con carácter general en el CCyC torna innecesaria una regulación específica en el estatuto del consumidor, pese a que en cuestiones específicas resalte expresamente la letra preventiva de la norma.

Del desandado en el presente título, se puede constatar nuevamente la diferenciación de las 2 grandes funciones de la sanción punitiva. Por un lado, su naturaleza sancionatoria y, por otro lado, el distintivo rol disuasivo- preventivo.

En virtud de esta última función, se hace ostensible el cimero protagonismo y ensanchamiento que la Comisión le otorga a la función preventiva dentro del ámbito del consumo, ora con remisión al CCCN, ora con disposiciones específicas dentro de la letra del ALDC.

11. Conclusión

Como resultado de este trabajo hemos constatado la excelsa función preventiva que tiene por finalidad el daño punitivo.

En virtud de ello asistimos a constatar que tanto la ideología del CCCN, como el Proyecto del mismo, como así también los intentos de modificación de la LDC, propenden a acentuar prioritariamente la inexistencia del daño frente al resarcimiento del mismo.

Así se ha verificado que no existe un mejor escenario para la víctima que, la de no llegar a serlo. De lo expuesto se explica, cómo el ámbito del consumo- junto a sus herramientas tutelares- se impregnan de tal ideología preventiva.

Sobre la base de las ideas expuestas, hemos recorrido el nacimiento de la doctrina, jurisprudencia y la legislación, así como proyectos de reforma que demuestran palmariamente nuestra postura.

En esta tendencia, el esencial dinamismo del derecho nos conduce a la búsqueda de nuevas herramientas que nos aproximen a la eficiencia y, por ende; la justicia del caso.

En tal recorrido resultó menester esclarecer semánticamente la diferencia entre disuasión y prevención. Sobre el asunto, aseveramos a esta segunda expresión la más adecuada, debido a la completitud de su riqueza semántica.

Delimitados dichos aspectos, consideramos menester la utilización de las herramientas que aporta el AED a través de la aplicación de fórmulas matemáticas; las cuales tienen por finalidad la mayor eficiencia en materia de cuantificación de los daños punitivos.

En síntesis, de lo desandando, corroboramos cómo el cambio de paradigma funcional, por ende, ideológico del derecho de daños se materializa en el análisis de la enfática prevención que detenta la figura de los daños punitivos en concomitancia con herramientas de cuantificación modernas que doten de mayor eficiencia a la aplicabilidad del instituto.

12. Bibliografía y fuentes de información

12.1 Bibliografía

- Acciarri, H. (2015). *Elementos del análisis económico del derecho de daños*. La Ley.
- Álvarez Larrondo, F. (2010). Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación. *La Ley*, 29/11/2010.
- Aristóteles (2014). *Ética a Nicómaco*. Las Cuarenta.
- Blanco Muiño, F., D'Archivio, M., Hernández, C. Japaze, M., Lepíscopo, L., Ossola, F., Picasso, S., Sozzo, G., Stiglitz, G., Tambussi, C., Vázquez Ferreyra, R., y Wajntraub, J. (27 de marzo de 2019). Sobre algunas claves e innovaciones del Anteproyecto de Ley de Defensa del consumidor. *Suplemento especial comentarios al Anteproyecto LDC*.
- Brun, C. (2019). Sanción punitiva por grave menosprecio a los derechos del consumidor. Una nueva vuelta de tuerca a los daños punitivos en el

Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. *Revista RDCO* 296, 811-822.

Calabresi, G. (1987). *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad Civil*. Ariel.

Carpio, A. (2019). *Principios de filosofía. Una introducción a su problemática*. Paidós.

Casas, J. (2014). Comentarios de los Art. 1714 y 1715 en libro III, derechos personales. En A. Bueres (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado* (tomo II, pp. 158-159). Hammurabi.

Chamatropulos, D. (2013). Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina. *Revista La Ley* 2013(D), 1079-1092.

Chamatropulos, D. (2019). *Estatuto del consumidor comentado* (2a ed.). La Ley.

Colombres, F. (2011). Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa. *DJ*, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/1966/2011

Compiani, M. (27 de marzo de 2019). La prevención de daños en el Anteproyecto de Ley de Defensa del consumidor. *Suplemento Especial Comentarios al Anteproyecto*.

Galdós, J., Llambas Pombo, E., y Mayo, J. (2011). Daños punitivos. *Revista La Ley* 2011(E), 1155-1163.

Galdós, J. (2015). Comentario a los Arts, 1708 a 1715. En R. Lorenzetti (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (tomo VIII). Rubinzal-Culzoni.

González Rodríguez, L. y Tolosa, P. (27 de marzo de 2019). Principio de consumo sustentable: implicancias en relación con el deber de información y herramientas para su eficacia. *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*.

Irigoyen Testa, M. (2009) ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos? *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, X*, 16- 26.

Jalil, J. (2019). La función punitiva de la responsabilidad civil. *RCyS, 2019(III)*, 3.

Krieger, W. (2019). Volviendo a pensar los daños punitivos: estado actual y proyecciones en el anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. *RCCyC 2019(agosto)*, 166- 174.

Lorenzetti, R. (2003). La responsabilidad Civil. *Revista La Ley, 2003(A)*, 973-994.

Michi, F. (2019). El análisis de la faz preventiva de la responsabilidad civil a la luz de los daños punitivos: el nuevo rol del consumidor y su jerarquización. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado, VII(1)*, 2347-0151.

Pandiella Molina, J. (2019). Daño punitivo. *Revista Jurídica de daños, 20*, abril. IJ-DCXC-996

Picasso, S., y Sáenz, L. (2019). *Tratado de derecho de daños*. La Ley.

Posner, R. (2013), *Análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica de España.

Ritto, G. (2011). Finalidad del daño punitivo en la defensa del consumidor. *LLBA*, 2011 (mayo), 386. Cita: TR LALEY AR/DOC/1096/2011

Sobrino, W. (1996). Los daños punitivos: una necesidad de la postmodernidad. *J.A.*, 1996(III), 976-987.

Zavala de González, M. (2011). Función preventiva de daños. *Revista La Ley*, 2011(E), 1116-1137.

12.2 Fuentes de información

Anteproyecto del Código Civil y Comercial.
<https://guillermoberto.files.wordpress.com/2012/03/codigo-civil-anteproyectoarticulado.pdf>

Anteproyecto de la ley de defensa del consumidor.
<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/12/Legislacion3953.pdf>

Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 2.
"Frisicale, María Laura c/ Telecom Personal S.A. s/ daños y perjuicios".
Sentencia 15/08/2017.
<http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=4892>

Cam. De Apel. En lo Civ. y Com. De Bahía Blanca. Sala I. "Castaño, María Alejandra c/ Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ daños y perj. incump. contractual. Sentencia 06/10/2016.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, “C., L. A. c. Provincia Seguros S.A. s/Cumplimiento de contrato. Sentencia 31/10/2018. *El Derecho Digital* (96269).

Cámara Nacional Comercial, sala D. “R., S. F. y otros c. Banco Santander Río S.A. s/ordinario”, sentencia 27/10/2017. *El Derecho*, 28/02/2018, nro. 14.357.

Cámara en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala II, “E., N. E. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/Daños y Perjuicios”. Sentencia 27/07/2017). *El Derecho Digital* (93991).

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata - Sala III, “J., A. A. c. BHN Vida S.A. y otro s/cumplimiento de contrato”. Sentencia 02/03/2021). Lejister- IJ-MCCXLVII-764.

Cámara Nacional Comercial, Sala F. “T., A. D. c. Paz Automotores S.R.L. y otros s/ordinario”. Sentencia 09-02-2017. *El Derecho Digital* (90771).

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>

Corte Suprema de Estados Unidos. “State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell”. Sentencia 07/04/2003.
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/>

Juzgado Civil y Comercial de Villa Angela. “Franco, Ricardo Gustavo c. Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados y/o Volkswagen Argentina S.A. C (V.W)

y/o Concesionario Don Car y/o Q.R.R. s/ Juicio sumarísimo”. Sentencia
23/04/2021.

Ley 24.240 de defensa del consumidor.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

Ley 24.430 Constitución de la Nación Argentina.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Proyecto de Código Civil y Comercial. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-decodigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>