

Los daños punitivos: acuerdos y desacuerdos en la doctrina Argentina¹

Por María Agustina Otaola

Punitive Damages: agreements and disagreements in Argentine doctrine

RESUMEN: En el presente artículo se aborda el análisis de los desacuerdos en la doctrina argentina con respecto a la conveniencia o no de la incorporación de los daños punitivos a nuestro régimen de responsabilidad civil. El estudio de las funciones de la responsabilidad por daños y los principios de justicia subyacentes en cada una de ellas, constituye un punto de partida importante para una correcta caracterización de esta figura punitiva que se nutre de principios propios. Para una mayor delimitación de la temática, se plantea el supuesto especial de daños en la actividad bancaria, y la necesidad de aplicar cautelosamente los daños punitivos.

ABSTRACT: This article deals with the analysis of the disagreements in the Argentine doctrine regarding to the advisability or not of the incorporation of punitive damages to our civil liability regime. The study of the functions of torts law and the underlying principles of justice in each one of them, constitutes an important starting point for a correct characterization of this legal entity that feeds on its own principles. For a further delimitation of the topic will be addressed in particular the damages in banking, and the need to impose punitive damages cautiously.

Palabras claves: Derecho de daños – Funciones de la responsabilidad civil – Principios de justicia- daños punitivos- actividad bancaria

Key words: Law of torts – Functions of civil liability – Principles of justice- punitive damages- banking

Sumario: I.- Introducción. II.- Las funciones del derecho de daños.

1.- La función resarcitoria: su alcance y el concepto de justicia

¹María Agustina Otaola, **<abogada, doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), maestranda en Derecho y Argumentación jurídica (UNC), becaria de postgrado en CONICET, adscripta de derecho privado II y derecho privado VII en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC>. Aprovecho esta oportunidad para agradecer a los Profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC) que contribuyen día a día a mi formación académica, los Dres.: Marcela Aspell, Adriana Dreyzin de Klor, María del Carmen Cerutti, Pedro R. Yanzi Ferreira, Ernesto Abril, R. Daniel Pizarro y Hernán Bouvier; y a mi gran maestro el Dr. Federico Francisco Otaola.

subyacente en esta materia. 2.- La función preventiva. 3.- La función punitiva.

III.- La importancia de los principios de justicia subyacentes en los daños punitivos: un punto de partida para limar asperezas. IV.- Los daños punitivos y la actividad bancaria. V.- Conclusiones

I – Introducción

La incorporación de los daños punitivos al derecho argentino ha suscitado posturas contradictorias respecto de la conveniencia o no, de introducir una figura *punitiva* al régimen de responsabilidad civil vigente.

Son muchos los escollos que se plantearon para cuestionar la adopción de esta figura *ajena* a nuestra tradición jurídica²; sin embargo, su incorporación a la ley consumeril en el año 2008 en el artículo 52 bis, ha tornado abstracta una parte de la discusión que se planteó antes de esta oportunidad.

El principal argumento que ha quedado fuera de esta batalla campal es su pertenencia al sistema del *common law* y, por lo tanto, su pretendida antítesis con nuestro sistema de *civil law*. Ya López Herrera advirtió que “las cosas no son tan tajantes, sobre todo en lo que hace a una particular rama del *common law*, su derecho de daños... El sistema de *torts* no es tan distinto ni tan incompatible con los sistemas de responsabilidad civil de nuestro derecho o *civil law*”.³ Eliminado este primer obstáculo, debemos responder una pregunta más, antes de pasar al análisis de los problemas que la aplicación de esta figura ha generado desde su incorporación a la Ley de Defensa del Consumidor: el fin sancionatorio de los daños punitivos, ¿atenta contra nuestro régimen de responsabilidad civil? ¿No representa más bien una figura propia del sistema penal dada su naturaleza de multa?. La respuesta a estas preguntas determinará los principios que deben nutrir esta figura que se encuentra en estado *embrionario* en nuestro derecho.

Debo advertir que esta discusión también se encuentra en gran medida superada, por lo que me limitaré a relatar los desacuerdos en la materia y a señalar principalmente las consecuencias de enmarcar los daños punitivos en una u otra rama del derecho.

² En contra de los daños punitivos: Bustamante Alsina, Jorge “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”; Picasso, Sebastián “Sobre los denominados daños punitivos”, LL 2007 F-1154; en consonancia con Bustamante Alsina, Martinotti plantea la inconstitucionalidad de los mismos por ser verdaderas sanciones de tipo penal.

³ LOPEZ HERRERA E., *Los daños punitivos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª ed., 2008, pág. 6.

Por un lado, se ha dicho que la naturaleza eminentemente sancionatoria corresponde a las lindes del derecho penal. Siguiendo esta línea, Owen se refiere a los daños punitivos como “una curiosa criatura del derecho habitando un extraño límite entre el derecho civil y criminal”⁴. Sin embargo, la doctrina mayoritaria no pone en cuestión la compatibilidad de una figura sancionatoria con nuestro régimen de responsabilidad civil.

Sin lugar a dudas, me encuentro entre los segundos. Sin embargo, explicitaré a continuación las razones que me llevan a concluir que no existen obstáculos a la existencia de los daños punitivos en nuestro derecho privado.

En primer lugar, la norma penal no se caracteriza por su función exclusivamente punitiva; ni la norma civil por su función exclusivamente reparadora o indemnizatoria. En tal sentido, el art. 117 del Código Penal, dispone que *el acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo*. Nótese que la publicación de la retractación constituye el típico ejemplo de *reparación* en especie. El acusado queda libre de toda responsabilidad mediante un acto de reparación que pretende volver las cosas al estado anterior al delito.

La función preventiva también se encuentra presente en el derecho penal; ya que “nuestro ordenamiento legal establece, con jerarquía constitucional, que las penas privativas de la libertad, tendrán esencialmente una función preventiva especial (arts. 5 inc. 6 del Pacto de San José de Costa Rica y 75 inc 22 C. N.)”⁵. De este modo, tenemos en el Código Penal normas cuyo norte es la punición (la función *vedette* del derecho penal); pero también hay normas que pretenden la reparación⁶ y normas que persiguen la prevención de delitos.

Por su parte, el derecho de responsabilidad civil o derecho privado de daños, no persigue únicamente la reparación o indemnización de daños; sino también la prevención y punición de los mismos. En adelante profundizaré sobre esta cuestión.

En segundo término, los daños punitivos son todo un hecho en nuestro derecho privado positivo, desde que fueron receptados en la Ley 24240 (de defensa del consumidor) en el artículo 52 bis para sancionar al proveedor de bienes y servicios por incumplimiento

⁴ Owen, David, “The moral foundations of punitive damages”, vol. 40, N° 3, primavera 1.989, p.705.

⁵ Buteler, Enrique R. “Derecho Penal. Parte general”, Lascano, Carlos J. director, Córdoba, Advocatus, 2002.

⁶ También encontramos normas eminentemente indemnizatorias en el título 4 del Libro Primero, denominado: Reparación de perjuicios.

de sus obligaciones legales o contractuales. Por lo tanto, la discusión acerca de si corresponde al derecho de responsabilidad civil regular figuras con fines punitivos es una nimiedad desde que tales figuras *existen* en él.

Quizás sea más sensato, ocuparnos de cuestiones acerca de cómo regular adecuadamente tales figuras sancionatorias sin tergiversar nuestro régimen de responsabilidad civil. Preciso destacar, que el cuestionamiento acerca de la existencia de la función punitiva en el derecho civil es candente desde que comenzó esta trifulca en nuestro derecho patrio por los vicios y virtudes de esta extraña figura denominada *daños punitivos*. Sin embargo, de antaño existen también instituciones reguladas en nuestro Código Civil que revisten carácter sancionatorio, tales son las “astreintes” del art. 666 bis, y los intereses punitivos del art. 622, 2º párrafo por conducta procesal maliciosa.⁷

Hasta aquí, he afirmado que lo que distingue al derecho penal del derecho civil, no es precisamente la función (punitiva en el primer caso, reparadora en el segundo) que persigue cada rama del derecho; sino que existen cuestiones de fondo distintas que las diferencian: principalmente, los principios que rigen una y otra. Esto me lleva a concluir que no existen óbices para la existencia de los daños punitivos en el derecho privado argentino para prevenir y sancionar determinadas conductas.

La importancia de las cuestiones referidas, radica en el siguiente punto: ubicar a los daños punitivos dentro del derecho privado, implica que son los principios de ésta rama del derecho los que regirán esta figura sancionadora; los principios *non bis in ídem*, *de tipicidad de la figura penal*, *in dubio pro reo*, *personalidad de la pena* propios del proceso penal no se aplican –o no con el mismo alcance– a esta controvertida figura. Una vez que estamos indiscutiblemente en los lindes del derecho privado, es preciso considerar especialmente los fines que viene a cumplir la noción de *daño punitivo*; ya que estas cuestiones tienen gran implicancia en los problemas de aplicación que ha generado el artículo 52 bis de la ley de defensa del consumidor.

A- Las funciones del derecho de daños

⁷ La misma naturaleza punitiva tiene el Art. 26 del Código de Minería de la Nación que dispone que el explorador que no ha tenido el consentimiento del propietario del suelo pagará a más de los daños y perjuicios ocasionados, una multa a favor de aquél.

Abordar la cuestión de las funciones de la responsabilidad civil es tan importante como abordar la naturaleza misma de esta rama del derecho. Tradicionalmente, se ha vinculado la noción de responsabilidad civil exclusivamente con la idea de reparación o indemnización de daños. Sin embargo, gradualmente comenzó a reconocerse la existencia de otras dos funciones: preventiva y punitiva.

Adviértase que hay una gran diferencia entre reconocer la primacía teórica y práctica de la función resarcitoria, admitiendo la prevención y la punición sólo excepcionalmente, y reconocer las tres funciones en un mismo plano (aunque en los hechos sea más frecuente una que otra). Como se verá, esto último implica una modificación en los cimientos mismos del derecho de daños que frecuentemente no se advierte cuando se trata de reconocer la igualdad conceptual y práctica de estas tres funciones.

Los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil (daño, relación de causalidad, antijuridicidad y factor de atribución) deberán ser replanteados a la luz de nuevas concepciones que asignan igual entidad a la prevención de daños, la reparación y la punición; y a su vez, los *principios* que justifican cada una de estas funciones tienen distintos matices que es preciso reconocer.

En estas líneas se pretende simplemente una mirada descriptiva del actual régimen del Código Civil en esta materia y las perspectivas doctrinarias que se vieron reflejadas en el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, a fin de advertir sobre la necesidad de replantear gran parte de los presupuestos básicos de la materia y la necesidad de superar muchos preconceptos: *no hay responsabilidad sin daño, la medida de la responsabilidad es el daño, la reparación debe ser plena e integral*, entre otros.

El derecho, como fenómeno regulador de conductas humanas es dinámico e ineludiblemente sufre cambios dependiendo de las circunstancias y el contexto en que deba interpretarse y/o aplicarse determinada norma. Esto fatalmente se verá reflejado en reformas legislativas que adecuen el derecho vigente a las nuevas exigencias planteadas. El derecho de daños no es ajeno a este fenómeno. Originariamente se habló del deber de responder por las conductas culposas que causen daños a los demás, de ahí que no se concebía la responsabilidad sin culpa. Con el advenimiento de la sociedad de masas y de nuevas formas de dañosidad provenientes de cosas y actividades riesgosas, se advierte que hay supuestos donde no es posible hablar de culpa en el agente, pero una exigencia de justicia y equidad requiere que estos daños no queden sin una adecuada reparación.

Estas fuentes generadoras de daños también recaen sobre intereses que son fundamentales para la sociedad y que demandan una especial protección (v. gr. El medio ambiente). Todo ello condujo a advertir sobre la necesidad de prevenir ciertos daños e imponer al sindicado responsable de determinados ilícitos una multa o sanción tendiente a punir su conducta antijurídica. En este contexto comenzó a hablarse de tres funciones del derecho de daños: la función preventiva, resarcitoria y sancionatoria.

La culminación del proceso de reconocimiento se ve reflejada en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 (en adelante “Proyecto”) que expresamente las consagra en el artículo 1708.⁸ Más allá de lo acertado o no de disposiciones en concreto, lo cierto es que dicho proyecto—en muchos aspectos—viene a recoger una serie de concepciones nuevas que debían tener un adecuado marco normativo.

A continuación transcribiré un fragmento de los fundamentos del Proyecto que resulta muy ilustrativa para mostrar la problemática en torno al reconocimiento de otras funciones a la par de la función indemnizatoria, otrora considerada la única función del derecho de daños:

“El anteproyecto presenta una sistematización innovadora e importantísima en la materia (...) se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria (...) Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva (...) La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz”⁹.

⁸Artículo 1708. *Funciones de la responsabilidad*. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva. Ver Proyecto de Código Civil y Comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires.

⁹ Proyecto de Código Civil y Comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial pp. 761 y 762.

La norma proyectada claramente delimita tres finalidades de la responsabilidad civil: la función preventiva, reparadora y punitiva¹⁰. Si bien el actual Código Civil no formula esta clasificación, la doctrina mayoritaria entiende que estas tres funciones existen en nuestro actual régimen, aunque *prima* la función reparadora.

De alguna forma, la redacción del texto legal echa luz sobre la cuestión indicando que son cualitativamente iguales, aunque cuantitativamente la función resarcitoria sea tal vez la más importante, ya que las otras dos, tienen un ámbito específico de operatividad y requieren de ciertos requisitos para su procedencia que veremos a continuación. Si dicho proyecto finalmente se aprueba para la República Argentina, aquellas doctrinas que pretendían excluir la función punitiva del derecho privado por considerarlas privativas del derecho penal y –por ende- tachaban de inconstitucional la incorporación de los llamados daños punitivos, quedarán – con mayor razón- vacuas.

1. La función resarcitoria: su alcance y el concepto de justicia subyacente en esta materia

Analizo en primer lugar esta función, no por ser la primera que se activa ante el actuar antijurídico –ya que cronológicamente hablando, primero se debe prevenir si ello es posible- sino por la preeminencia conceptual y práctica que históricamente le han asignado la doctrina y jurisprudencia de nuestro país; así lo ponen de manifiesto Pizarro y Vallespinos al decir: “*la función resarcitoria del derecho de daños es, por cierto, la más importante de todas y la que, tradicionalmente ha hecho la esencia misma de la responsabilidad civil*”¹¹.

La reparación de daños no es otra cosa que lo que vulgarmente conocemos como “indemnización de daños y perjuicios”, que tiene como *medida* el daño sufrido.

Sin embargo, no todo el daño sufrido es resarcible, sólo lo será- conforme el régimen establecido en el Código Civil- aquel que se encuentre comprendido en el “módulo básico de imputación de consecuencias” que establece el art. 901 para supuestos de

¹⁰ Artículo 1708. *Funciones de la responsabilidad*. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva. Ver Proyecto de Código Civil y Comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires.

¹¹ Pizarro, Ramon D. y Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 2, Hammurabi*, Buenos Aires, p. 464.

responsabilidad aquiliana y los artículos 520 y 521 para supuestos de responsabilidad contractual o por incumplimiento obligacional.

El doble régimen de responsabilidad (contractual y extracontractual) que mantiene el Código Civil es quizás uno de los aspectos más importantes que viene a modificar el Proyecto y por el cual la doctrina venía clamando: la unificación de ambas órbitas de responsabilidad civil.¹²

De conformidad con el Proyecto, las consecuencias indemnizables son las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles para ambos supuestos de responsabilidad (art. 1726), salvo disposición legal en contrario. Esta es una modificación importante en tanto iguala ambas órbitas y establece que siempre se reparan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles independientemente del factor de atribución en virtud del cual se deba responder (a diferencia del régimen vigente que extiende el módulo básico cuando el responsable actuó dolosamente). Las consecuencias casuales se mencionan, pero ya no son indemnizables ante el actuar doloso; sí se mantiene en cambio, la valoración de la conducta conforme las circunstancias personales del agente dañador, en una fórmula que sigue casi textualmente el artículo 902 del Código vigente.¹³

El Proyecto mantiene el concepto de “daño” y los requisitos del mismo: daño cierto, personal, existente y probado y la medida de la reparación, que debe ser plena a integral. Sin embargo, conviene formular una precisión respecto de la medida de la reparación: la integridad y plenitud que se pregona en esta materia debe ser entendida con el alcance que precisa la comisión redactora del Proyecto en los fundamentos del mismo:

La indemnización del daño nunca es integral, porque no coincide el daño “real” con el “jurídico”. Si hay algo que pueda ser denominado “real”, comprende muchos aspectos que, para el legitimado del derecho son importantes, pero el sistema jurídico excluye. Por ejemplo, hay un régimen de causalidad que no cubre

¹² Artículo 1716. *Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de éste código.*

¹³ El artículo 1725 del Proyecto 2012 dispone que “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias...”. Hasta aquí se reproduce casi textualmente el actual artículo 902, pero la norma proyectada agrega: “Cuando existe confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

todas las consecuencias, sino sólo las previsibles porque hay que valorar la posición del agente.¹⁴

Conforme el texto citado, la indemnización será plena (pero no integral) en tanto contemple aquellos aspectos que el sistema jurídico considera relevantes, para lo cual no cuentan las repercusiones *reales* que tuvo el evento dañoso en la víctima, sino sólo las jurídicamente relevantes.

El éxito de la función resarcitoria, dependerá de la posibilidad de colocar a la víctima del ilícito civil en una situación “lo más similar posible” al estado en que se hallaba antes del evento dañoso.

Como bien señala Honoré, “para justificar el sistema de responsabilidad extracontractual no es suficiente mostrar que el Estado está autorizado a tomar medidas para minimizar comportamientos indeseables... debe mostrarse además que algún *principio o principios de justicia* autorizan a los titulares de derechos (los actores del proceso de responsabilidad) a demandar a los autores de ilícitos (los demandados del proceso de responsabilidad) una compensación”.¹⁵

Es por ello, que me propongo identificar qué principio(s) se encuentra(n) subyacente(s) en cada una de las funciones que persigue el derecho de responsabilidad civil.

Puede fundarse el deber de reparar el daño injustamente causado, en un principio de *justicia correctiva*. Conforme la formulación aristotélica, se trata de la justicia en las relaciones interpersonales; y consiste en el deber de reparar los daños causados sin justificación. Esta noción de justicia parece requerir dos elementos: la existencia de un daño sin justificación y el consecuente deber de repararlo, intentando volver las cosas al estado anterior. Como bien señala Honoré¹⁶ la justicia correctiva es un principio relacional ya que sólo puede existir cuando el daño causado por el sindicado responsable viola el derecho de la víctima; presupone que el demandado ha causado un daño al autor. A su vez, la medida de la reparación es el daño causado: ni más ni menos¹⁷ (conforme el módulo básico de imputación de consecuencias).

¹⁴ Proyecto de código civil y comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial pp. 777 y 778,

¹⁵ Honoré Anthony, “La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 10, N° 1, Agosto 2009, pág. 92.

¹⁶ *Ibid*, Pág. 94

¹⁷ Sin tener en cuenta los supuestos de reparación en equidad que prevé el artículo 907 del Código Civil para el supuesto de daños involuntarios, cuya medida es el enriquecimiento del autor del hecho.

Como se verá, el principio de justicia correctiva que permite dar un fundamento satisfactorio para la reparación del daño, no parece adecuado para aquellos supuestos donde aún no se ha causado un menoscabo; tal es lo que ocurre en los supuestos de prevención que requieren por antonomasia que el daño aún no se haya consumado o no se haya manifestado en su totalidad; y en algunos supuestos de punición, donde no se ha causado aún daño alguno pero la conducta del responsable es pasible de sanción dada su temeridad o grave menosprecio hacia los derechos ajenos.

2. La Función Preventiva

Si bien el actual Código Civil no niega la procedencia de esta función, no la regula de modo orgánico. Tiene un marco normativo sustancial y procesal inorgánico, con basamento en la Constitución Nacional (Art. 43 C.N.), art. 11 inc. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1067, 1071, 1071 bis. 2618, 2499 del Código Civil; 79 ley 11. 723; 39 y 40, ley 21.541; 1 y 3, ley 23. 589; 55 y ss, ley 24.240; art. 4 y concs, art. y concs. 25.675 (Ley General de Ambiente), y Ley 25612 de Gestión Integral de residuos industriales y actividades de servicios.

Se fundamenta la función preventiva para los supuestos de peligro de daño y para la protección de bienes que es preciso resguardar antes de la producción efectiva del menoscabo -dada la importancia que revisten los mismos en la sociedad- o bien en aquellos supuestos en que la reparación se torna imposible y es preferible prevenir (v. gr. Daños al medio ambiente).

El Proyecto sigue en esta materia al Proyecto de 1998, consagrando una norma general para la prevención del daño que establece un deber que recae sobre toda persona de evitar —en cuanto de ella dependa- la causación de un daño injustificado.¹⁸ Acto seguido, se regula la acción preventiva que procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Es requisito para la procedencia de esta acción, la antijuridicidad de la acción u omisión y que previsiblemente ocasione un daño para que proceda esta acción preventiva, que

¹⁸ Artículo 1710. *Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*

condensa cualquier pretensión de prevenir un daño, su continuación o agravamiento, sin mayores exigencias. Con respecto a la legitimación para reclamar esta acción, es suficiente que se acredite un “interés razonable en la prevención del daño” (art. 1712).

El requisito de “daño” no desaparece, pero se presenta con una connotación importante: no se trata del daño cierto, personal y probado que se exige para reclamar la indemnización propiamente dicha. El mismo debe presentarse como “previsible”, por lo tanto la certeza que se exige para la reparación se diluye en demasía. El presupuesto fáctico que da origen a la prevención se asienta sobre parámetros de “razonabilidad”. Cuando se trata de evitar el agravamiento de un daño que ya comenzó a producirse, la existencia del daño tiene más consistencia, no obstante lo cual, nos seguimos moviendo en el campo de lo “razonable y previsible”.

Con respecto al daño personal, también toma otras connotaciones, ya que la *personalidad* se refiere al interés razonable que tiene la persona que interpone una acción preventiva en evitar la causación del daño. En este sentido, cabe hablar de un interés difuso y un daño también difuso.

Con respecto a la justificación moral de esta función de prevención; puede decirse que se basa en un principio de *justicia distributiva* en un sentido particular: justicia en la distribución de riesgos. Conforme el mismo, la persona que voluntariamente realiza una actividad riesgosa de la que *previsiblemente* resultará un beneficio si todo resulta conforme su plan al momento de elegir desplegar la acción potencialmente dañosa; debe también cargar con las pérdidas y daños que dicha actividad pueda ocasionar.

3. La función punitiva

Como señalé al iniciar este trabajo, la función punitiva en la responsabilidad civil, es una cuestión controvertida en la doctrina argentina. Algunos autores la consideran propia de derecho penal y extraña al derecho privado.¹⁹ En tal sentido, entienden que al incorporar los llamados daños punitivos a nuestro derecho privado “se mezcla ridículamente lo civil con lo penal y lo administrativo”.²⁰

¹⁹ López Herrera, Edgardo, “Los daños Punitivos”, 1a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2.008, Pág. 100. “Lo sorprendente es que en los ámbitos académicos ni siquiera los penalistas suelen hablar de la finalidad de castigo para su rama del derecho...Incluso la Constitución Argentina expresamente niega que las cárceles sean para castigo...”

²⁰ Esta corriente que niega la incorporación de los daños punitivos es representada por Bustamante Alsina, Mayo, Bueres y Picasso.

Esta función se identifica plenamente en la hora actual con la multa civil o daños punitivos, es decir, la imposición al sindicado responsable de la obligación de pagar un “plus” que excede el daño efectivamente causado. Esta figura permite disuadir a los sujetos de posibles conductas ilícitas causando temor ante la sanción que acarrea, ya que un adecuado régimen de sanciones hace posible la prevención general por medio de disuasión; y de no ser ello posible –cuando la sanción es efectivamente aplicada- se realiza la punición propiamente dicha. Se conjugan en esta figura por lo tanto, las funciones de prevención y punición.

Matilde Zavala de González sostiene que la indemnización punitiva satisface una triple función: a) Sancionar al dañador, b) Prevenir sucesos lesivos similares y c) Eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa.²¹; y con razón la jurista ha dicho que *“la ausencia del aspecto sancionatorio marca otra falencia que conspira contra la prevención”*.²²

Esta suerte de pena privada se impone al sindicado responsable en virtud de su actuar antijurídico, revelador de una culpa grave, un serio menosprecio hacia intereses ajenos o con la especulación de que el costo del resarcimiento será menor que el beneficio obtenido con su actuar antijurídico. Se justifica porque de otra manera se alienta el cálculo y la especulación, por la inclusión de los montos resarcitorios en una “planilla de costos” cuya resta deja incólumes los réditos.²³

El Código Civil vigente reconoce algunas figuras sancionatorias, tales como las astreintes (art. 666 bis), la cláusula penal (art. 652) y la sanción por conducta procesal maliciosa (art. 622, 2º párrafo). Sin embargo, no se regulan los daños punitivos o multa civil; los cuales sólo son contemplados en la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 52 bis incorporado mediante ley 26361 en el año 2008 para sancionar al proveedor por incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales. Se imponen a instancia del consumidor y el artículo establece que el juez *“podrá”* aplicar esta multa a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.²⁴

²¹ Matilde Zavala de Gonzalez: “Actuaciones por daños”. Ed. Hammurabi, 1º ed. Buenos Aires, 2004, Pags. 330 y 331.

²² Matilde Zavala de González “Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños”, Tº 4, Ed. Hammurabi, 1.999, Pág. 573.

²³ Matilde Zavala de González, ibídem, Pág.578.

²⁴ Art. 52 Bis. *Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. cuando más de un proveedor sea*

La norma mencionada convierte a la Argentina en el primer país de la tradición jurídica del civil-law que incorpora los daños punitivos, ya que el instituto nace en los países del common-law –más precisamente en Inglaterra- y su mayor campo de aplicación lo encontramos en Estados Unidos.

El instituto ha sido tema de discusión científica en nuestro país aproximadamente desde el año 1995 en el marco de las Jornadas Nacionales de Derecho y Congresos Nacionales de Derecho.²⁵ Se planteó la necesidad de su aplicación para casos de particular gravedad, caracterizados por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos.²⁶

Desde la incorporación de esta figura en la ley consumeril,²⁷ si bien se avanzó en la materia, se perdió una buena oportunidad de contemplarla de manera adecuada para respetar los fines que la figura viene a llenar. En efecto, el artículo 52 bis prevé su aplicación ante *cualquier* incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor, dejando de lado la previsión de una conducta agravada.

Como resultado de la defectuosa regulación de los daños punitivos, no se ha generado desde el año 2008 una experiencia jurisprudencial uniforme.

En este punto debemos efectuar una reflexión: decir que las tres funciones de la responsabilidad tienen la misma jerarquía conceptual y práctica, no conlleva que las tres deban aplicarse sin más ante cualquiera acción antijurídica. Es necesario tener en cuenta el norte de cada función. La función punitiva con razón ha sido resistida por parte de la doctrina, ya que el procedimiento civil tiene connotaciones muy diferentes al proceso penal, considerado el “dueño” de la punición. De tal modo, la premisa menor de la operación lógica de todo razonamiento judicial (es decir, la premisa fáctica) no es igual en el ámbito penal que en el civil. Este último, *generalmente* busca la verdad formal en

responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

²⁵ IV Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires, 1.995; III Congreso Latinoamericano de Derecho Privado, Buenos Aires, Junio de 1.996; V Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1.997; XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, Septiembre de 1.999; XIII Conferencia Nacional de Abogados, San Salvador de Jujuy, abril de 2.000; entre otros.

²⁶ Conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Santa Fe en septiembre de 1999, posición mayoritaria.

²⁷ Los daños punitivos fueron previstos por primera vez en el Proyecto de Código Civil de 1998, en su art. 1587, bajo la denominación “multa civil”. Art. 1587. *Multa Civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.* Ver texto completo del Proyecto de Código Civil Argentino en: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Departamento de biblioteca y centro de documentación [en línea] <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/cuarto.pdf>, [Consulta: 10 de noviembre de 2012]

contraposición de la verdad real que persigue el proceso penal, por ello toda pretensión de punición en el ámbito civil deberá ser interpretada rigurosamente.

La dificultad que se presenta al probar un elemento axiológico tal como la culpa grave o el dolo, deberá ser especialmente tenida en cuenta al momento de aplicar una condena por daños punitivos. Para ello deberán ponderarse las circunstancias del caso tales como la reiteración de conductas dañosas, la no adopción de medidas de prevención, la entidad del daño causado, las particularidades del dañador, etc.

Todo ello ha motivado que el Proyecto establezca la necesidad de una conducta agravada para la procedencia del mismo. Bajo el nombre de “sanción pecuniaria disuasiva”, se regula la figura en el art. 1714 para castigar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.²⁸

Finalmente, debemos tener presente que el Proyecto también modifica la norma 52 bis de la Ley 24.240, quedando la misma como una reproducción casi textual del artículo 1714, pero se aplica exclusivamente para proteger los derechos de consumidores, exigiendo una conducta agravada: el grave menosprecio hacia los derechos del consumidor y se prevé que el juez determine prudencialmente el destino de la condena, a diferencia del actual artículo que es exclusivamente a favor del consumidor.²⁹

No cabe duda de que los daños punitivos, permiten la prevención por disuasión de conductas potencialmente dañosas. La amenaza de sufrir una condena por daños punitivos, muy por encima del mero resarcimiento de daños, desalentará la especulación en el agente que introduce un riesgo en la sociedad con desprecio total de las medidas de prevención y seguridad que encarecen el costo de la actividad desplegada. Sin

²⁸ Art. 1714. 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 de incidencia colectiva. Pueden petitionarla 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.

²⁹ Art. 52 bis. 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 este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

embargo, no puede negarse la naturaleza eminentemente sancionatoria o punitiva de toda multa.

Este fugaz recorrido por las funciones de la responsabilidad civil y las normas que fundamentan una u otra función; así como la proyección que esta materia tiene en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 persiguió dos objetivos. En primer lugar, quise mostrar que nuestro régimen de responsabilidad civil incluye tanto la prevención, como la punición y la reparación; en segundo lugar, que la triple finalidad del derecho de daños toma cada vez más fuerza, lo cual se ve reflejado en dicho Proyecto, que contiene una norma que les reconoce la misma entidad *al menos cualitativa*.

En virtud de este fenómeno, la responsabilidad civil no puede fundarse únicamente en principios de justicia correctiva como han pretendido algunos autores que consideran que “la justicia correctiva es soberana y que su dominio incluye a toda la responsabilidad extracontractual... el sistema jurídico no puede imponer a nadie la obligación de compensar a menos que existan razones para hacerlo que se deriven de una concepción de la justicia correctiva”.³⁰ Es por ello que traté de identificar cuál es el principio de justicia subyacente en cada función de la responsabilidad civil, ya que esto condicionará muchos aspectos teóricos y prácticos de las figuras jurídicas que se enmarcan en una u otra función de responsabilidad. En particular, me interesa descubrir el (o los) principio(s) latente(s) en los daños punitivos.

Dos nociones me parecen adecuadas para justificar la imposición de los daños punitivos: la *concepción anuladora de la justicia correctiva* de Jules Coleman y la noción de *justicia retributiva*.

Coleman propone una concepción original de justicia correctiva, que resulta de la conjunción del principio del enriquecimiento ilícito y el correlativo empobrecimiento ilícito. Este tipo de justicia requiere la anulación de las ventajas y las pérdidas injustamente percibidas y sufridas, respectivamente.³¹ Esta noción parece corresponderse con la idea de Pizarro de lograr el “pleno desmantelamiento de los ilícitos”³² mediante la imposición de esta multa civil. De tal modo, el agente que actúa a sabiendas de la previsible causación de un daño; y que pudiendo *razonablemente* adoptar medidas de prevención, no las adopta con el propósito de procurarse una

³⁰ Rosenkrantz, Carlos F. comp. “La responsabilidad extracontractual”, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005, Pág. 19.

³¹ *Ibid*, Pág. 12.

³² Ver 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, p. 337.

ganancia mayor; se enriquece injustamente a expensas del daño causado a la víctima. Cuando la indemnización propiamente dicha, que conforme el módulo básico de imputación de consecuencias que establece nuestro Código Civil (tal como se indicó antes, este módulo básico comprende solamente las consecuencias que el ordenamiento considera indemnizables, no todo el daño que pueda sufrir la víctima) no alcanza para volver las cosas al estado anterior, existe un enriquecimiento injusto del victimario y un empobrecimiento injusto de la víctima y es preciso anular esa diferencia.

Sin embargo, esta noción de justicia explica una parte, aunque no todo el complejo fenómeno del daño punitivo. Esta figura no reconoce como medida para su cuantificación la suma injustamente percibida por el victimario (como sucede, por ejemplo, con el instituto del enriquecimiento sin causa). El daño punitivo es una sanción que pretende no sólo anular este desequilibrio, sino también castigar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos ajenos.

Otro problema que presenta la noción propuesta por Coleman es el siguiente: la concepción anuladora correlaciona pérdidas con ganancias, “pero no correlaciona a aquel que obtiene una ganancia injusta precisa y únicamente con aquel que sufre una pérdida ilegítima”, ya que es compatible con la idea de que alguien distinto de quien causó el daño lo pague a quien lo sufrió. Es por ello que luego Coleman propone una concepción *mixta* de la justicia correctiva en virtud de la cual esta concepción anuladora debe ser complementada por una concepción *relacional*³³ que determina que lo que se debe anular no es el daño sino las consecuencias injustas y la acción incorrecta; y ésta (a diferencia de los daños) sólo se pueden anular imponiendo a quien la realizó y a ningún otro la obligación de anular el enriquecimiento ilícitamente obtenido.

La idea de *justicia retributiva* parece explicar aquellos puntos que la noción desarrollada deja sin resolver. Si por justicia retributiva entendemos la necesaria proporción del castigo con la falta cometida, podemos fundamentar en ella algunos puntos que plantea la aplicación de los daños punitivos.

El principio retributivo tiene dos aspectos: “uno requiere que sea impuesta una sanción aproximadamente proporcional a la gravedad moral de la conducta. El otro prohíbe que sea impuesta una sanción fuera de proporción con la gravedad de la conducta”.³⁴

³³ Rosenkrantz prefiere llamar *concepción retributiva* a la *concepción relacional* de Coleman, en virtud de que concibe la obligación de compensar los daños como una respuesta a la realización de una acción incorrecta. Ver Rosenkrantz, Carlos F. comp. “La responsabilidad extracontractual”, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005, Pág. 13.

³⁴ Honoré Anthony, op. Cit. Pág. 101.

III.- La importancia de los principios de justicia subyacentes en los daños punitivos: un punto de partida para limar asperezas.

Por fin, con los puntos desarrollados, me encuentro en condiciones de afirmar que, tratándose los daños punitivos de una herramienta propia del derecho de la responsabilidad civil, cuyas funciones son la prevención por disuasión y la punición de conductas de una particular gravedad, los principios de justicia que mejor dan cuenta de la existencia de esta figura es una conjunción de la concepción anuladora de justicia correctiva de Coleman completada con la concepción relacional (es decir, su *concepción mixta de justicia correctiva*) y la noción de justicia retributiva. Esta cuestión -por lo general- *olvidada* en las discusiones que se plantean en torno a la interpretación y aplicación de los daños punitivos, no es en modo alguno irrelevante y permite definir muchos puntos controvertidos de la figura en cuestión, tal como detallaré a continuación.

En primer lugar, se diverge en torno a la clase de *conductas* que deben ser merecedoras de esta multa civil: ¿debe tratarse de conductas caracterizadas por un particular ánimo doloso o culposo? ¿o es suficiente una conducta objetivamente reprochable?.³⁵ Creo que en virtud de los fines que persigue esta figura y los principios de justicia que le dan fundamento, se impone la primera respuesta. El aspecto *limitante* de la justicia retributiva, exige que la sanción impuesta no debe ser mayor de lo que está justificado por la gravedad de la conducta, de la cual el grado de culpa es un ingrediente importante.³⁶

Las consideraciones vertidas también nos dan una respuesta a una segunda cuestión: la *cuantificación* de los daños punitivos. Sin embargo, este punto requiere de un análisis mucho más riguroso que excede los lindes de este trabajo. Pero podemos dar una respuesta prioritaria: la condena de daños punitivos debe ser proporcional a la gravedad de la falta cometida por el sindicado responsable. No hace falta ahondar en este tema; tal como indiqué antes, el principio retributivo exige esta proporcionalidad.

³⁵Autores de la talla de Matilde Zavala de González (*Indemnización punitiva* en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Lexis Nexis, Bs. As. 1997) y Jorge Mosset Iturraspe (*El daño punitivo y la interpretación económica del Derecho* en “Revista de Derecho de Daños”, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pag. 158) entienden que basta una conducta “objetivamente reprochable”.

³⁶ Honoré Anthony, op. Cit. Pág. 101.

Un tercer punto controvertido con respecto al cual este análisis nos permite dar una respuesta es el *destino del monto* correspondiente a daño punitivo. En la doctrina se han ensayado distintas variables: algunos autores señalan que todo o gran parte debe destinarse a la víctima; otros autores proponen un régimen mixto destinando una parte a la víctima y otra al Estado, otros afirman que en supuestos de actores civiles bien determinados o determinables son éstos quienes deben percibir el monto y en supuestos de víctimas indeterminadas o de difícil determinación deberán destinarse los montos al Estado; mientras que finalmente Mosset Iturraspe opina que deben crearse fondos especiales de garantía y asistencia a víctimas de accidentes anónimos o causados por agentes insolventes.

Se impuso la primer propuesta: la condena debe destinarse a la víctima, dando para ello varias razones: se evitan de tal modo posibles planteos de inconstitucionalidad derivados de la legitimación del Estado para percibir dicha suma y la onerosidad que implicaría su intervención en el proceso; por otro lado, no entregar el monto de dicha suma a la víctima genera en ella una pérdida de interés ante la incertidumbre por el destino de dichos montos, lo que culminaría en la celebración de acuerdos para eliminar del panorama al Estado y la nula existencia del daño punitivo en la práctica. En contra de esta postura, se señala el enriquecimiento sin causa de la víctima a costa del sindicado responsable.

Finalmente, el art. 52 bis de la ley 24.240 estableció explícitamente que dicha multa civil se aplicará a favor del consumidor.

No obstante las razones brindadas por la doctrina a favor de esta solución, la noción de justicia mixta propuesta por Coleman también permite arribar a esta conclusión. Este autor sostiene que la concepción relacional (en virtud de la cual sólo la persona que causó el daño debe compensar a la víctima y sólo a ella) debe complementar a y ser complementada por la concepción anuladora de la justicia correctiva. De este modo, la noción de justicia explicitada y que –a mi criterio- se encuentra subyacente en la figura de los daños punitivos, nos da la respuesta a este punto en discordia: el destinatario de esta multa debe ser la víctima; y el obligado a abonar esta suma de dinero debe ser el sindicado responsable. Este análisis nos brinda también un punto de partida para dilucidar otra pregunta recurrente en esta materia: ¿es viable la asegurabilidad de los daños punitivos?. No brindaré respuesta sobre este punto, ya que creo que debe ser objeto de un análisis mucho más sofisticado que incluya consideraciones económicas y de eficiencia que no abordaré en esta oportunidad; sin embargo, creo que el principio de

justicia latente en esta figura, una vez más nos da una pauta insoslayable para resolver este problema.

IV. Los daños punitivos y la actividad bancaria

Con el análisis efectuado precedentemente, me propongo abordar un supuesto particular de responsabilidad: “la responsabilidad por daños causados en la actividad bancaria” a fin de poner en evidencia en qué términos, la redacción del art. 52 bis de la Ley 24.240 debe ser interpretada a la luz de los fines que la noción de daños punitivos pretende alcanzar y los principios de justicia subyacentes.

Me refiero a este tipo de responsabilidad por los siguientes motivos:

- i) Sin lugar a dudas la relación “entidad bancaria- clientes” constituye una relación de consumo y por lo tanto, se enmarca en el régimen de la Ley 24.240 (t.o. 26.361) de Defensa del Consumidor. La persona física o jurídica que utiliza los servicios que brinda la entidad bancaria se encuentra comprendida en el art. 1 de dicha ley; y a su vez, ésta última es proveedor en los términos del art. 2 de la Ley 24.240;
- ii) La actividad bancaria se aleja cada vez más de las formas tradicionales de contratación, donde existe –al menos- un contacto personal entre las partes contratantes. La mayoría de las transacciones financieras se realizan por vía telefónica, internet y cajeros automáticos;
- iii) La brecha que separa a una entidad bancaria con el consumidor; en este caso particular, es más amplia que en muchas otras relaciones de consumo;
- iv) La necesidad, cada vez más creciente, de utilizar los servicios que brinda una entidad bancaria; lo que lo convierte en una *necesidad*, más que una opción.

Con respecto al primer punto, Lorenzetti señala que “mayoritariamente se ha impuesto en doctrina la tesis de la aplicabilidad a los contratos bancarios de la ley de defensa del consumidor, línea interpretativa ésta que se ha consolidado jurisprudencialmente”.³⁷

El derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de derecho privado, con base en el derecho constitucional y, por lo tanto, las

³⁷Lorenzetti, Ricardo Luis “Consumidores”, 2da. edición, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 438

soluciones deben buscarse dentro del propio sistema ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aún derogatorio de las normas generales³⁸. No caben dudas de la aplicación del régimen tuitivo que establece la ley 24.240 a los usuarios de los servicios ofrecidos por entidades bancarias. Siguiendo con esta línea, el artículo 1384 del Proyecto establece que *las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios*.

Por lo tanto, tal y como se encuentra legislado hoy el art. 52 Bis de la ley de Defensa del Consumidor, ante cualquier incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de la entidad bancaria, el juez *podrá* – a instancia del damnificado- aplicar esta multa civil. La palabra “podrá” implica que el juez discrecionalmente decidirá si aplica o no esta multa ante un supuesto de incumplimiento legal o contractual. Sin embargo, esa discrecionalidad es amplia, en el sentido que la norma en cuestión no proporciona un referente empírico claro. Como corolario, la inmensa mayoría de los casos donde se solicitó al juez la imposición de daños punitivos, se encuadran en la categoría de *casos difíciles, donde en definitiva se consuma el matrimonio entre el derecho y la moral y, asimismo, entre derecho y sociedad, del cual nacerá algún criterio que oriente al juez en su decisión*.³⁹

No obstante la falta de previsión de una conducta especialmente agravada, la doctrina mayoritaria entiende que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable.

Entiendo que, en virtud de los fines de disuasión y punición que tiene la figura del daño punitivo; es condición de procedencia, la reprochabilidad en la conducta del sindicado responsable. En este caso, tratándose las entidades financieras de personas jurídicas con una organización interna compleja, la valoración del ingrediente “reproche subjetivo” (sea a título de dolo, culpa grave o culpa lucrativa) se torna *difusa*.

La dificultad que se presenta al intentar probar estados anímicos o hechos internos se acrecienta cuando se trata de personas jurídicas que carecen de voluntad independiente de los miembros que las dirigen o administran; lo que no significa que no pueda realizarse tal juicio de valor respecto de estas entidades bancarias. En efecto, debe tenerse en consideración conductas que se reiteran constantemente y que dan cuenta de

³⁸ *Íbid*, pág. 50.

³⁹ Aulis Aarnio, citado por Sastre Ariza, Santiago, *Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos*, Universidad de Castilla- La Mancha, [en línea] <http://helvia.uco.es> [Consulta: 12 de Diciembre de 2012]

un particular modo de proceder ante determinadas situaciones. Muchas veces, la periodicidad de conductas en desmedro de los consumidores reflejará un serio menosprecio hacia los derechos de éstos.

La existencia de hechos psicológicos o internos en el supuesto de hecho que configura una norma plantea una duda: la de si puede mantenerse el carácter meramente descriptivo de los mismos. En otras palabras, ¿pueden considerarse hechos o deben considerarse meros juicios de valor?.

Con razón ha dicho Gascón Abellán “*que los hechos psicológicos sean internos o no observables no significa que no sean auténticos hechos, y, por tanto, comprobables mediante juicios descriptivos*”.⁴⁰ Estos juicios descriptivos se referirán –las más de las veces- a conductas externas y por lo tanto observables, que permitan inferir con cierta probabilidad tales estados internos. El conocimiento de los hechos no es una cuestión incontrovertible como muchos creen y éste es un aspecto fundamental al momento de decidir si procede la condena por daños punitivos.

Para valorar estas conductas reveladoras de un grave reproche subjetivo en las entidades financieras, no es cuestión menor, reparar en que los daños punitivos fueron incorporados a la ley consumeril, donde existe un fuerte garantismo hacia los derechos del consumidor. Se evoca constantemente el principio “in dubio pro consumidor”, producto de una historia signada por los abusos de la parte más poderosa de estas relaciones, que *siempre* es el proveedor.

La historia ha dado cuenta de reiterados abusos hacia el consumidor y de actitudes lucrativas en detrimento del mismo; a veces con micro lesiones, otras veces con daños grotescos, pero siempre con la misma moraleja: abuso del derecho de ejercer libremente el comercio, así como de su posición dominante en la relación.

Todo esto ha culminado en una legislación fuertemente proteccionista, a punto tal que puede inclinar la balanza peligrosamente hacia el lado contrario: abusos por parte de los consumidores que se patentizan en exorbitantes reclamos a la justicia.

Todo ello nos conduce a puntualizar en la necesidad de agudizar los parámetros para la fijación de los hechos objeto del proceso donde se reclaman daños sufridos por consumidores, ya que en el fondo de las decisiones judiciales creo que no hay más que un conocido problema: la ineludible proyección de las subjetividades del juez, que se encuentra condicionado por sus sentimientos, sus ideologías, sus valores ético-

⁴⁰ Gascón Abellán, Marina, op. cit. pp. 76 a 78.

políticos, etc. Esto parece ser un reflejo de la *contaminación teórica del conocimiento de los hechos* que sirven de base a las decisiones judiciales.

La conclusión –a mi entender- no puede ser otra: no se puede aplicar a rajatabla el principio *in dubio pro consumidor*, obviando de tal modo una apreciación rigurosa de la prueba rendida en el proceso. El juez debe exigir que se prueben acabadamente los hechos. Este principio debe interpretarse dentro de lo razonable: ante la duda, se interpreta a favor del consumidor, esto es, debe haber una fijación de los hechos que arroje como resultado cierta razonabilidad que lleve a la convicción del juez a inclinar la balanza a favor del mismo. Por tanto, no será un liso y llano *pro consumidor*.

Este principio debe funcionar como una garantía epistemológica en el sentido de que si no se prueban los hechos más allá de la duda razonable, la decisión deberá inclinar la balanza a favor del consumidor. No significa de ninguna manera liviandad en las exigencias probatorias.

De tal modo, en la causa “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.” (CNCOM Sala F - 10/05/2012) los jueces de alzada entendieron que:

“Los siguientes datos inequívocos extraídos de esta causa muestran a juicio de la suscripta ese proceder abusivo de la demandada: La actora efectuó numerosos reclamos ante la demandada para que dieran curso a la cobertura asegurativa contratada y, en consecuencia, cancelara el saldo deudor que pudiera exhibir su tarjeta de crédito Visa...No obstante, a pesar del diligente comportamiento asumido por la consumidora, la demandada continuó con los reclamos y respondió con negativas las peticiones de la Sra. R. ...Más aún, en el reclamo cursado con fecha 29/5/2008 la accionada adujo verse obligada "a iniciar, a través de nuestros abogados, las acciones legales correspondientes, las que podrán incluir pedido de embargo de sueldo y de persistir en el incumplimiento en el pago de sus obligaciones nos veremos obligados a informarlo ante el Banco Central de la República Argentina en situación 3" ...Asimismo, mediante la misiva del 26/6/2008 la consumidora fue intimada al pago en el plazo de 5 días del saldo adeudado, siéndole manifestado que: "Caso contrario, sin más trámite, nuestros abogados iniciaran las acciones legales pertinentes, en cuyo caso Ud. deberá afrontar, además de los saldos que se le reclamen, los honorarios de los profesionales intervinientes y las costas del juicio, siendo, además, facultad de compañía financiera SA.: 1) Solicitar embargo de sueldo/s 2) Embargar, secuestrar y, eventualmente, rematar bienes 3) Solicitar la inhibición general respecto de su

persona 4) Solicitar la afectación de su persona, quedando Ud. imposibilitado de acceder a cualquier tipo de crédito, préstamo o financiación" ...Y, finalmente, resultó incluida en situación 2 en la Central de deudores del BCRA ...que los trámites comenzaron a principios de abril de 2008 y recién le fue otorgado un certificado de cancelación de deuda el 17/9/2008. De modo que la notoria desatención de la demandada a las numerosas gestiones realizadas...constituyeron un grave y objetivo incumplimiento de la exigencia del LDC 8 bis. Asimismo, habida cuenta la manifiesta negligencia e inoperatividad de la reprochada, puede juzgarse cumplimentado el elemento subjetivo que también requiere la norma del LDC52 bis y su doctrina para la aplicación de la multa civil".⁴¹

De este modo, el análisis de conductas de la demandada que muestran signos inequívocos de un reproche subjetivo, permite alcanzar la convicción sobre la necesidad de imponer (o no) daños punitivos.

Con respecto al segundo punto, preciso poner de manifiesto la indefensión en que una entidad bancaria coloca a los consumidores al imponerles el uso de tecnologías para comenzar y finalizar las tratativas. La mayoría de las transacciones se realizan por medio de internet, líneas telefónicas y cajeros automáticos; de este modo, el contacto personal con la clientela es casi inexistente. Porque a mayor tecnología involucrada en un negocio, menor capacidad de prueba tiene la víctima; ya que no es dable pensar que un usuario común y corriente de servicios de cajeros automáticos tiene acceso a los complejíssimos sistemas informáticos que regulan esa actividad, razón por la cual la mayor carga probatoria debe gravar al sector empresario⁴²; resulta curioso que *"Por un lado, los bancos y cajeros automáticos, les extienden a los usuarios ese único comprobante, pero luego, ante la ocurrencia de un evento dañoso, no vacilan en quitarle todo valor probatorio al documento que ellos mismos emiten para certificar la validez de la operación"*.⁴³

⁴¹ R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A." (CNCOM – SALA F - 10/05/2012) elDial AA769F.

⁴² Shina, Fernando y Schell, Mariángeles, "Las Relaciones de consumo y la Alta tecnología. El dinero electrónico. Se digitalizó todo...menos la responsabilidad de algunos proveedores. Comentario al fallo Lefevre c/ HSBC". (elDial.com - DC172A).

⁴³ *Es por eso que el artículo 53º de la LDC prevé que sea el proveedor de servicios, generalmente empresas con gran capacidad técnica, financiera y humana, sea la parte que más esfuerzo debe realizar en materia de cargas probatorias, exigiéndole un deber de colaboración que en mucho excede lo hecho por el Banco y por Link en este procedimiento administrativo...* Expediente administrativo N° 441-09 STR. Adao Iturrusgarai Maciel c/ Banco del Chubut S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor. Rawson, 8 de junio de 2010. Disposición N° 068/10 DGDP.CyU. Fdo. Dra. Silvina Daviesbordenave y Dr. Fernando E. Shina. Fuente. (elDial.com- DC172A).

De este modo, el consumidor se encuentra ante *máquinas* que emiten respuestas mecánicas a sus consultas y peticiones, en franca violación del derecho de información cierta, clara, detallada y gratuita que consagra el art. 4 de la ley 24.240.

No debe soslayarse, la información que las entidades bancarias brindan al Banco Central de la República Argentina sobre la situación crediticia de sus clientes, a fin de categorizarlos conforme su condición más o menos *riesgosa*; amenazando constantemente con esta *potestad*. Muchas veces, hacen caso omiso de la regularización de la situación crediticia de sus clientes, e informan al BCRA saldos deudores a fin de incluirlos en la nómina de deudores “morosos”; colocando al consumidor en una franca situación de indefensión. Las consecuencias de este comportamiento abusivo pueden llegar a ser devastadoras, ya que se veda la posibilidad de acceder a crédito alguno, con la violación que ello implica al principio de calidad de los datos personales, establecido por el art. 4 de la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales.⁴⁴

El punto iii) que me lleva a considerar este ámbito particular de responsabilidad por daños, se refiere a la *brecha* que separa a una entidad bancaria de un consumidor; que en este tipo de relaciones es más amplia que en muchas otras relaciones de consumo. La importancia de este punto gravita en la *posibilidad* que tiene la entidad financiera de lucrar con su actividad a expensas del consumidor. En el fallo antes citado, las actitudes diligentes del consumidor tendientes a regularizar su situación (tal como sucede en muchos casos cotidianamente) permiten inferir que la entidad demandada tenía pleno conocimiento de ello; sin embargo, resultó *preferible* hacer caso omiso de los reiterados reclamos y continuar cobrando sumas que no correspondían; montos que seguramente son insignificantes para el caudal que maneja la entidad bancaria; sin embargo en un número indeterminado de consumidores, puede ascender a una estimable ganancia.

Pues a esto se refiere la doctrina cuando menciona *los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito* como elemento clave para cuantificar los daños punitivos. En estos casos, la herramienta de los daños punitivos alienta al consumidor a demandar ante esta conducta abusiva que generalmente no es llevada a los tribunales en virtud de la “relativamente poca cuantía” que implican, en comparación con los costos que

⁴⁴ 1. Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido... 4. Los datos deben ser exactos y actualizarse en el caso de que ello fuere necesario. 5. Los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, deben ser suprimidos y sustituidos, o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos cuando se tenga conocimiento de la inexactitud o carácter incompleto de la información de que se trate...”.

insume un proceso judicial; lo que redundaría en una ganancia importante para la entidad financiera.

La *concepción anuladora de la justicia correctiva* de Jules Coleman que resulta de la conjunción del principio del enriquecimiento ilícito y el correlativo empobrecimiento ilícito; requiere la anulación de las ventajas y las pérdidas injustamente percibidas y sufridas, respectivamente; a fin de lograr el pleno desmantelamiento de los ilícitos.

Por último, como señalé en el punto iv); la sociedad actual y el tráfico comercial convierten a la actividad bancaria en una necesidad más que en una opción. Esta circunstancia acrecienta aún más la vulnerabilidad del consumidor; lo que hace preciso que se considere una herramienta eficaz a los daños punitivos. Sin embargo, no debemos olvidar que esta figura debe ser cautelosamente considerada y teniendo como norte siempre las finalidades que viene a llenar y los principios de justicia que la inspiran; ya que una aplicación desmesurada e irrestricta de los daños punitivos puede inclinar peligrosamente la balanza hacia el lado contrario. Es por ello que creo necesario hacer hincapié en la investigación de los hechos acaecidos y una adecuada valoración que permita inferir con un alto grado de certeza la reprochabilidad de la conducta de la entidad demandada.

V. Conclusiones

Hay distintos niveles de desacuerdos en torno a los daños punitivos. *Grosso modo*, identifiqué los siguientes grupos de desacuerdos: 1) en la interpretación de la figura “daños punitivos” (en abstracto; es decir, independientemente de una norma que la consagre); 2) en la aplicación de los daños punitivos (independientemente de alguna norma en particular); 3) en la interpretación de la norma que recepta los daños punitivos (artículo 52 bis de la Ley 24.240); 4) en la aplicación de la norma 52 bis.

A su vez, estos niveles de desacuerdos se condicionan de tal modo que al resolver las cuestiones más abstractas y generales, podemos dar respuesta a cuestiones más concretas que se plantean en la aplicación de los daños punitivos.

En estos distintos niveles, también existen acuerdos en la doctrina argentina que es preciso identificar a fin de no volver sobre los mismos puntos y ocuparnos de aquellas cuestiones que realmente están dificultando la aplicación de los daños punitivos a casos concretos; que se ha convertido en una suerte de “lotería” donde no es posible predecir

en modo alguno si, a determinado caso particular, corresponde o no la imposición de esta multa civil.

Discutir acerca de si conviene o no la incorporación de los daños punitivos a nuestro derecho privado, no tiene sentido desde que la norma consumeril los consagra expresamente. Pero comenzar la discusión por los fines que la figura viene a llenar, nos abrirá la puerta para responder muchas preguntas recurrentes en la doctrina.

Creo que si el derecho civil, mediante su régimen de responsabilidad por daños puede cumplir eficazmente con funciones que otrora se consideraban privativas del derecho penal, debe darse vía libre a la regulación de esta figura legal en el ámbito civil. Ello redundará en un beneficio al aparato judicial, dado el alto costo económico que significa el despliegue de la represión penal, el abarrotamiento de causas que se articulan y la estigmatización que un proceso penal genera en el sindicado responsable. La aplicación de los daños punitivos sin embargo, debe ser objeto de un análisis pormenorizado respecto de cada elemento que conforma este instituto, tarea que debe abordarse cautelosamente y cuidando los fines que la figura viene a cumplir.

Por ello creí necesario detenerme en la caracterización de cada una de las funciones de la responsabilidad civil, tal como se encuentran hoy y las modificaciones que se proyectan en esta temática; para identificar los presupuestos que se requieren en el marco de cada función en particular y el principio de justicia subyacente en cada una de ellas. Este análisis mostró de qué manera estas cuestiones muchas veces relegadas en las discusiones doctrinarias, nos dan una respuesta (al menos prioritaria) para alcanzar una correcta aplicación del instituto y una práctica uniforme en la materia; evitando de tal modo la inseguridad jurídica que implica una demanda por daños punitivos.

En el específico ámbito de los daños causados en la actividad bancaria, existen algunas aristas que justifican una aplicación *cautelosa* de los daños punitivos; teniendo siempre como norte los fines que persigue una condena por encima del daño efectivamente causado, y los principios de justicia que alimentan esta figura punitiva.

Bibliografía

ALCHOURRON, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2006.

ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie I- Anuarios, Segunda Época, Año XXXVIII, Núm. 31, 1993, Buenos Aires, 1994

ALTERINI, Atilio A. (director) y Federico DE LORENZO (subdirector), *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Año II, N° 4, Agosto de 2000, Buenos Aires, La Ley, 2000.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2da ed., Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., 2004

GHERSI, Carlos A., *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción por Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999

LOPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, 1ra. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, 2da. ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2009

MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, traducción por Marcelo Mendoza Hurtado, 1 ed., Barcelona, Ed. Gedisa, 2001

PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 2*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999

ROSENKRANTZ, Carlos F. (comp.), *La responsabilidad extracontractual*, 1ra. Ed. Barcelona, Gedisa, 2005.

SAUX, Edgardo I. y Enrique C. MULLER, *Responsabilidad Civil y Aquiliana*, 1 ed., Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2005

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar* , Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004