

M., M. S. y otro vs. Organización de Servicios Directos Empresarios s. Daños y perjuicios

Texto completo de la sentencia la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 17 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: "M., M. S. y otro c/ ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS s/ daños y perjuicios" (expte. 111.090/2011), respecto de la sentencia de fs. 1326/1435 el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: HUGO MOLTENI - RICARDO LI ROSI - S. PICASSO - EDUARDO A. ZANNONI - FERNANDO MARTIN RACIMO - MARIO PEDRO CALATAYUD - GABRIELA ALEJANDRA ITURBIDE

A la cuestión propuesta el Dr. Hugo Molteni dijo:

1°.- La sentencia dictada a fs. 1326/1435 admitió la demanda de repetición y daños y perjuicios entablada por M. C. R. y M. S. M. y, en consecuencia, condenó a OSDE a abonar la suma de \$ 392.000 y \$ 300.000, respectivamente, con más sus intereses a la tasa activa desde la mora hasta el efectivo pago y las costas del proceso.-

Contra dicho pronunciamiento, la demandada interpuso recurso de apelación a fs. 1437, el cual fue fundado a fs. 1451/1465 y contestado por los actores a fs. 1467/1477.-

Por su parte, la Defensora de Menores de Cámara dictaminó a fs. 1490/1494.-

2°.- Del pronunciamiento recurrido surge que el Sr. Juez de grado tuvo por acreditado el invocado incumplimiento del contrato de medicina prepaga celebrado entre las partes, razón por la cual condenó a la demandada al cumplimiento forzado de la prestación a su cargo, mediante el reintegro de las sumas abonadas oportunamente por la accionante (\$ 32.000), con más los intereses devengados desde cada erogación.-

Además, el juzgador consideró probado que la mora incurrida en el cumplimiento de las prestaciones acordadas, dio lugar a los mayores daños a los que se refiere el art. 508 del Código Civil vigente en ese entonces, fijando en \$ 60.000 la suma para resarcir el daño psicológico reclamado por la Sra. R. y en \$ 100.000 el daño moral padecidos por ambos accionantes (50 % para cada uno).-

Por último y frente a la gravedad de tales incumplimientos, estableció que se encontraban configurados los requisitos necesarios para disponer el pago de los daños punitivos previstos en el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor, los cuales cuantificó en la suma de \$ 250.000 para cada reclamante.-

De la lectura de la expresión de agravios, se desprende que la recurrente dividió su presentación en cinco apartados. En el primero efectuó consideraciones genéricas sobre una supuesta animosidad del sentenciante contra su parte, que a su entender se tradujeron en una ausencia de imparcialidad; en el segundo y el tercero cuestionó la procedencia y cuantía del daño psicológico y el daño moral; en el cuarto solicitó que se deje sin efecto la fijación de los daños punitivos; mientras que en el apartado final se agravio de la tasa de interés y la fecha dispuesta para el comienzo del cómputo de tales accesorios.-

3°.- En principio, asiste razón a los actores cuando sostienen que las genéricas consideraciones vertidas en el apartado inicial, no constituyen la crítica concreta y razonada a la que se refiere el art. 265 del Código Procesal.-

Es que tales manifestaciones, que se vierten a modo de introducción, no apuntan a cuestionar una parte puntual del pronunciamiento recurrido, sino a dejar constancia de su disconformidad con el trato dispensado por el sentenciante a lo largo de su extenso fallo, en el entendimiento que fue arbitrario, careció de imparcialidad y formuló una evaluación parcial de la conducta desplegada por OSDE durante los años en que cubrió las prestaciones requeridas por M. S. M..-

Pero sin perjuicio de ello y a fin de dar adecuada respuesta a las quejas de la recurrente, llama la atención que pese a tan manifiesta disconformidad con la valoración que efectuara el juzgador respecto de las falencias observadas en el cumplimiento del plan prestacional, la apelante no formulara una crítica específica sobre la parte principal de la sentencia, es decir, acerca de la configuración del incumplimiento contractual y de los demás requisitos que llevaron a la admisión de su responsabilidad civil.-

Cierto es que, al cuestionar los rubros resarcitorios, la multa punitiva e incluso la fecha de cómputo de los intereses, se efectuaron consideraciones en torno a los incumplimientos achacados. Sin embargo, éstas conformaron endeble justificaciones de la conducta obstruccionista desplegada frente a los requerimientos prestacionales solicitados por el afiliado y su progenitora, que en todos los casos importaron meras reiteraciones de aquellos argumentos esgrimidos al replicar la acción, por demás analizados en la sentencia y razonadamente desestimados por el juzgador.-

En efecto, al criticar la procedencia del "daño moral", escuetamente sostuvo que las prestaciones que en su oportunidad fueron denegadas por la empresa de salud, no se encontraban expresamente contempladas en la normativa vigente en ese entonces, ya que las cubiertas eran las contenidas en el "Nomenclador de Prestaciones Básicas a favor de las personas con discapacidad", previsto en la Ley 24901 y sus concordantes, particularmente en el Decreto 1193/98 y la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud de la Nación, para después aseverar que no existían "... normas claras acerca de si los Agentes del Seguro de Salud debían brindar la cobertura o no, ni mucho menos en qué términos debía prestarse la misma en caso de tener que hacerlo..." (v. fs. 1453 vta. y 1454).-

Sin perjuicio de agregar que la duda a la que ahora se hace referencia debió interpretarse a favor del consumidor en este tipo de relaciones jurídicas, por imperio del art. 3° de la Ley 24240 y sus modificatorias, tal incertidumbre no parece desprenderse de las concluyentes negativas que se aprecian en las misivas acompañadas, de las cuales surge que frente a la tan mentada duda, la empresa generalmente optó por denegar la prestación (v. a modo de ejemplo la obrante a fs. 8).-

Pero volviendo sobre aquél cuestionamiento, su escaso valor crítico a los fines de modificar la suerte de la condena, se aprecia a partir de las consideraciones que el magistrado de grado efectuara al respecto, basada en la interpretación amplia que correctamente ha dado al plexo normativo citado por la recurrente.-

En efecto, como primer aspecto cabe destacar la interpretación de las cláusulas del contrato de adhesión suscripto entre las partes -tildadas de ambiguas y abusivas por el juzgador, con fundamento en el art. 37 de la Ley 24240-, que hacen referencia a la cobertura integral que en materia de discapacidad prevé la Ley 24901 y a las exclusiones enumeradas al final del instrumento (v. considerandos V.III.I y V.III.II). A su vez, el Sr. Juez de grado también ha citado una importante cantidad de precedentes que abonan la pretensa interpretación extensiva con que deben analizarse las prestaciones del Programa Médico Obligatorio, sobre todo en lo relativo a la rehabilitación de las personas con discapacidad (art. 28 de la Ley 23.661) (v. considerando VI.III), dejando luego sentado que dicho plan se trata de "pisos" móviles y flexibles, ya que prima la

obligación de no interrumpir la cobertura sin causa justificada (v. considerando VI.V).- Tales argumentos, a los que se agregan los vinculados a la necesaria protección que nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales brindan a las personas con discapacidad, llevaron al sentenciante a concluir que la cobertura de salud contratada a favor del co-accionante incluía las patologías usuales que cualquier sujeto puede padecer - entre las que naturalmente se encuentran la totalidad de las prestaciones por rehabilitación- a excepción de las expresamente contempladas en las exclusiones, pues es lógico que frente a la amplia gama de vicisitudes que pueden afectar la salud de una persona, sean los supuestos de exclusión los que merezcan un tratamiento casuístico (v. fs. 1399vta.).-

Ahora bien, los fundamentos y demás conclusiones expuestas por el juzgador -que fueron extensamente desarrollados en su pronunciamiento y aquí se vuelcan de manera sintética-, no se ven enervados por las escuetas enunciaciones ya citadas, dado que si la recurrente pretendía insistir con su postura defensiva, en el sentido de que la resistencia a cubrir las prestaciones se encontraba justificada en la ausencia de norma legal y en la interpretación estricta de las normas invocadas, debió necesariamente criticar aquellas partes del fallo que con sobrados y correctos argumentos sostuvieron la postura contraria, conducta ésta que no fue adoptada por OSDE en su expresión de agravios.-

Lo expuesto, lleva a declarar la deserción de los débiles cuestionamiento ensayados para tener por reconocida la obligación de restituir las sumas abonadas en concepto de acompañante terapéutico y enfermero nocturno, como así también la demostración de los requisitos necesarios para tener por configurados los mayores daños derivados de la mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la accionada (art. 266 del Código Procesal).-

4°.- Pero al margen de la mentada sanción procesal, la interpretación efectuada por el Sr. Juez de grado de las disposiciones legales relacionadas con las prestaciones a cargo de los entes de salud, es coincidente con la esgrimida por esta Sala en pronunciamientos anteriores.-

En efecto, en casos análogos se ha sostenido que la Ley 23660 de obras Sociales, determina que tales organismos destinarán sus recursos, en forma prioritaria, a prestaciones de salud (art. 3). Deberán asimismo, brindar otras prestaciones sociales. En sentido concordante, la Ley 23661 -que crea el Sistema Nacional de Seguros de Salud- establece como objetivo proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad de vida disponible (art. 2).-

Por su parte, la Ley 24754 prescribe que, a partir del plazo de 90 días de su promulgación, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médica asistencial las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes citadas anteriormente, y sus respectivas reglamentaciones.-

Aun cuando la actividad desarrollada por las entidades que prestan servicios de medicina prepaga está enmarcada en el plano contractual y cuenta con naturaleza comercial, éstas igualmente adquieren un compromiso social con sus usuarios, en tanto tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que deben asegurar a los afiliados tanto las coberturas expresamente pactadas como las legalmente establecidas (CSJN, Fallos 324:677). Es en tal contexto que la Ley 24754 determina que las empresas destinadas a prestar servicios de medicina prepaga deben cubrir en sus planes de cobertura médico asistencial, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales (CSJN, Fallos 324:754).-

Precisamente, la resolución 201/2002 impone a las obras sociales sometidas a la Ley 23660, el deber de garantizar un conjunto de prestaciones básicas esenciales (art. 1°), debiendo adaptar todos sus programas de prestación y control, así como sus contratos con ese propósito (art. 2°). Así las cosas, si la Ley marco 24754 constriñe a las empresas de medicina prepaga a cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, es evidente que éstas también se encuentran alcanzadas por las disposiciones de carácter obligatorio que se fueran sucediendo en el tiempo, y que se hallen encuadradas en el marco de las Leyes 23660 y 23661 (esta Sala, R. 584.179, del 24/8/2011).-

En sentido concordante, no puede dudarse que resulta aplicable en el caso la Ley 24901 que, en materia de personas con discapacidad (como el actor, v. certificado de fs. 14), obliga a los integrantes del sistema a la atención integral de las personas discapacitadas, con el objeto de brindarles una cobertura amplia de sus necesidades y requerimientos (art. 1°). Así, los prestadores deberán otorgar las prestaciones básicas allí establecidas, entre las cuales se incluyen las prestaciones de rehabilitación (art. 15), terapéuticas educativas (art. 16), y asistenciales (art. 17). Asimismo, se establece la obligatoriedad de los servicios allí enunciados, tales como el centro de día (art. 24), el centro educativo terapéutico (art. 25), el centro de rehabilitación psicofísica (art. 26) y motora (art. 27), incluyéndose dentro de este último concepto la provisión de las prótesis que precise el enfermo (inc. b).-

Sobre esta última norma, y su aplicación a las empresas de medicina prepaga, ha dicho el Máximo Tribunal nacional que al no introducir la Ley 24901 salvedad alguna que la separe del marco de la Ley 24757, debe ser interpretada en el sentido de que, en cuanto determina prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, comprende a las empresas de medicina prepaga, a la luz del concepto amplio "médico asistencial" a que se refiere el art. 1° de la segunda de las leyes mencionadas, siendo que ello representa la voluntad del legislador respecto de la protección del derecho a la salud, conforme lo dispuesto por el art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional (CSJN, del 28/08/2007, "Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. c/ CEMIC", LL 2008-B, 304).-

Por otra parte, es dable poner de resalto, en coincidencia con lo señalado por el juzgador, que los contratos de medicina prepaga son contratos de consumo y, por ende, se encuentran alcanzados por la regulación de la Ley 24240. A su vez, en general, son contratos de adhesión. Resultan aplicables, entonces, las disposiciones de dicha normativa y las pautas jurisprudenciales elaboradas en torno a ella. De esta manera, entre las soluciones posibles debe buscarse la interpretación más favorable para el consumidor (arts. 3 y 37). Tal conclusión se ve reforzada si se considera que en el sub examine está en juego la cobertura de prestaciones que el Estado creyó inexcusables, y que tienden a mitigar los padecimientos que sufre el co-accionante en virtud de su discapacidad (esta Sala, R. 426.204, del 8/7/05; íd., R. 584.179, del 14/8/2011; esta Cámara, Sala G, R. 405.806, del 16/7/04; íd., Sala E, "Cambiaso Peres de Nealón, Celia M. y otro c/ CEMIC", del 22/10/04, LL, ejemplar del 5/11/04).-

Finalmente, corresponde señalar que el art. 7 de la Ley 26682 expresamente establece la obligación de los entes como el aquí demandado de cumplir -como mínimo- en sus planes de cobertura asistencial con el Programa Médico Obligatorio vigente y, en especial, con las prestaciones para personas con discapacidad previstas en la Ley 24901 y sus modificatorias. En este sentido, es dable poner de resalto que si bien la Ley 26682 no se encontraba vigente al momento de celebrarse el contrato, resulta aplicable a dicha relación jurídica a partir de su sanción (el 16 de mayo de 2011), pues dicha norma es de orden público (art. 28), y rige a los

contratos de medicina prepaga en curso de ejecución a partir de los ciento ochenta días de su publicación (art. 30).-

5°.- Sentado lo anterior, habré de evaluar las quejas de la emplazada respecto de la duplicación de indemnizaciones, al conceder una partida para resarcir el "daño moral" y otra para el "daño psicológico", vertidas tanto en el apartado 2°, como en oportunidad de cuestionar la procedencia del daño extrapatrimonial.-

Reiteradamente he sostenido que el "daño psíquico" constituye un rubro resarcitorio autónomo al "daño moral", toda vez que ambos perjuicios poseen distinta naturaleza. El primero reviste la calidad de daño patrimonial, mientras que el segundo afecta los intereses extrapatrimoniales (conf. esta Sala en mis votos libres n° 397.889 del 12/8/04; n° 330.604 del 27/3/02; n° 226.548 del 30/11/00, entre otros).-

En este sentido, la doctrina ha señalado que si el daño ocasiona un menoscabo en el patrimonio, sea en su existencia actual, sea en sus posibilidades futuras, se está en presencia de un daño material o patrimonial, cualquiera sea la naturaleza del derecho lesionado; y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial (conf. Orgaz Alfredo, "El Daño Resarcible", p. 223 y sus citas; Llambías J. J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", t. I, p. 297).-

Es por ello que, aún cuando para la determinación del "daño moral", la merma psíquica padecida influye como elemento de convicción para apreciar la existencia e importancia del mismo (conf. C. N. Civ., "Sala C", "Montello, Luis c/ Diaz, Francisco", del 23-4-93, public. en L. L., 1994-A, 547), lo cierto es que no puede subsumirse uno dentro del otro, ya que, tal como he señalado, los mismos repercuten en distintas esferas de la personalidad del damnificado.-

6°.- El Sr. Juez de grado fijó en \$ 60.000 el importe necesario para resarcir el "daño psicológico" sufrido por M. C. R.

En lo relativo a este ítem, la demandada nuevamente ensaya una débil y escueta crítica de las sólidas conclusiones a las que arribara el sentenciante. El cuestionamiento gira en torno a cuatro aspectos puntuales, tibiamente desarrollados: que se basó para cuantificar el rubro en el cálculo efectuado por la experta, al cual tildó de "abstracto e injustificado"; que infundadamente se elevó dicha estimación; que no se acompañó prueba alguna que acredite que la actora hubiera emprendido el tratamiento recomendado o que lo vaya a realizar en el futuro y que no se valoró que se encuentra afiliada a la "Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación" (v. fs. 1452/vta.).-

Con relación a las quejas vertidas en torno a la procedencia de la partida resarcitoria, esta Sala ha sostenido con anterioridad que a los fines de fijar un monto para cuantificar estos gastos, resulta irrelevante que la actora pueda contar con una obra social que eventualmente afronte sus costos, pues para que la reparación sea integral, el damnificado no está constreñido a aceptar un profesional del plantel de su cobertura, sino que puede consultar a otro que le inspire mayor confianza (conf. esta Sala, voto del Dr. Li Rosi en L. n° 477.426, del 19/10/2007).-

A su vez, el hecho de que no se acreditara la realización de tratamiento alguno o la mera afirmación de que no se llevará a cabo en el futuro, no enerva la concesión de una partida para enjugarlo, al haberse acreditado pericialmente la necesidad de su realización, en virtud de la índole de los padecimientos sufridos y su relación causal con el incumplimiento, que fuera destacada por la experta al contestar el pedido de aclaraciones (v. Fs. 1278 vta.).-

Por otro lado y en cuanto a la suma fijada, debe recordarse que aun cuando el dictamen pericial carece de valor vinculante para el órgano judicial, el apartamiento de sus conclusiones debe

encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Sin embargo, cuando aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica, aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones periciales (conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. IV, pág. 720 y jurisprudencia allí citada; Morello-Sosa-Berizonce, Código Procesal Civil y Comercial, comentado y anotado, pág. 455 y sus citas; Falcón, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado, pág. 416 y sus citas).-

Este es el criterio que cabe aplicar en la especie, pues debe considerarse que el cálculo efectuado por la experta es propio de su incumbencia y se basa en sus conocimientos sobre el costo promedio aproximado que este tipo de tratamientos tiene en el mercado, tal como lo pusiera de manifiesto al efectuar dicha estimación (v. Fs. 1238). A ello debe agregarse que el mayor importe establecido por el sentenciante, se encuentra justificado en la necesidad de cuantificar dicha deuda de valor a la fecha en que se dictó el pronunciamiento de grado (art. 772 del Código Civil y Comercial), lo que ocurrió más de un año después de presentado el peritaje.-

No puede soslayarse, además, que el cuestionamiento ensayado resulta extemporáneo, si se valora que la demandada no impugnó dicha estimación en su pedido de aclaraciones de fs. 1256/1257 ni tampoco cuando los autos se encontraban en condiciones de alegar sobre la prueba producida, ya que no ejerció tal prerrogativa procesal.-

En virtud de lo expuesto, corresponde confirmar la partida fijada en la instancia de grado.-

7°.- La demandada también se agravia de la indemnización prevista para enjugar el "daño moral" sufrido por ambos actores (\$ 50.000 para cada uno de ellos).-

Liminarmente, en lo relativo a la alegada superposición de resarcimientos, me remito a los fundamentos expuestos en el considerando 5°, donde analicé las diferencias entre este rubro y el "daño psicológico".-

Sentado lo anterior, coincido con el sentenciante que al tratarse en la especie de un supuesto de responsabilidad contractual, el reclamo del daño moral debe encuadrarse en la preceptiva del derogado art. 522 del Código Civil vigente en ese entonces, que a diferencia de la situación prevista en el artículo 1078 para el ámbito extracontractual, que se expresa en términos imperativos, la indemnización que aquella norma prevé es en cambio facultativa para el Juez según la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso (conf. Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, t. I, n° 270 bis; Bustamante Alsina, Tratado de la responsabilidad civil, pág. 183, n° 570/2; esta Sala, voto del Dr. Escuti Pizarro en Libre n° 186.165 y n° 189.452 del 14/5/98 y sus abundantes citas).-

Desde tal óptica y al encontrarse acreditada la configuración de los requisitos esenciales de la obligación de resarcir el daño causado por el incumplimiento (v. considerandos 3° y 4° de este voto), ha quedado vacía de contenido la queja vertida por la recurrente en torno a la procedencia de esta partida, que se ha centrado mayormente en la ausencia de tal conducta antijurídica.-

Además, para controvertir la cuantificación de este renglón, resultan estériles las argumentaciones vertidas en torno a la entidad de los incumplimientos o las justificaciones que puedan ensayarse en torno a los motivos que llevaron a adoptar la conducta obstruccionista que fuera puesta de manifiesto por el Sr. Juez de grado en su pronunciamiento.-

Es que desde hace tiempo ha sido superada la concepción sancionatoria del "daño moral", siendo

en el derecho moderno predominante la tendencia que admite el carácter resarcitorio que asume la indemnización de este perjuicio extrapatrimonial. Es en razón de ello que para su estimación, no debe ponerse el foco en la conducta del sujeto dañador, sino principalmente en la situación de la víctima, en función del menoscabo por ella experimentado (conf. Pizarro, Ramón D. - Vallespinos Carlos G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones, t. 2, p. 676/678 y sus abundantes citas doctrinarias).-

Bajo tales lineamientos, considero que para evaluar el quantum fijado para resarcir este daño, debe valorarse la delicada situación en la que se encontraban sometidos los accionantes a la fecha en que se produjeron las negativas de las prestaciones asistenciales y de rehabilitación, es decir, M. M. afectado por importantes secuelas neurológicas derivadas de un accidente y su madre realizando todo aquello que se encontraba a su alcance para que su hijo pudiera en alguna medida superar dicha discapacidad. A ello debe sumarse la angustia que en ese momento debió generar la conducta obstruccionista desplegada por OSDE y la necesidad de hacer frente a tales urgentes prestaciones, como así también los padecimientos psíquicos comprobados pericialmente.-

A partir de lo expuesto, no cabe dudas que los importes asignados en la instancia de grado resultan equitativos para resarcir las afecciones que los reiterados incumplimientos sin duda generaron en la esfera de los sentimientos.-

Por último y si bien es cierto que el juzgador otorgó un monto que supera el reclamado en la demanda (\$ 80.000), de tal presentación liminar se desprende que la estimación efectuada quedó supeditada a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir en autos (v. fs. 34), por lo que la forma provisional en la que fue cuantificada la petición resarcitoria, impide considerar violado el principio de congruencia.-

En consecuencia, sólo resta confirmar la suma establecida en la instancia anterior para cuantificar el "daño moral".-

8°.- Con relación a los "daños punitivos", fijados en el \$ 250.000 para cada uno de los actores, cabe en principio recordar que este tipo de sanciones son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que sumados a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf. Pizarro, Ramón Daniel, "Daños punitivos" publicado en "Derecho de daños. Segunda parte", p. 291/292, ap. c).-

Se trata de una institución que tiene sus orígenes en el derecho anglosajón, que cuenta con adeptos y detractores, difiriendo la doctrina en relación a la naturaleza jurídica que ostenta y la validez constitucional de la norma que la introduce en nuestro derecho (ver al respecto Colombres, Fernando Matías, Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor, Revista LL del 16/9/2008; Picasso, S. en Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, págs. 597/624; López Herrera, Edgardo Los daños punitivos, págs. 357/371; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Ley de defensa del consumidor -Ley 24240, págs. 279/281; íd. Bueres, Alberto J. y Picasso, S., La responsabilidad por daños y la protección al consumidor en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", 2009-1, págs. 31 y ss.).-

Por lo demás, los daños punitivos son un agregado, un plus de indemnización por daños sufridos, algo que se concede a título distinto de la mera indemnización del daño causado, que puede tener una finalidad preventiva y también satisfactiva o sancionatoria. Se trata de un instituto jurídico siempre accesorio, o como lo ha dicho la jurisprudencia estadounidense, incidental. Es decir que el daño punitivo no tiene vida por sí mismo, ya que no existe acción autónoma para reclamar

daños punitivos. Siempre debe determinarse en el proceso principal una acción, casi siempre por indemnización común de daños y perjuicios, y la especial circunstancia de conducta agravante, dolosa, intencional, etcétera, que hacen procedente este instituto de excepción (conf. López Herrera, Edgardo, ob. cit., pág. 21).-

En similares términos se ha sostenido que la condena al pago de una indemnización punitiva procede en ocasión del juzgamiento de un perjuicio resarcible; es anexa a la reparación en interés de la víctima. La sentencia impone entonces al responsable una consecuencia patrimonial enervante de la que extrae del hecho lesivo, y dicha conexión justifica que se dicte en el mismo proceso resarcitorio, sin envío a una jurisdicción diferente (conf. Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo Martín, Indemnización punitiva en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", pág. 190).-

En otras palabras, sólo se debe sancionar con los daños punitivos (función accesoria sancionatoria) cuando se necesite prevenir (una conducta gravemente reprochable por la ley) de forma extra (luego de aplicar una condena de daños y perjuicios) con una cuantía que disuada según los niveles de prevención deseables socialmente (función principal disuasoria) (conf. Irigoyen Testa, Matías, Necesidad de daños punitivos ante culpa grave (o dolo) de una embotelladora, publicado en RCyS, agosto 2012, año XIV, N° 8).-

Como lo ha sostenido la Sala F de esta Cámara Civil, el daño punitivo importa una condena "extra" que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente (conf. CNCiv., Sala F, en autos "Cañadas Pérez, María c/ Bank Boston N.A.", del 18/11/2009, publicado en revista LL del 23/12/2009, voto del Dr. Posse Saguier). Asimismo, la Sala H, expresó que se trata de un plus que se concede al perjudicado, que excede el monto de la indemnización que corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños (conf. CNCiv., Sala "H", en autos "San Miguel, María Laura c/ Telecentro S.A. s/ daños y perjuicios", del 10/12/2012, publicado en RCyS 2013-VI, 148, voto de la Dra. Abreut de Begher).-

Otra prueba del carácter accesorio de los daños punitivos radica en la existencia de opiniones que sostienen que al momento de graduar la cuantía de los daños punitivos deben adoptarse parámetros que tengan en cuenta el monto otorgado para compensar el daño padecido (ver al respecto López Herrera, Edgardo, ob. cit., pág. 384; Irigoyen Testa, Matías, art. citado, publicado en RCyS, agosto 2012, año XIV, N° 8; Navas, S., ¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?, publicado en LL 2012-F, 80).-

Sentadas tales premisas, cabe en principio señalar que la pretensión principal no sólo se centra en los daños derivados de la suspensión unilateral del reembolso de los gastos que demandó el acompañante terapéutico, como sostiene la recurrente en los primeros párrafos del apartado 4.1 de su memorial, sino también en los producidos "... por las reiteradas y constantes negativas a satisfacer las prescripciones médicas dispuestas por el equipo prestigioso del FLENI, desoyendo las disposiciones de la ley de discapacidad..." (v. fs. 35), incumplimientos éstos que, junto con el señalado por la accionada, fueron tenidos especialmente en cuenta para admitir la fijación de la multa civil.-

Ahora bien, para analizar las quejas relativas a la procedencia y cuantía de los "daños punitivos", es dable reiterar, a raíz del cuestionamiento puntual efectuado por la demandada al respecto, que aun cuando el texto del art. 52 bis de la Ley 24240 (T.O. Ley 26361) autorice a su fijación ante el mero incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales asumidas por el proveedor, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran contestes en señalar que, en atención al carácter penal

de la figura, para su admisión se requiere una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia (Picasso, S. en Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, t. 1, p. 625 y sus citas; Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, 2° ed., p. 563 y sus citas).-

Bajo tales lineamientos es que corresponde analizar los agravios vertidos por la recurrente, quien más allá de continuar con su tesitura de justificar sus probados incumplimientos en la ausencia de normas jurídicas que le impusieran una obligación legal de cubrir las prestaciones denegadas -argumento éste reiteradamente descalificado en el pronunciamiento de grado y en este voto-, centra sus cuestionamientos en sostener que su conducta careció del factor de atribución que es exigido para admitir la fijación de "daños punitivos".-

Para demostrar dicha afirmación, sostiene que la suspensión del reintegro de los gastos erogados en concepto de acompañante terapéutico, no ocasionó perjuicio alguno a M. M. en su recuperación, ya que la prestación fue cumplida mediante el aporte económico de su madre, quien asumió el costo. Además, también destacó que la mentada interrupción, tuvo su causa en una decisión judicial, que al conceder con efecto suspensivo el recurso de apelación planteado contra la admisión de la medida cautelar que imponía a OSDE la cobertura, la autorizó a proceder de ese modo, dando lugar a que aun cuando luego se confirmara la antijuridicidad de la negativa, no pudiera a su criterio concluirse que en este ínterin existió dolo o culpa grave de su parte.-

Sobre la primera cuestión, cabe en principio señalar que lo expuesto se vincula con el análisis relativo a la existencia de daño, mientras que la ausencia de culpa grave o dolo se relaciona con el factor de atribución.-

Pero de seguirse el razonamiento de la apelante e incluso de admitirse que el daño configura un presupuesto indispensable para la procedencia de la punición legal prevista en el citado art. 52 bis -lo cual es descartado en doctrina por su carácter de sanción penal-, tal argumento no socavaría el derecho que asiste a los actores de obtener el producido de la multa pecuniaria. Es que Camila R. sin duda acreditó haber sufrido consecuencias económicas, psicológicas y morales a raíz de tal negativa, que de hecho fueron resarcidas; mientras que M. M., quien además de verse afectado por las demoras derivadas de las restantes denegatorias que, como se ha visto, integran el reclamo y se ven reflejadas en el trámite del expediente sobre inhabilitación -que se tiene a la vista en este acto (v. en especial fs. 161, 683/684, 693 y 695)-, demostró la existencia de una afección extrapatrimonial derivada de los incumplimientos, que fuera objeto de resarcimiento.-

No obstante, ingresando puntualmente en la valoración de la actuación de la empresa, a fin de determinar si efectivamente medió la conducta dolosa a la que hizo referencia el juzgador y niega aquélla en sus agravios, ya he sostenido en varios pasajes de este voto que la ausencia de prescripción legal expresa respecto de la procedencia de las coberturas denegadas, que se continúa invocando -ahora con la finalidad de intentar mitigar la gravedad de la falta a través de la demostración de una simple negligencia-, constituye un argumento que no puede ser atendido, ni aún con esta finalidad. Es que la interpretación amplia que debe darse al plexo normativo que instauró el plan médico obligatorio, las características de la prestación (rehabilitación) y la condición de discapacitado del sujeto a quien iban dirigidas, imponía admitir la plena cobertura de las prestaciones prescriptas por los médicos.-

A ello debe sumarse la gravedad del cuadro padecido por M. M., la premura con la que tales prestaciones eran requeridas y la reconocida capacidad de los galenos que las prescribieron -integrantes del FLENI-, que lleva a concluir que la conducta recalcitrante adoptada por OSDE en esa delicada y dolorosa situación, constituyó un obrar grosero y rayano con el dolo contractual, al

omitir de manera deliberada dar cobertura a un afiliado que, además, se encontraba adherido a uno de sus planes más onerosos.-

Por lo demás, la grave imputabilidad que se revela de la conducta descrita, se ve acentuada por el hecho de que tal proceder resultó claramente violatorio del deber jurídico impuesto al proveedor en el art. 8bis de la ley 24.240, incorporado por la Ley 26361, extremo éste que también fue tenido en cuenta por el Sr. Juez de grado para admitir la sanción punitiva.-

Dicha norma establece: "Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor".-

Es sabido que la dignidad es un principio elemental de carácter supralegal, que se encuentra dentro de los derechos constitucionales no enumerados, comprendidos en el art. 33 de nuestra Carta Magna, amén de que también se halla previsto en diversos tratados internacionales que integran nuestra Ley Suprema, conforme lo dispuesto en el art. 75, inciso 22).-

A su vez, el nuevo Código Civil y Comercial, que si bien no resulta aplicable en la especie, por representar la voluntad del legislador constituye una importante pauta de interpretación, incorpora este derecho personalísimo fundamental en los arts. 51 y 52.-

Se ha sostenido que la primacía de la persona humana y sus intereses extrapatrimoniales conforman junto con otros principios constitucionales los pilares centrales del plan político del Estado, constituyéndose en principios informadores de todo el ordenamiento jurídico y, desde luego, del derecho privado. Así, la dignidad humana no se presenta como un derecho, sino como una calidad inherente o intrínseca al hombre. Dada la primacía de la dignidad de la persona debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella (conf. Tobías, Jorge W., "Persona, Derechos Personalísimos y Derecho del Consumidor", en Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, t. III, p. 9).-

En la particular recepción que de tal principio cardinal hace el art. 8bis de la Ley 24240 y hoy también el art. 1097 del Código Civil y Comercial, la palabra "trato" viene, justamente, de "tratar", es decir, en una de sus acepciones, "comunicar, relacionarse con un individuo", y justamente esa comunicación o vinculación con los individuos en la relación de consumo, se da en todo momento, es decir antes y durante dicha relación. Y en cuanto a que ese trato debe ser digno, refiere precisamente al respeto que todo ser humano se merece por el solo hecho de serlo. Es un derivado de la dignidad humana de la que se hizo referencia anteriormente (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A., Avances y estancamientos en el derecho del consumidor. La dignidad de los consumidores y usuarios, publicado en "Revista de derecho privado. Derecho del consumo", p. 98/99).-

Se lo ha calificado como un deber secundario de conducta a cargo de los proveedores de bienes y servicios, que comprenden el período de formación y ejecución del contrato de consumo (conf.

Tobías, José W., ob. cit., t. III, pp. 114/115).-

En el ámbito particular de la relación de consumo, el trato equitativo y digno apunta a impedir que se produzcan aprovechamiento por parte del proveedor en perjuicio de los consumidores. De ese modo, todas las circunstancias, los hechos o las situaciones en que se encuentre el consumidor antes, durante y después de formalizar un contrato de consumo, deben estar signadas por el respeto de parte del proveedor por los derechos del consumidor, debiendo tener en cuenta y considerar cabal y responsablemente cuáles son los deseos del consumidor, las necesidades que pretende satisfacer, e informarlo y asesorarlo de buena fe en tal sentido, conforme a la oferta de bienes y servicios de que disponga el oferente, entre otros aspectos a considerar (conf. Kiper, Claudio en Picasso - Vázquez Ferreyra, ob. cit., t. 1, p. 126/127).-

En tal sentido, la disposición mencionada, sirviéndose de modelos comparados que abrieron camino en esta materia -como el Código del Consumidor de Brasil-, apunta a evitar que el equilibrio normativo del contrato no resulte menguado o desvirtuado por la práctica comercial o por la conducta de hecho impuesta como operatoria. Es decir, se advierte que la lesión al interés del consumidor puede surgir no de la cláusula contractual misma sino de un modo de aplicación de ésta o sencillamente de conductas no descritas en el contrato pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas.-

Dentro de las clases de prácticas vedadas por el art. 8 bis, pueden reconocerse: a) la práctica abusiva general: Esta tipología sociológica encuentra fundamento en la propia denominación incluida en la norma y constituye una contravención al trato equitativo expresamente impuesto por la Constitución Nacional y por la ley. El listado de situaciones que el proyecto originario describía constituye en su mayoría una ejemplificación no taxativa de tales prácticas abusivas; b) práctica vejatoria o vergonzante: constituidas por aquellos procedimientos aplicados en la formación del contrato o en su ejecución que se caracterizan por colocar al consumidor en estado de sospecha, vergüenza o intimidación; c) práctica discriminatoria: la disposición describe un caso específico al respecto constituido por la imposición de condiciones contractuales diferentes para el consumidor extranjero, salvo aquellas situaciones expresamente autorizadas por la autoridad correspondiente (conf. Ariza, Ariel, Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado, publicado en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 49, "Derecho Comercial Doctrinas Esenciales", Tomo V, 809).-

Desde esta óptica, la conducta reprochable de la demandada, que se tradujo no sólo en una primera negativa que sirvió para demorar el cumplimiento de las prestaciones urgentes que eran requeridas por la persona discapacitada, sino también en la imposición de trámites burocráticos que agregaron a la co-actora una carga extra a la compleja situación que estaba padeciendo -sometimiento de M. M. a estudios innecesarios dada la evidente discapacidad y la existencia de un cuadro ya comprobado médicamente-, importaron el ejercicio de una práctica violatoria del deber jurídico impuesto por el art. 8bis de la Ley 24240, por resultar abusiva y vejatoria de los consumidores.-

Coincido con el Sr. Juez de grado en el sentido que tal proceder, agravó el tenor de los incumplimientos achacados, autorizando a calificar como dolosa la conducta desarrollada por la empresa, no por constituir un incumplimiento malicioso con intención de dañar, como intenta exagerar la recurrente en sus agravios, sino por ser demostrativa de una manifiesta indiferencia de los intereses ajenos, en una actividad donde se gestiona sobre derechos tan delicados como la salud y la vida de las personas.-

Por otro lado, el hecho de que el recurso contra la decisión de imponerle la cobertura del

acompañante terapéutico y el enfermero nocturno, fuera erróneamente concedido con efecto suspensivo, tampoco justificaba la interrupción de la prestación médica, cuando es sabido que la decisión recaída tenía carácter cautelar y más allá de dicho yerro, resultaba aplicable la norma del art. 198, último párrafo del Código Procesal.-

Escudarse en ese cuestionable formalismo para justificar la suspensión de la cobertura, no sólo reafirma la manifiesta despreocupación por los intereses ajenos que fuera destacado precedentemente, sino que demuestra un obrar que se encuentra reñido con la buena fe que debe primar en toda relación contractual, a tenor de lo dispuesto por el art. 1198 del Código Civil, estándar de conducta esencial del derecho privado que hoy es reconocido por la nueva legislación como uno de sus pilares básicos (conf. art. 9 del Código Civil y Comercial).-

A partir de lo expuesto, debe concluirse que más allá de los esfuerzos desplegados por la recurrente a fin de atenuar la gravedad de sus incumplimientos, se encuentra acreditado que las reiteradas negativas a afrontar las prestaciones solicitadas por el afiliado, cuentan con entidad suficiente para configurar el factor de atribución necesario para admitir la fijación de daños punitivos en la especie.-

En consecuencia y valorando además que la gravedad de tal proceder y las circunstancias que rodean el caso justifican plenamente la suma fijada en la instancia de grado, propondré que dicho importe sea confirmado.-

9°.- Por último, respecto a los intereses, la demandada se agravia tanto de la fecha fijada para el inicio del cómputo de tales accesorios, como así también respecto de la tasa dispuesta en la instancia de grado.-

a) Sobre la primera cuestión, entiendo que respecto de la acción de cumplimiento, los intereses deben computarse desde la fecha de emisión de cada factura, mientras que en lo relativo a los mayores daños, ante la ausencia de interpelación, dichos accesorios correrán a partir de la fecha de notificación del traslado de la demanda.-

En efecto, frente al incumplimiento de los servicios médicos comprometidos, que se encontraban a cargo de la demandada conforme fuera judicialmente reconocido al formularse las intimaciones respectivas, se configuró la mora del deudor. Tal estado moratorio, llevó a la accionante a perseguir el cumplimiento específico mediante la intervención de terceros, en los términos previstos por el art. 505, inciso 2° del Código Civil actualmente derogado (hoy art. 730, inciso 2° del Código Civil y Comercial de la Nación).-

A raíz de ello y si bien los actores obtuvieron la prestación comprometida mediante la intervención de otros profesionales, como ésta se costeó a expensas de la accionada, la satisfacción del interés del acreedor por parte del deudor debía llevarse a cabo mediante el pago del equivalente dinerario, es decir, por vía de sucedáneo. Con tal finalidad, no podía exigirse la realización de una nueva interpelación, cuando OSDE ya se encontraba en mora en el cumplimiento de su obligación. En consecuencia, debe concluirse que resulta acertado el criterio esgrimido por el sentenciante, por lo que los intereses devengados por la falta de restitución oportuna de las sumas abonadas, deben correr desde cada desembolso.-

En cuanto a los mayores perjuicios, cabe recordar que al tratarse de una relación contractual, resulta inaplicable la doctrina plenaria de la Cámara Civil in re "Gómez, Esteban c/ Empresa de Transportes s/ daños y perjuicios" (publicada en L. L. 93-667 y consagrada actualmente en el art. 1748 del Código Civil y Comercial) que únicamente rige en supuestos de responsabilidad derivada de hechos ilícitos. Puesto que los daños derivan de responsabilidad contractual, aquellos accesorios sólo son procedentes desde la mora que, a falta de interpelación fehaciente anterior,

debe tenerse por operada en la especie en la fecha de la notificación del traslado de la demanda (conf. art. 509 y sgtes. del Código Civil).-

b) En cuanto a la tasa de interés, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" del 11/11/08, sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, pues más allá de la derogación del art. 303 del Código Procesal (art. 12 de la Ley 26853), esta Sala ha sostenido reiteradamente que en virtud de lo establecido por el art. 15 de la ley citada, tal disposición recién entrará en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, razón por la cual, hasta ese momento, continúan vigentes los fallos plenarios (CNCiv., esta sala, L. 043052/2010/CA001, del 10/5/2016; id., idem., L. 001594/2009/CA001, del 5/5/2016, entre muchos otros). Ello se ve reforzado, asimismo, por lo dispuesto en la acordada 23/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que estableció que la operatividad de los recursos procesales creados por aquella ley se halla supeditada a la instalación y funcionamiento de las cámaras federales y nacionales que crea.- Ahora bien, asiste razón a la recurrente cuando sostiene que al haberse fijado en la especie los valores indemnizatorios al momento del dictado de la sentencia de grado, la indicada tasa no debe regir desde el origen de la mora, porque si así fuese se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido, tal como puntualmente prevé la parte final de la referida doctrina plenaria, al contemplar una excepción a la vigencia de la tasa moratoria legal. Ello así, en la medida de que uno de los factores que consagran la entidad de la referida tasa, lo constituye la paulatina pérdida de valor de la moneda, extremo que en la especie ya fuera ponderado al definir el capital a los valores actualmente vigentes.-

Sin embargo, a partir del 1° de agosto de 2015 ha entrado en vigencia la norma contemplada en el art. 768 del Código Civil y Comercial, que para los supuestos como el de autos -donde no existe convención ni leyes especiales (incisos a y b) -, obliga a liquidar intereses moratorios de acuerdo a la reglamentación del Banco Central. A partir de ello, es desde esa fecha que debe regir un interés bancario que haya sido aceptado por el Banco Central, como bien puede serlo la tasa activa prevista en el citado plenario, no obstante que el mismo perdiera vigencia, al igual que el art. 622 del derogado Código Civil.-

En consecuencia, siguiendo el criterio mayoritario de esta Sala, corresponde que desde el inicio de la mora (10 de julio de 2014) y hasta la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1° de agosto de 2015), se calculen los intereses a la tasa de interés del 8 % anual, que representa los réditos puros, y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

Con el alcance indicado, corresponde hacer lugar al cuestionamiento ensayado por la recurrente.-
10°.- En atención al resultado obtenido en los recursos interpuestos ante este tribunal, las costas de alzada se distribuyen en un 90 % a la demandada y en el 10 % restante a la parte actora (conf. art. 71 del Código Procesal).-

11°.- Propongo, entonces, que se modifique la fecha de comienzo de cómputo de los intereses relativos a los mayores daños, que se liquidarán desde la fecha de notificación del traslado de la demanda hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, a la tasa del 8 % anual, y desde allí y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. En cuanto a la acción de repetición, el cómputo de

tales accesorios debería mantenerse desde cada desembolso, pero a partir de allí a la mentada tasa del 8 % anual hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y desde ese momento y hasta el efectivo pago, a la tasa activa ya referida.-

Ello con costas de alzada en un 90 % a la demandada y en el 10 % restante a los actores.-

A la misma cuestión, el Dr. Li Rosi dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez preopinante, excepto en lo que respecta al reconocimiento del rubro "daños punitivos" a favor del demandante.-

Se han definido a los "daños punitivos" como aquellos "otorgados en los supuestos de daños para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro" (conf. Glannon, Joseph W., *The law of torts*, Little, Brown and Company, Boston, 1995, p. 242 y nota 1, en Picasso-Vázquez Ferreyra, *Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, L. L. 2009, T. I, p. 593).-

Pizarro, por su parte, los caracteriza como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro". Se trata, en otras palabras, de un plus que se concede al perjudicado, que excede el monto de la indemnización que corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños. Los "daños punitivos" tienen entonces un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización (conf. Picasso-Vázquez Ferreyra, *Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, L. L. 2009, T. I, p. 593).- Por su parte, el art. 52 bis que la Ley 26361 incorpora a la Ley 23240 dispone que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.-

Por otra parte, se ha sostenido que la existencia de dolo o culpa grave es condición sine qua non, para la imposición del daño punitivo. Todo lo que haga el proveedor debe ser contrario a la buena fe de manera intencional. Si no hay intención de dañar, puede haber daño compensatorio por responsabilidad objetiva pero nunca daño punitivo (conf. López Herrera, Edgardo "Los daños punitivos", pág. 368).-

También se ha dicho que, más allá del texto legal, no todo incumplimiento o ilícito civil llevará aparejada la imposición de una condena a pagar daños punitivos. Siempre se requerirá una conducta gravemente dolosa, una actitud absolutamente desaprensiva hacia los derechos del consumidor que amerite la imposición de una sanción, la que a su vez jugará un papel ejemplificador (conf. CNCiv., Sala H, en autos "San Miguel, María Laura c. Telecentro S.A. s/ daños y perjuicios", voto de la Dra. Abreut de Begher, del 10/12/2012, Publicado en: RCyS 2013-VI, 148, Cita online: AR/JUR/74009/2012).-

Uno de los caracteres propios de la figura de los daños punitivos, el cual hace a su viabilidad, es -precisamente- el particular reproche de conducta que se exige en cabeza del agente dañador. Así, se ha dicho que los daños punitivos son excepcionales, toda vez que proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño "de una amplitud inusitada". En este mismo sentido, se ha aceptado la aplicación de la mentada figura siempre y cuando se compruebe la existencia de una conducta dolosa o cercana al dolo en cabeza del

agente dañador. Es decir, que la simple culpa no es suficiente ni que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable con relación específica al hecho perjudicial, sino que basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Ello es así, pues no interesa tanto la subjetividad orientada hacia el hecho, como la que existe hacia la ilegítima obtención y conservación de los frutos colaterales. Es éste el tipo de conducta a la que los daños punitivos están destinados a sancionar (conf. CNCiv., Sala E, en autos "Palavidini, Haydée Deolinda y otro c. Coviare S.A. s/ daños y perjuicios" del 15/11/2012, Publicado en: L. L. Online, Cita online: AR/JUR/63132/2012).-

Sobre la base de las consideraciones expuestas, no hay elemento alguno en los presentes actuados que permita inferir que ha mediado intención de dañar por parte del sujeto pasivo de esta acción, ni siquiera que corrobore un supuesto de culpa grave.-

En tal sentido, no ha existido grave indiferencia del proveedor para con la actora puesto que, si bien se han acreditado deficiencias en lo que hace al otorgamiento del servicio, lo cierto es que las prestaciones a M. S. M. se encuentran verificadas por el perito contador designado en autos (conf. fs. 1167/1227).-

Bajo este contexto, resulta necesario analizar el actuar desplegado por las partes en los autos "M. S. s/ determinación de la capacidad" (expte. nro. 34.625/2008).-

En base a lo solicitado por el equipo médico del Instituto Fleni, Camila R. requirió, el 9 de octubre de 2008, que se intime a la accionada a proveer, en el plazo de 5 días, la asistencia de un acompañante terapéutico para su hijo (conf. fs. 29 de los autos citados). Luego, en una posterior presentación del 9 de febrero de 2009, amplió su requerimiento y pidió se intime a proveer un enfermero nocturno.-

Finalmente, previa conformidad de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, se procedió a dictar la providencia de fs. 45, por la que se requirió al Director de OSDE arbitre los medios a fin de proveer al presunto incapaz, M. S. M. (DNI ...), de un asistente terapéutico y un enfermero nocturno, conforme lo dispuesto por la Ley N° 24901 art. 27, 39 inc. a) y concordantes del "Sistema de Prestaciones Básicas de Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad", en cuanto garantiza la cobertura total del costo de los tratamientos prolongados, ya sea psicofármacos o de otras formas terapéuticas (conf. fs. 45 de los autos citados).-

Notificado del requerimiento, el apoderado de la compañía se presentó en autos y apeló la medida (conf. fs. 54 de los obrados referidos).-

A fs. 63 se concedió en relación el recurso de apelación interpuesto, el que fue resuelto de forma desfavorable para el recurrente (conf. fs. 134/135).-

No se encuentra discutido que, durante el tiempo transcurrido desde que se concediera el recurso de apelación hasta que fuera resuelto por la Sala L, la accionada dejó de efectuar los reintegros solicitados por la demandante. Sin embargo, no advierto que el actuar de la accionada pueda ser calificado como doloso, ni que sea demostrativo de un desinterés tal que habilite la imposición de una pena como la que se propicia. Es que, más allá de la valoración que se pueda efectuar en torno a la conducta adoptada por la accionada, lo cierto es que su actuar se ajustó a lo ordenado por la Sra. Magistrada de grado al conceder el recurso de apelación y, en ese entendimiento, mal podría ahora penárselo por cumplir con lo dispuesto por el tribunal.-

En este contexto, corresponde destacar la aclaración que formuló el Dr. Víctor Fernando Liberman, al dictar el decisorio de fs. 134/135. Allí puntualizó que, "sin perjuicio de estimar ajustada a

derecho la solución sobre el fondo, ese no era el cause procesal para ordenar, sin más, medidas como la objetada" (conf. fs. 135 vta.). En este sentido, no puede obviarse el carácter por demás genérico de la resolución mediante la cual se ordenó a la accionada a prestar los servicios reclamados en autos. Ello derivó en reiterados planteos tendientes a delimitar la obligación a cargo de la demandada, con el consecuente e innecesario dispendio de tiempo siempre crucial en este tipo de casos.-

Puedo concluir entonces que el daño que puede endilgársele a la accionada se encuentra satisfecho con los restantes rubros otorgados por el Sr. Magistrado de grado.-

Así las cosas, considero que no se reúnen los requisitos que tornan procedente la imposición de daños punitivos. Por ello, debería hacerse lugar al agravio de la demandada y rechazarse la partida en estudio.-

Sin perjuicio de la salvedad relativa a los daños punitivos, habré de coincidir con la imposición de costas propiciada en el voto del Sr. Juez preopinante.-

EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

I. Ya señalé en otros antecedentes de esta sala (ver mis disidencias del 19/12/2012, "M., Andrea Natalia c/ V. y otro s/ daños y perjuicios", L. n° 591.689 y del 27/12/2012, "S., Francisco c/ A., Armando Guillermo s/ Cumplimiento de Contrato" y "A., Armando Guillermo c/ S., Francisco s/ Daños y Perjuicios", L. n° 605.448 y n° 605.449) que no desconozco que cierta doctrina interpreta -de la forma en que lo hicieron mis colegas- la referencia que hace el art. 522 del Código Civil, en el sentido de que en el campo contractual el juez "podrá" condenar a la reparación del daño moral, como si fuese facultativo del juzgador conceder o no una reparación por ese concepto, y se lo diferencia del terreno aquiliano en donde, por disposición del art. 1.078 de ese mismo cuerpo normativo, sería imperativo reconocerlo ante el reclamo de la víctima.-

Como lo expuse en otra oportunidad (vid. mi obra La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 96/99), pienso que esa concepción nace de un triple equívoco. En primer término, el de considerar que en la responsabilidad "contractual" (rectius: obligacional) están en juego cuestiones meramente patrimoniales, por lo que el incumplimiento sólo excepcionalmente afectaría intereses espirituales del deudor con suficiente entidad como para que proceda el resarcimiento del daño extrapatrimonial. Se olvida así que -particularmente a partir del desarrollo de la obligación de seguridad- la responsabilidad "contractual" tutela también "la persona y bienes del acreedor" -para utilizar una expresión cara a la doctrina-, razón por la cual no corresponde efectuar ninguna diferencia con la delictual en punto a la procedencia más o menos amplia de la reparación del daño moral. En segundo lugar, tampoco es exacto que en la responsabilidad extracontractual el resarcimiento del daño moral proceda siempre de manera automática, como parecería sugerirlo la interpretación "dualista" de los arts. 522 y 1078 del Código Civil. Por el contrario, tanto en materia obligacional como aquiliana es necesario acreditar la efectiva producción del perjuicio extrapatrimonial. Por último, la interpretación literal del vocablo "podrá" -empleado por el art. 522- no sólo conduce a una inaceptable consagración de la arbitrariedad del juez sino que tampoco tiene en cuenta que no sólo aquí, sino también en otras partes del código, ese término es empleado con un sentido imperativo, para indicar que el juez deberá hacer tal o cual cosa, como por ejemplo, el art. 1.185 bis del Código Civil.-

En este sentido se ha dicho: "conceptualmente tanto en la órbita contractual como en la extracontractual, al tratarse el daño moral se aborda una temática idéntica (...) En uno y otro supuesto el menoscabo de orden espiritual genera la obligación de indemnizar mereciendo

idéntica reacción del ordenamiento jurídico (...) No es adecuado, tampoco, aceptar el agravamiento que sostiene la mayor gravedad que en sí mismo tendría un hecho ilícito en comparación con un incumplimiento contractual; tal parecer fue superado con la orientación moderna del derecho de daños que pone su punto de mira en la víctima, como eje del sistema, y no en el dañador. En resumen, debe repararse el daño injustamente padecido por lo que no cabe distingos según sea la órbita en la que acontezca. El resarcimiento del daño moral en el incumplimiento obligacional no puede concebirse como excepcional y justipreciarse con un criterio restrictivo ya que numerosos casos nos demuestran la posibilidad cierta de reparación en supuestos como de mala praxis, incumplimiento del deber de seguridad en el contrato de transporte, etc.; en los que la especie del perjuicio que nos ocupa merece especial atención y con digno remedio" (esta cámara, sala K, 16/5/2006, "Quevedo, Oscar A. c/ Chacras S.A.", LL Online, cita: AR/JUR/1999/2006).-

En conclusión, cuando la víctima solicita la reparación del daño moral, y cualquiera sea la naturaleza -obligacional o aquiliana- de la responsabilidad, el juez deberá ordenarla si su existencia se encuentra debidamente probada, lo cual no es facultativo sino imperativo para los magistrados.-

A lo que se añade ahora un argumento determinante: el Código Civil y Comercial, actualmente vigente (y que aunque no resulte aplicable al sub lite -en ese aspecto- constituye una insoslayable pauta interpretativa), regula el daño moral de manera uniforme tanto para la responsabilidad obligacional como para la aquiliana, pues el art. 1741 (el único en el código que rige la materia) se aplica indistintamente a las dos órbitas (art. 1716, código citado). Es evidente entonces que mal podría seguir sosteniéndose que existe un régimen diferenciado para la responsabilidad "contractual", pues una sola y única norma únicamente admite una sola interpretación.-

Aclarado este aspecto, en atención al alcance del recurso (solo para bajar el importe) votaré con mis colegas en tanto propician confirmar la suma reconocida en la instancia de grado.-

II. Mis colegas de sala disienten en lo atinente al "daño punitivo". Mientras que el Dr. Molteni entiende que procedería otorgar a los actores una suma por ese concepto, el Dr. Li Rosi sostiene que debería rechazarse esa pretensión porque no se demostró la intención de dañar por parte del proveedor ni se configuró en el sub lite un supuesto de culpa grave.

Por mi parte he sostenido en diversas ocasiones que el art. 52 bis de la Ley 24240 es inconstitucional (vid. Picasso, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor", en Vázquez Ferreyra, Roberto (dir.), Reforma a la ley de defensa del consumidor, suplemento especial L. L., Buenos Aires, 2008, p. 123 y ss.; ídem., comentario al art. 52 bis en Picasso, Sebastián-Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de defensa del consumidor comentada, L. L., Buenos Aires, 2009, t. I, p. 593 y ss.; ídem, "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, octubre de 2012, p. 82; Bueres, Alberto J. - Picasso, Sebastián, "La responsabilidad por daños y la protección del consumidor", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1-31; ídem., "La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos", Revista de Derecho de Daños, 2011-2-21), y entiendo que así corresponde declararlo. Retomando la argumentación que vertí en los trabajos recién citados, fundo mi postura a continuación.-

Es indudable que las normas jurídicas tienen una estructura similar en cualquier rama del derecho, pues en todos los casos ligan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica (vid. Larenz, Karl, Metodología de la ciencia del derecho, Ariel, Barcelona, 1994, p. 243/244. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero). Sin embargo, esa consecuencia puede ser de muy distinta clase

según los casos, y es aquí donde se vuelve necesario postular criterios de distinción. Pues, entre otras cosas, según que una determinada consecuencia jurídica se califique o no como "pena", su imposición estará sujeta o exenta de la aplicación de las garantías que la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran al respecto.-

Partiendo de esa base juzgo que la distinción entre las sanciones penales y las que no lo son no pasa necesariamente por su materialidad, dado que el pago de una multa y el de una indemnización de daños se concreta, en ambos casos, en la entrega de una suma de dinero. La verdadera diferencia estriba, en cambio, en la finalidad de la imposición de esa sanción. Cuando el objetivo es el de castigar al responsable, e impedir la reiteración de hechos similares en el futuro, estamos ante una pena, mientras que nos encontramos ante una indemnización cuando de lo que se trata es de resarcir el daño causado (procurando volver las cosas al estado anterior a su producción). De hecho, esta distinción según la finalidad que persigue el ordenamiento jurídico en uno y otro caso determina también una importante diferencia en los criterios para evaluar el monto de la suma a abonar: para la pena se tiene en cuenta la gravedad de la conducta del responsable, y para la indemnización, el daño efectivamente causado.-

Todos estos principios son conocidos y aceptados pacíficamente en la teoría general del derecho y la dogmática jurídica, lo que me exime de mayores citas. Baste simplemente, a modo de muestra, con reproducir estos claros conceptos de Creus: "toda sanción reparatoria mira hacia atrás, en cuanto trata de volver las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho ilícito (o al más aproximado posible). La pena nada repara, no está concebida para restablecer el goce perdido, mira para adelante, trata de evitar nuevos ataques de la misma naturaleza; para prevenir intensifica la protección del bien jurídico. Es, pues, sobre los términos reparación-prevención donde se asienta la diferencia caracterizadora del derecho penal" (Creus, Carlos, Derecho penal. Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 3).-

De modo que no cabe duda de que, aun en el caso de las multas pecuniarias, existen claros criterios de diferenciación entre ellas y la sanción resarcitoria, que determinan tradicionalmente su distinción como técnicas propias del derecho penal y el civil, respectivamente. A la luz de lo cual, resulta evidente el carácter penal de la multa que regula el art. 52 bis de la Ley 24240, dado que su finalidad estriba -según lo proclaman unánimemente los partidarios del instituto- en castigar conductas de cierta gravedad y evitar su reiteración en el futuro, y que la fijación de su monto no se fundará -siempre según sus acólitos- en el daño efectivamente causado sino en la gravedad de la culpa sancionada.-

En este punto corresponde recordar que por mandato del art. 18 de la Constitución nacional -y de diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional- la imposición de una sanción de naturaleza penal requiere, entre otras cosas, que la ley describa la conducta reprochable y establezca la naturaleza y los límites de la pena. Además, en ese ámbito rige el principio de la presunción de inocencia del imputado, y el principio de culpabilidad -también de rango constitucional- requiere que la conducta sea subjetivamente reprochable al condenado (Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Ediar, Buenos Aires, 2003, t. IIA, p. 88 y ss.).-

Cierto es que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no parecen poder equipararse sin más las penas contempladas por las leyes penales y las que se aplican en otras materias, como sucede con las multas administrativas o las sanciones disciplinarias. Si bien en todos los casos deben respetarse ciertas garantías, parecería que, para ese tribunal, la intensidad de su aplicación varía según el caso. Así, mientras que, v.g., en materia de infracciones tributarias,

la corte ha señalado que ellas "integran el derecho penal especial y le son aplicables las disposiciones generales del Código Penal, salvo disposición expresa o implícita en contrario" (CSJN, Fallos, 282:193; 284:42; 289:336; 290:202; 295:195; 303:1548, etc.), el alto tribunal se ha mostrado mucho más laxo en materia de sanciones disciplinarias, afirmando que -dado que en el ámbito disciplinario administrativo prima lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público y al adecuado mantenimiento de la disciplina- los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación en ese ámbito (CSJN, Fallos, 203:399; 256:97; 310:316).- Pero más allá de la evidente diferencia entre las sanciones disciplinarias -que suponen una relación interna de la administración, y cuyos destinatarios, en consecuencia, siempre son intraneus (vid. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 5)- y los "daños punitivos", pongo de resalto que esas oscilaciones que se encuentran en la jurisprudencia de la corte no soslayan que el ejercicio de la potestad punitiva debe estar rodeado siempre de ciertas garantías, aun cuando ellas no tengan en todos los casos la estrictez que revisten en el derecho penal propiamente dicho.-

Vale la pena recordar, asimismo, que la doctrina es conteste en señalar que en materia de sanciones administrativas -incluso disciplinarias (vid. Apesteguía, Carlos, Sumarios Administrativos, La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 31y ss.; Gallinger, Ariel A., "Efecto de los recursos administrativos interpuestos contra actos administrativos que disponen sanciones disciplinarias. Régimen disciplinario docente en la provincia de Río Negro. Principio de inocencia", LL Patagonia, 2006-179)- se impone la aplicación, en general, de las garantías propias del derecho penal (Cassagne, Juan C., Derecho administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 568; Noe, Gabriela C., "Principios y normas del derecho penal aplicables en el procedimiento administrativo. Alcance y límites", LLGran Cuyo, 2008-1; Fargosi, Horacio P., "Consideraciones sobre las sanciones aplicables por la Comisión Nacional de Valores en materia de -Insider Trading-", LL, 2007-D-677; Álvarez Echagüe, Juan M., "Preocupante: la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe convalida el inconstitucional -solve et repete- en materia de multas", LLLitoral, 2005-108; Barbieri, Gala, "El valladar del artículo 18 vs. la potestad sancionadora de la Administración", LL, 2005-E-303).-

En ese sentido son contundentes las palabras de Zaffaroni: el derecho penal administrativo, "por participar parcialmente de la función preventiva especial, debe respetar las garantías que rigen para la legislación penal. Dichas garantías deben ser respetadas por toda ley que participe -aunque fuere parcialmente- de la naturaleza penal y aunque no sea, propiamente hablando, una ley penal (...) bien puede suceder -y de hecho sucede- que en leyes en que predominan disposiciones de derecho penal administrativo o fiscal se injerten verdaderas normas penales, sin que en tal caso debe importar el cuerpo en la norma que se incluye sino su naturaleza, que debemos establecer de conformidad con la naturaleza de las penas" (Zaffaroni, Eugenio R., Manual de derecho penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 111; el resaltado es mío).- En el derecho europeo el panorama es similar. Como explica Carval, la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien admite que los estados miembros recurran a sanciones punitivas por fuera del derecho penal, vela por la aplicación, en esos casos, de los arts. 6 y 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, exigiendo que su aplicación respete el debido proceso y el principio de legalidad de los delitos y las penas. Sigue diciendo la autora citada: "preocupada por hacer gozar de las garantías fundamentales de los artículos 6 y 7 a toda persona susceptible de ser castigada, importando poco la calificación que los derechos internos den a la sanción en que se incurre, deseosa también de evitar eventuales fraudes a la Convención (por parte de Estados que jugarían

deliberadamente sobre las calificaciones para evitar su aplicación), la Corte europea ha decidido dar a la noción de materia penal un contenido perfectamente autónomo (...). De este modo, ella ha incluido sucesivamente en la materia penal a las sanciones que no eran -penales- frente a los derechos nacionales, tales como las sanciones disciplinarias militares (caso Engel, 9 de junio de 1976), administrativas (casos Ozturk, 21 de febrero de 1984 y Lutz, 25 de agosto de 1987) y disciplinarias penitenciarias (caso Campbell, 28 de junio de 1984). Para llegar a ese resultado, la Corte siguió un criterio pragmático que consiste en tener en cuenta, no la calificación dada en el derecho interno, sino criterios tales como la naturaleza de la infracción reprochada y la severidad de la sanción en que se incurre" (Carval, Suzanne, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1995, p. 222/223; la traducción es mía). La autora concluye, pues, que muy probablemente las "penas privadas" (los "daños punitivos") también entrarían dentro de la calificación de sanción penal, y deberían, por lo tanto, respetar los principios de legalidad y proporcionalidad, así como las garantías procesales pertinentes (Carval, op. cit., p. 223).-

Finalmente -por si hiciera falta-, los propios autores del proyecto que a la postre devino la Ley 26361 reconocieron la naturaleza penal de los "daños punitivos". En tal sentido la diputada Stella Maris Córdoba -coautora de aquel proyecto- manifestó durante el debate parlamentario que el tope máximo previsto por el art. 52 bis de la Ley 24240 tenía por finalidad respetar "el principio de reserva de la ley penal, atento el carácter punitivo del instituto" (Cámara de Diputados de la Nación, año 2006, orden del día 306. Dip. Stella M. Córdoba y ot.).-

Como se echa de ver, la aplicación a los "daños punitivos" de las garantías constitucionales referidas a las sanciones penales es insoslayable. En el mejor de los casos podría llegar a sostenerse que -al igual que sucede en el terreno de las sanciones administrativas- esos principios deben aplicarse "con matices" a las penas privadas. Pero aún así, es evidente que los posibles "matices" no podrían obstar a la aplicación, en lo sustancial, de los principios de legalidad (que requiere la exacta "tipificación" de la conducta reprimida, y no se contenta con un "tipo penal abierto"), non bis in idem, inocencia, etc.; todos los cuales -como se verá enseguida- se encuentran ausentes en la regulación que la Ley 24240 hace del instituto en análisis.-

En efecto, la primera constatación que surge del análisis del art. 52 bis de la ley citada que las condiciones de procedencia de los "daños punitivos" quedan reducidas en él al hecho de que el proveedor incumpla sus obligaciones para con el consumidor. De acuerdo al texto en análisis, bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor -y cualquiera sea la gravedad de esta-, haya o no un daño realmente causado al consumidor, y con independencia de que el proveedor se haya o no enriquecido como consecuencia del hecho. La "gravedad del hecho" es tenida en cuenta por la norma únicamente para graduar la cuantía de la sanción, mas no como condición de su procedencia. En cualquier caso, el juez no se encuentra constreñido más que por su buen sentido, puesto que el artículo sólo exige el incumplimiento del proveedor para que proceda la condena a pagar "daños punitivos".- Tan claro es que la ley ha entendido consagrar en este punto una responsabilidad objetiva que la norma dispone a renglón seguido la solidaridad de todos los proveedores responsables del incumplimiento, "sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan". Es evidente que, en la concepción de los redactores de la norma, esas "acciones de regreso" se ejercerían contra el verdadero culpable (¿cuál otro podría ser el criterio para repetir?). Lo que refuerza la idea de que, de acuerdo al espíritu de la ley, la imposición de los "daños punitivos" -al menos, frente al consumidor reclamante- no requiere de un factor subjetivo de atribución, y de que la eventual

culpabilidad del agente únicamente podría ser tomada en consideración en las relaciones internas entre los co-responsables, una vez pagada la multa.-

Precisamente por este motivo no es posible adscribir a la tesis mayoritaria en la doctrina nacional -sostenida también por mis distinguidos colegas de sala- que pretende "salvar" al art. 52 bis de la Ley 24240 mediante el expediente de proceder a reescribir la norma, so color de interpretarla. El requisito según el cual, para que procedan los "daños punitivos", debe existir culpa grave o dolo del sancionado no solo no está previsto en el artículo recién mencionado sino que -según acabo de demostrarlo- resulta contrario a su texto expreso. No hay duda de que la interpretación que impugno está guiada por las mejores intenciones (pues trata de dar cierta coherencia a un instituto que no la tiene), pero resulta inaceptable porque implica no ya interpretar la norma en cuestión sino directamente suplantar el criterio que adoptó el legislador por otro distinto, de exclusiva creación pretoriana.-

En este aspecto coincido, entonces, con quienes afirman que la ley no requiere un factor subjetivo de atribución para la procedencia de los "daños punitivos" (Álvarez Larrondo, Federico M., "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", LL, 29/11/2010, p. 9; Lovece, Graciela I., "Los daños punitivos en el derecho del consumidor", LL, 8/7/2010, p. 1). Sin embargo, estoy lejos de compartir el entusiasmo de esos autores, quienes ni siquiera intentan justificar de qué modo eso sería compatible con el evidente carácter penal del instituto, a la luz del principio de culpabilidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional y en diversos pactos internacionales con jerarquía constitucional.-

En síntesis, es claro que el texto del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor no requiere de ningún factor subjetivo de atribución (y por eso no es posible adscribir a la doctrina mayoritaria), pero esa circunstancia no puede llevar sin más a imponer aquella multa sobre la base de factores objetivos, porque esto contrariaría principios constitucionales (razón por la cual tampoco es de recibo la opinión minoritaria que así lo postula). La única solución que cabe es concluir en la inconstitucionalidad de la norma.-

En efecto, el "tipo" previsto por el art. 52 "bis" de la LDC es hasta tal punto "abierto" que resulta crasamente inconstitucional, pues no respeta ninguno de los principios que dimanarían del art. 18 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8 y 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15): no describe con precisión la conducta prohibida, ni requiere un factor subjetivo de atribución, ni precisa las pautas mínimas que habrán de guiar la graduación de la sanción, a cuyo efecto es totalmente insuficiente la referencia a la "gravedad del hecho y demás circunstancias del caso".-

Asimismo la norma consagra el enriquecimiento indebido de la víctima, que recibe la multa en lugar del Estado, lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional) en un doble sentido: a) porque el consumidor reclamante, al haber sido resarcido (lo que borra el daño que sufrió), ya no tiene ningún título particular que justifique que sea él, y no cualquier otro de los habitantes de la República, quien reciba esas sumas de dinero; y porque b) además, los restantes damnificados por el mismo hecho que, por una circunstancia fortuita, obtengan sentencia con posterioridad, no podrán cobrar ningún importe en concepto de "daños punitivos", por el juego de la regla non bis in idem.-

Por añadidura, la multa en cuestión es aplicada por los jueces en el marco del procedimiento civil y comercial, que se funda en principios distintos de los que gobiernan la imposición de una sanción de naturaleza represiva, y admite la condena sobre la base de presunciones contrarias al

demandado (como las derivadas de la rebeldía, o de la falta de contestación de la demanda), o bien la inversión de la carga de la prueba en su perjuicio.-

Finalmente, la "multa civil" así fijada bien podría superponerse a una sanción de igual naturaleza impuesta al responsable por la autoridad de aplicación de la Ley 24240, en ejercicio de las atribuciones que le confiere su art. 47, e incluso a una pena impuesta por el juez penal, con lo que se incurriría en una doble -o triple- sanción penal por el mismo hecho, lo que resulta igualmente violatorio de las mencionadas garantías constitucionales.-

Frente a estas clarísimas transgresiones constitucionales sólo cabe concluir en la invalidez del art. 52 bis de la Ley 24240. Reitero que, en cambio, no es posible fundar en el texto de ese artículo una interpretación que salve su validez. Si bien es cierto que las normas deben ser interpretadas intentado darles coherencia, y en el sentido más favorable a su constitucionalidad, también lo es que esos principios encuentran como límite el texto mismo de la Ley, que en el caso dispone muy claramente que el presupuesto de procedencia de los "daños punitivos" es el mero incumplimiento, sin más adjetivaciones. Por lo demás, hay una evidente contradicción en sostener que los daños punitivos no tienen el carácter de una pena penal sino civil, pero pretender -al mismo tiempo- que para salvar la constitucionalidad de la figura es preciso exigir un factor de atribución subjetivo, sobre la base de las previsiones de nuestra Carta Magna que regulan, precisamente, la aplicación de sanciones penales.-

Por otra parte, ni siquiera con la "reescritura" del art. 52 bis de la Ley 24240 que propicia la doctrina mayoritaria se salvan las objeciones constitucionales que he enumerado. La introducción de la condición según la cual la imposición de la multa requiere del dolo o la culpa grave del proveedor satisfaría, en el mejor de los casos, el principio de culpabilidad, pero no supliría el hecho de que la figura sigue presentando una descripción extremadamente genérica de la conducta sancionada y será aplicada en el marco de un procedimiento judicial que no respeta las garantías del proceso penal, con lo que se viola de todos modos el art. 18 de la Constitución Nacional. Asimismo, aun luego de esa relectura el artículo continúa consagrando el enriquecimiento indebido de la víctima, y su desigualdad frente a los restantes damnificados por el mismo hecho que obtengan sentencia con posterioridad.-

Antes de concluir el estudio de los agravios planteados sobre este tema considero necesario efectuar tres precisiones adicionales.-

La primera viene referida a los intentos de justificar la regulación del art. 52 bis de la Ley 24240 acudiendo a la tutela constitucional del consumidor. En ese sentido la Corte Suprema de Tucumán ha sostenido: "La sanción punitiva en el Derecho del Consumidor se explica por la función de tutela que la Ley N° 24240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedoras de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de defensa del consumidor". Dijo también ese tribunal que la reparación civil en ocasiones es insuficiente para preservar el interés público representado por la necesidad de un comportamiento lícito en las relaciones jurídicas, lo que lleva a que muchos proveedores opten por la reparación del daño antes que por evitarlo. Y añadió que la autonomía privada, en esta materia, llega a su mínima expresión, y que todo ello es acorde con el art. 42 de la Constitución Nacional (CS Tucumán, 22/4/2013, "Alu, Patricio Alejandro c/ Banco Volumbia S.A.", LL, 26/6/2013, p. 15).-

Ahora bien, es evidente que nada de eso justifica la constitucionalidad de los "daños punitivos". Nadie niega la necesidad de tutelar al consumidor, de que el Estado intervenga activamente para regular las relaciones de consumo, ni de desbaratar los ilícitos lucrativos. Lo que verdaderamente

está en cuestión aquí es si el medio elegido por el legislador para -supuestamente- lograr esa finalidad (los "daños punitivos", que no son mencionados en el texto constitucional) puede sortear con éxito el test de constitucionalidad en confronte con el principio de culpabilidad y con el de igualdad ante la ley. El art. 42 de la Constitución Nacional enuncia derechos del consumidor, pero en ninguno de sus párrafos admite la imposición de sanciones penales al proveedor, ni dispone que para concretar aquellos derechos puede prescindirse de las garantías previstas por nuestra Carta Magna para la aplicación de las penas. Ese necesario análisis no puede soslayarse mediante un argumento del tipo "el fin justifica los medios", porque eso implicaría validar de antemano cualquier medio, incluso el más inicuo, con tal de que esté encaminado a cumplir un objetivo valioso. Razonando ad absurdum, con el mismo fundamento se podría justificar la imposición al proveedor incumplidor -en el marco del proceso civil- de una pena de prisión, o incluso de castigos corporales. En otras palabras, el art. 42 de la Constitución Nacional enuncia principios, pero no dice cuáles serían los medios para lograrlos; precisamente por eso no puede considerarse que valida ex ante cualquier herramienta, y particularmente, que valida los "daños punitivos". La elección de los medios a emplear para lograr los fines establecidos por el constituyente queda, obviamente, al arbitrio del legislador, pero la decisión que este último tome en ese sentido puede y debe ser objeto del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial en los términos de los arts. 28, 116 y concs. de la Constitución Nacional.-

La segunda aclaración atañe a los (vanos) intentos doctrinales de justificar la supuesta constitucionalidad de los "daños punitivos" acudiendo a otros institutos que se suponen afines, como las astreintes, la cláusula penal, las multas procesales, o las indemnizaciones agravadas que las leyes laborales imponen al empleador en ciertos casos. Como lo he señalado en otras oportunidades, ninguna de esas situaciones puede verdaderamente considerarse una "pena privada".-

La cláusula penal -al igual que los intereses punitivos, que se le asimilan (art. 769, Código Civil y Comercial)- tiene ante todo una función de valuación anticipada del daño, y solo en segundo plano presenta un carácter coercitivo (Bustamante Alsina, Jorge, "Los llamados -daños punitivos- son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", LL, 1994-B-860; Bueres, Alberto J., "El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?", en Herrador Guardia, M. J. (coord.), Derecho de daños, Asociación Justicia y Opinión - Sepin, Madrid, 2011, p. 734). E incluso el hecho de que -aunque secundariamente- pueda tener un carácter coercitivo o compulsivo tampoco alcanza para predicar que se trata de una "pena". La amenaza de una sanción es ni más ni menos que uno de los elementos definitorios de las normas jurídicas en general, y no únicamente de las que establecen sanciones "penales" (Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho, Porrúa, México, 1993, p. 133, p. 46 y ss.: trad. de Roberto J. Vernengo); lo que importa a efectos de determinar si nos encontramos frente a una pena es, precisamente, el contenido y la finalidad de la sanción aplicada. En el caso de la cláusula penal, la suma fijada se debe a título de resarcimiento y no tiene el objetivo de castigar al deudor por el incumplimiento (de lo contrario sería inconcebible su aplicación frente a supuestos de responsabilidad objetiva) sino el de compensar al acreedor por los daños causados por la inejecución de la obligación.-

En cuanto a las astreintes, su finalidad no es la de sancionar al responsable de hechos gravemente lesivos sino la de asegurar el cumplimiento de deberes impuestos en una resolución judicial (art. 804, CCC), con lo que además trascienden con creces el campo del derecho de daños. En ese sentido señala Bustamante Alsina: "Las astreintes no son una pena civil por el incumplimiento, sino un procedimiento de intimidación para obligar a cumplir las decisiones

judiciales" ("Los llamados -daños punitivos-", op. y loc. cit.). Y aunque es exacto que una vez firmes y liquidadas las astreintes pueden ser ejecutadas contra el obligado y entran en el patrimonio del acreedor, eso no le quita su carácter de instrumentos procesales (de ahí su regulación simultánea en los códigos de procedimiento) dirigidos a sancionar el incumplimiento de un mandato judicial (y no a castigar quien causa un daño). En el caso de las astreintes está en juego el imperium de los jueces (algo totalmente ajeno a la problemática de los "daños punitivos"), y se trata de consagrar un medio idóneo compeler al cumplimiento de sus decisiones. Hay una previa resolución judicial favorable al destinatario de la multa (y exclusivamente a él) que es incumplida por el responsable, a quien se intima a acatarla bajo apercibimiento de aplicarle la sanción, cuyo monto debe haberle sido informado previamente y puede ser reajustado luego en función de su conducta. Nada de eso existe en los punitive damages, que se imponen sin necesidad de un mandato judicial anterior, sancionan conductas de los proveedores que son gravemente lesivas de estándares sociales, y benefician indistintamente a cualquier consumidor damnificado.-

En materia laboral las Leyes 24013 y 25323 no prevén propiamente multas sino el incremento, en determinados casos (que tienen por común denominador el incumplimiento por el empleador de ciertas obligaciones específicas respecto del trabajador reclamante) de la indemnización tarifada (luego, no plena) prevista por la Ley 20744. Por definición no hay allí un enriquecimiento del trabajador sino simplemente una ampliación porcentual de la tarifa, y el importe que finalmente cobra el empleado bien puede ser inferior al de los daños que realmente haya sufrido como consecuencia del incumplimiento. Lo mismo puede decirse del caso previsto por el art. 31 de la Ley 24240, que no consagra una multa sino una indemnización tarifada a favor del usuario a quien se han cobrado importes que no debía.-

Finalmente, no debe caerse en el error de asignar carácter punitivo a ciertas restituciones dimanantes de mecanismos propios de los derechos reales, como ocurre con el uso indebido de una cosa o derecho ajeno (vid. Picasso, "Sobre los denominados...", cit., p. 5; Mayo, Jorge A., "El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito", LL 2005-C-1018.). Así, cuando la ley obliga a quien explota ilícitamente una marca o patente ajena a restituir a su propietario la ganancia que obtuvo no le está imponiendo una pena privada, sino simplemente poniendo en práctica la regla según la cual los frutos de una cosa, o de un derecho, corresponden a su legítimo titular (Díez-Picazo, Luis, Derecho de Daños, Civitas, Madrid, 1999, p. 54/55; Laithier, Yves-Marie, "Les règles juridiques relatives à l'évaluation du préjudice contractuel", Revue de l'Arbitrage, 2015-2, p. 369). Lo mismo sucede en el caso previsto por el art. 992 del Código Civil y Comercial, que contempla la posibilidad de demandar a quien ha violado el deber precontractual de confidencialidad el pago del valor de la ventaja indebida que obtuvo mediante la información confidencial; aunque el texto emplea incorrectamente la expresión "indemnizar" se trata en puridad de una restitución, pues el titular de la información reservada es también propietario de los frutos (la "ventaja") que se obtuvieron mediante su empleo no consentido.-

El mismo mecanismo es apreciable en el art. 133 de la Ley de Sociedades Comerciales, que sanciona al socio que realice actos en competencia con la sociedad con la exclusión, la incorporación de los beneficios obtenidos y el resarcimiento de los daños -y que algún autor, irreflexivamente, pretendió asimilar a los "daños punitivos"- . La norma es aplicable a todas las sociedades por partes de interés (colectiva, de capital e industria y en comandita simple), y se funda en su carácter personalista, en la medida en que la personalidad del socio ha sido fundamental para la constitución de la sociedad. A ese socio, en consecuencia, se le exige una

total dedicación al desarrollo del objeto social de la persona ideal que integra (Nissen, Ricardo A., "La actividad del socio en competencia con la sociedad", LL, 1993-C-167). De ahí que, cuando parte de la actividad del socio -comprometida a la sociedad- es empleada para obtener beneficios en competencia con ella, esta tiene la facultad de reclamar las ganancias que, en puridad, habrían correspondido a dicho ente ideal (pues tenía derecho a que la totalidad de la labor del socio se hiciera en su beneficio). En otras palabras, la sociedad es, en estos casos, "dueña" de la actividad del socio, y los beneficios por él obtenidos le corresponden no a título punitivo, sino en tanto "frutos" a los que tenía derecho en tal calidad.-

La tercera precisión que estimo pertinente realizar se refiere a la pretendida justificación de la regulación del art. 52 bis de la Ley 24240 mediante el recurso a las posturas "abolicionistas" actualmente en boga en el derecho penal. Se ha dicho en ese sentido: "en estos casos, de nada sirve la invocación que muchos hacen respecto de que para punir debe recurrirse a la sanción impartida por el Derecho Penal, puesto que en nuestro país rige el principio de intervención mínima que se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. El mismo supone que -el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes-. Siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos" (Álvarez Larrondo, Federico, "La consistencia de los -daños punitivos-", LL, 7/4/2009, p. 1).-

Señalé en otra oportunidad que el argumento que acabo de reproducir revela -precisamente- el peligro que subyace al instituto de los "daños punitivos" y a una concepción mal entendida del abolicionismo penal. Estoy de acuerdo en que el derecho penal debe ser "mínimo", en el sentido de que debe tenderse a incriminar sólo aquellas conductas que se consideran gravemente lesivas para el cuerpo social. Desde este punto de vista es cierto que algunas (o varias) de las figuras que hoy en día se encuentran sancionadas con una pena podrían suprimirse, y ser puestas en manos del derecho privado. Pero esto último (la puesta en manos del derecho privado) tiene como objetivo, precisamente, que esas situaciones no reciban ya sanciones de naturaleza penal sino civil, o en otras palabras, que la imposición de una pena sea suplantada, como único remedio, por la reparación de los daños causados por el responsable. De alguna manera, el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba -que requiere, entre otras cosas, que el imputado ofrezca "hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible" (art. 76 "bis", Código Penal),- se orienta en ese sentido.-

Pero lo que de ningún modo puede compartirse es que -como sucede con los "daños punitivos"-, so color de "derecho penal mínimo" se pretenda que una determinada figura se desvincule sólo formalmente de la órbita del derecho penal, pero siga siendo objeto de la imposición de una pena (y no de una sanción resarcitoria). En este caso, pese a lo que se predica, el objetivo final de la operación no es el de tender hacia un mayor garantismo sino, muy por el contrario, el de obviar la aplicación de las condiciones y limitaciones que para la aplicación de una sanción de naturaleza penal impone la Constitución Nacional. Aunque no dudo de que quienes sostienen esta postura lo hacen con la mejor buena fe, es necesario alertar que, bajo la excusa del abolicionismo, están llegando sin advertirlo a un resultado exactamente contrario a lo que predicán, y que redundará en una mayor desprotección de los ciudadanos. Porque si la pena penal es una sanción severa, también se encuentra, como contracara, rodeada de garantías que fuera del derecho penal no existen. Si se quiere ser realmente abolicionista, si se cree en el principio de "intervención mínima", entonces debe -en ciertos casos- abandonarse como herramienta la sanción penal y

reemplazársela por la indemnización de daños. Mantener la pena, pero bajo otro rótulo, no sólo no le quita el carácter de pena sino que conduce -merced a la atipicidad de los "daños punitivos"- a un "derecho penal máximo", pero que no se confiesa tal.-

Vale la pena citar en tal sentido la opinión de uno de los mayores exponentes actuales del garantismo penal. Advierte Luigi Ferrajoli que una mirada a los sistemas penales contemporáneos permite sostener que "es más bien la abolición de la pena y la justificación en su lugar de instrumentos de control extrapenales, los que representan el inquietante fenómeno que debemos denunciar y en lo posible contrastar". Más adelante añade ese autor: "Los sistemas punitivos modernos -gracias a sus contaminaciones policíacas y a las rupturas más o menos excepcionales de sus formas garantistas- se dirigen hacia una transformación en sistemas de control siempre más informales y menos penales. De tal manera, el verdadero problema penal de nuestro tiempo es la crisis del derecho penal, o sea de ese conjunto de formas y garantías que le distinguen de otra forma de control social más o menos salvaje y disciplinario". Y concluye: "Quizá lo que hoy es utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; la utopía no es el abolicionismo, lo es el garantismo, invariablemente parcial e imperfecto" (Ferrajoli, Luigi, "El derecho penal mínimo", en AA.VV., Prevención y teoría de la pena, Conosur, Santiago de Chile, 1995, p. 40 y ss.). Es claro que la advertencia de Ferrajoli en el sentido de que la utopía pasa hoy en día por mantener el derecho penal, y con él las garantías que acompañan su aplicación, se ajusta perfectamente a la cuestión que estoy tratando, y constituye la mejor réplica a la tentación de sortear las mencionadas garantías mediante la consagración de los "daños punitivos".-

Por todo cuanto llevo dicho considero que el art. 52 bis de la Ley 24240 es crasamente inconstitucional, y así corresponde declararlo. Aclaro que no existe ningún inconveniente para proceder de oficio en ese sentido, pues corresponde al juez aplicar el derecho con independencia de las alegaciones de las partes, y va de suyo que esta tarea debe comenzar por la aplicación de la Constitución Nacional, que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico. No otra cosa sostiene actualmente la Corte Suprema de la Nación (Fallos, 324:3219, 327:3117, y 27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", LL 2012-F, 559).- Por estos fundamentos considero que los agravios atinentes a este punto deben ser atendidos, por lo cual propicio la revocación -en este aspecto- de la sentencia apelada.-

III. Siguiendo la opinión tradicional, el Dr. Molteni sostiene que en los casos de responsabilidad contractual los intereses se deben desde la mora que, a falta de interpelación fehaciente anterior, debe considerarse configurada con la notificación del traslado de la demanda. Por mi parte creo que no cabe hacer aquí ninguna distinción, y que los intereses deben correr de la misma manera que en los supuestos de responsabilidad aquiliana.-

Ante todo, nadie discute que tanto el incumplimiento obligacional como el acto ilícito extracontractual dan lugar al nacimiento de una nueva obligación -en los términos del art. 499 del Código Civil-, consistente en reparar los daños causados a la víctima (Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 66). Dado que la de reparar es una obligación, su régimen se encuentra, en todos los casos -y ya sea que la responsabilidad tenga fuente contractual o no- en los arts. 495 y ss. del Código Civil, y en particular, en los arts. 616 y ss. (obligaciones de dar sumas de dinero).-

Esta simple constatación echa por tierra cualquier intento de establecer una diferencia, en lo que al curso de los intereses se refiere, entre los que acceden a la obligación de reparar que resulta del incumplimiento de una obligación previa y los que acompañan a la responsabilidad derivada de la comisión de un delito o cuasidelito. Es cierto que la violación del deber general de no dañar -que

funda la responsabilidad aquiliana- no precisa la previa constitución en mora del deudor, como sí puede llegar a requerirlo, en algunos casos excepcionales, la configuración de la responsabilidad derivada del retardo en el cumplimiento de una obligación. Pero una vez causado el daño -cualquiera sea su fuente-, nace en cabeza del responsable una obligación dineraria, consistente en resarcir ese perjuicio, que es claramente distinta del deber preexistente vulnerado, y cuyo régimen -según acabo de explicarlo- no puede ser otro que el establecido en los arts. 616 y ss. del Código Civil, sea la responsabilidad "contractual" o delictual.-

Luego, si -según es universalmente admitido, y lo ha dicho expresamente la jurisprudencia plenaria de esta cámara- en la responsabilidad extracontractual el curso de los intereses se inicia en el momento en que se sufre cada daño, la misma solución cabe adoptar en materia de responsabilidad contractual, porque tanto en uno como otro supuesto el responsable está vinculado por una obligación de dar sumas de dinero sujeta a idéntico régimen. Y si, por el contrario, se postulara -como se hace en el primer voto- que en la responsabilidad contractual se debe interpelar porque la obligación de reparar es pura y simple, a similar conclusión debería llegarse también en el terreno aquiliano, donde tampoco cabe duda de que el hecho ilícito ha dado lugar a idéntica clase de obligación. Lo que a mi juicio no es de recibo, empero, es crear por vía pretoriana -y sin base legal ninguna- un régimen de constitución en mora distinto para la deuda de intereses de origen "contractual" y la extracontractual, so pena de vulneración del principio ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.-

Por lo demás, tal distinción se revela sumamente problemática en atención a las sutilezas que en el derecho contemporáneo determinan muchas veces la calificación de un caso específico como relevando de la responsabilidad contractual o de la delictual. Así, la responsabilidad del cirujano que celebró un contrato con su paciente es contractual, pero si ese facultativo debe operar al mismo enfermo en un estado tal que le impide prestar su consentimiento (v.g., en estado de inconsciencia) su deber de responder tendrá fuente aquiliana. ¿Puede seriamente afirmarse que, si en ese trance media mala praxis del galeno, los intereses se deberán en un caso desde el traslado de la demanda y en el otro desde el momento del daño? Otro ejemplo: quien intentando subir a un colectivo es arrollado antes de haber podido ascender al vehículo es una víctima extracontractual, pero si inmediatamente antes ha logrado al menos pisar el primer escalón de acceso a la unidad, y luego resbala y cae, el contrato de transporte se ha perfeccionado, y la responsabilidad es contractual. ¿De esas minucias dependerá que los intereses se computen a partir de momentos tan disímiles?

Adicionalmente, si en esos y otros casos existieran también víctimas indirectas -cuya pretensión se enmarcará, por definición, en la esfera aquiliana- la aplicación del criterio que impugno llevaría a la paradójica situación de que, mientras para el damnificado directo (el acreedor contractual) los intereses correrían desde la notificación de la mediación, para los otros damnificados -que únicamente sufren daños "de rebote"- lo harían desde el momento en que se causó efectivamente cada perjuicio.-

El mismo razonamiento puede aplicarse a la situación inversa, en la que existan varios responsables frente a una sola víctima, pero cuyo deber de reparar tenga diversa naturaleza. Es lo que sucedería, en el ejemplo que recién he planteado, si el pasajero transportado que ha sufrido un accidente demandara al mismo tiempo al chofer del colectivo (responsable en los términos del art. 1109 del Código Civil) y a la empresa de transporte (que respondería ex art. 184 del Código de Comercio). ¿Se dirá que, pese a que los demandados responden concurrentemente, los intereses son debidos por el chofer desde el día del accidente, mientras que la empresa transportista

únicamente los adeuda desde el momento de la notificación de la audiencia de mediación... Me adelanto a subrayar que esta distinción no se registra ni siquiera en la jurisprudencia de esta sala, pese a que sería la lógica consecuencia de la postura que contesto (vid., a modo de ejemplo: esta sala, L. 618.409, L. 618.415 y L. 618.413, "C., I. E. c/ V. M. I. y otros s/ daños y perjuicios"- "V., M. I. c/Cárdenas Sociedad Anónima de Empresas de Transportes y otros s/daños y perjuicios" - "P., M. Z. c/B., R. A. y otros s/daños y perjuicios", del 30/7/2013).-

Por otra parte, la consagración de semejante diferencia entre los damnificados contractuales y los extracontractuales, sin apoyo en ningún texto legal que la refleje, es claramente violatoria del principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional), porque lleva a establecer distinciones arbitrarias en la cuantía del resarcimiento que corresponde a las víctimas -que, naturalmente, también está integrado por los intereses- por el simple hecho -muchas veces contingente, como se acaba de ver- de que la responsabilidad respectiva sea calificada como contractual o aquiliana. Y pierde de vista que, en virtud del principio de reparación integral, que tiene rango constitucional (art. 19, Constitución Nacional; CSJN, 17/03/1998, "Peón, Juan D. y otra c/ Centro Médico del Sud S. A", LL, 1998-D, 596; ídem, 21/9/2004, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.", ED, 25/10/2004, p. 5, entre muchos otros), el dañado tiene derecho a una indemnización que compense íntegramente los perjuicios que sufrió, lo que no sucede si, pese a haberse causado el nocimiento en un determinado momento, se posterga el inicio del curso de los intereses para una oportunidad ulterior (sobre la relación entre el principio de reparación integral y el curso de los intereses vid. Wayar, Ernesto C., Tratado de la mora, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 630 y ss.).-

Señalo también que la aplicación de la solución que postulan mis colegas debería llevar a fijar los intereses desde el día de la notificación de la demanda -o de la audiencia de mediación- para una importante serie de supuestos, que incluyen muchas veces daños corporales que no se diferencian de los que pueden sufrirse a raíz de un hecho ilícito extracontractual (daños causados a espectadores durante espectáculos públicos, al pasajero transportado, responsabilidad de las clínicas, responsabilidad del abogado frente a su cliente, etc.). Pero de hecho la jurisprudencia de esta sala no registra esa distinción en muchos de los casos que he mencionado (vid., entre otros, L. 608.717, "D'A., R. V. c/ Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors y otros s/ Daños. y Perjuicios", del 20/12/2012; L. 595.422, "R., J. F. c/ Trenes de Buenos Aires y otro s/ Daños y Perjuicios", del 27/12/2012; L. 561.835, "D., M. c/ L., H. y otros s/ Daños y Perjuicios", del 29/11/2011; L. 590.706, "T., R. F. c/ Swiss Medical S.A y otro s/ daños y perjuicios", del 15/11/2012; L. 582.467, "T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux.", del 11/5/2012, entre otros).-

En definitiva, tanto los hechos ilícitos como el incumplimiento de obligaciones dan origen a una obligación de dar sumas de dinero, por lo que resulta imposible hacer una distinción en punto al curso de los intereses en uno y otro supuesto, por falta de base legal que así lo autorice. Por el contrario, el régimen de esas obligaciones es uno solo, aplicable en todos los casos (según ya lo he dicho, arts. 616 y ss., Código Civil). Por consiguiente, tanto en materia contractual como extracontractual la reparación se debe desde que se sufre cada perjuicio, y es desde ese mismo momento que corren los intereses (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4, p. 563).-

Finalmente señalo que el hecho de que la obligación de dar sumas de dinero que resulta del incumplimiento dañoso de una obligación tenga el carácter de pura y simple no permite concluir que es necesario interpelar, sino que, por el contrario, es precisamente por esa calidad que no se

requiere interpelación alguna para constituir en mora al deudor.-

En efecto, el art. 509 del Código Civil, que se refiere al régimen de la constitución en mora, resulta aplicable, según lo dice expresamente su texto, a "las obligaciones a plazo". Ahora bien, es claro que la obligación de reparar -ya tenga su origen en un hecho ilícito o en la inejecución de una obligación- no está sujeta a plazo alguno, sino que es exigible desde el momento mismo en que se causa cada perjuicio. Siendo ello así, es evidente que no resulta posible requerir una interpelación, pues ese instituto está previsto por la ley únicamente para ciertos supuestos excepcionales de obligaciones a plazo (como el plazo tácito; arg. art. 509, ya citado) y no puede extenderse a situaciones en donde el cumplimiento de la obligación no se halla diferido a ningún momento futuro.-

En ese sentido señalan Pizarro y Vallespinos que en el derecho positivo actual rige, aunque con mucha imperfección técnica, el principio de la mora automática, y que las razones que llevan a su vigencia cuando la obligación tiene un plazo determinado no difieren sustancialmente de las que pueden justificar su aplicación, como regla, en las obligaciones puras y simples, esto es, la adecuada protección de los intereses del acreedor y, fundamentalmente, la conexión entre el retardo del deudor y el factor tiempo, sin necesidad de requerimiento alguno. Por eso cabe concluir que, salvo los supuestos en que la ley requiera expresamente una interpelación, o cuando la aplicación de este criterio constituya un abuso del derecho, la configuración del incumplimiento de las obligaciones puras y simples se produce instantáneamente, sin necesidad de requerimiento alguno del acreedor (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 545/546.).-

Y no hay mejor prueba de que esa debe ser la regla en las obligaciones puras y simples que lo que -según se acepta hoy indiscutidamente- sucede en los delitos y los cuasidelitos, pues también en esa materia la obligación de reparar tiene el carácter de pura y simple (no podría ser de otra manera, en atención a la ya señalada unidad de naturaleza de esa obligación y la que resulta de la responsabilidad contractual), y sin embargo nadie sostiene la necesidad de interpelar previamente al deudor para constituirlo en mora (Pizarro-Vallespinos, op. cit., t. 2, p. 549). De hecho, uno de los fundamentos que sustentaron el criterio sentado por la mayoría de esta cámara en el fallo plenario in re "Gómez, Esteban c. Empresa Nac. de Transportes", del 16/12/1958, consistió en afirmar que la obligación de reparar surgida de un delito o cuasidelito tiene el carácter de pura y simple, y por ello mismo no se requiere una previa interpelación para constituir en mora al deudor (vid. el considerando 1, punto 16, del voto del Dr. Gondra, al que adhirió la mayoría del tribunal).-

Por último, resulta definitorio que la postura que propicio ha sido adoptada expresamente por el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 1748 -que en virtud de lo dispuesto en el art. 1716 del mismo código es aplicable indistintamente a la responsabilidad "contractual" y la extracontractual- dispone: "Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio". Señalo que, aunque ese nuevo cuerpo legal no resulte aplicable al sub lite, las soluciones que consagra deben forzosamente orientar la interpretación de los textos del Código Civil derogado (esta sala, 25/6/2015, "Cáceres, Jéssica María c/ Bergmann, Carlos Ricardo y otros s/ Daños y Perjuicios").

En este mismo sentido se ha decidido: "en casos de responsabilidad médica como el presente deben computarse desde que aconteció el perjuicio (...) el criterio que distingue el inicio del cálculo de los accesorios según la responsabilidad médica sea contractual o extracontractual puede dar lugar a soluciones inequitativas frente a un mismo hecho (...). Este criterio, por otra parte, ha sido seguido por Corte Suprema en los casos de responsabilidad médica (Fallos:

324:2984; 322:1393) y es el que prescribe el actual art. 1748 del Código Civil y Comercial de la Nación" (esta cámara, Sala G, 30/11/2015, "M. G. y otro c/ Centro Médico de Cirugía Plástica Barbieri Juan Pintos y otros s/ Daños y Perjuicios").-

Por estas razones estimo que corresponde rechazar el agravio de la emplazada, y en consecuencia confirmar la sentencia de grado en cuanto decidió que los intereses deben correr desde la fecha de pago de la primera factura.-

En cuanto a la tasa de interés, como lo he expuesto en el precedente de esta sala "Piñeiro, Gabriel Alberto c/ Ausilli, José Luis y otros s/ Daños y perjuicios", del 10/11/2011 (libre n° 574.847) soy de la opinión de que, por aplicación de la doctrina sentada por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ Daños y perjuicios", del 20/4/2009, debe fijarse la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el momento en que se causó cada perjuicio, y estimo -por los argumentos que expuse en mi voto en la causa ya citada, a la que me remito- que la sola circunstancia de haberse fijado las partidas indemnizatorias a valores actuales no configura la excepción contemplada en el último párrafo de la parte dispositiva de la mentada sentencia plenaria.-

También señalé en otros antecedentes de esta sala (9/5/2016, "M., Patricia Antonia c/ J., Darío Sebastián y otros s/ Daños y perjuicios", expte. n.° 86.811/2012; ídem, 10/5/2016, "F., Estela María c/ La Primera de Grand Bourg S.A.T.C.I. Línea 315 y otro s/ Daños y perjuicios" y "D. S., María Rosa c/ La Primera de Grand Bourg S.A.T.C.I. Línea 315 y otro s/ Daños y perjuicios", exptes. n.° 43.052/2010 y n.° 88.762/2011) que la solución que propongo (es decir, la aplicación de la tasa activa establecida en la jurisprudencia plenaria) no se ve alterada por lo dispuesto actualmente por el art. 768, inc. "c", del Código Civil y Comercial de la Nación, más allá de que el plenario recién citado se haya originado en la interpretación de una disposición legal hoy derogada (art. 622 del Código Civil).-

IV. En atención al éxito obtenido en esta instancia por la apelante, en los términos del art. 68 del Código Procesal, juzgo que las costas de alzada deberían imponerse a los actores en un 20 % y a la demandada en el restante 80 %.-

V. Por los motivos que dejo expresados adhiero al fundado voto del Dr. Molteni, con las salvedades que acabo de efectuar en punto a la procedencia del "daño punitivo", a la tasa de interés a aplicar en el caso y a la imposición de costas.-

El Dr. Zannoni dijo:

1. Los tres colegas que me han precedido en el Acuerdo coinciden en lo sustancial de la condena propuesta por el doctor Molteni, aunque tanto los doctores Li Rosi como Picasso discrepan en punto a la procedencia y, en el caso del doctor Li Rosi, a la aplicación de los daños punitivos que son materia del respectivo agravio. Asimismo advierto que dos de mis colegas no concuerdan en punto a la tasa de interés a aplicar al capital de condena.-

En cuanto a lo sustancial de la condena, he de adherir yo también al voto del doctor Molteni excepto en lo relativo a la multa o daño punitivo a aplicar a la parte demandada que él propicia confirmar, en que coincidiré con el doctor Picasso, con quien también coincidiré en lo relativo a la tasa y al curso de los intereses.-

2. Como bien lo recuerda el distinguido colega, doctor Picasso los contornos y alcances de los denominados "daños punitivos" se han desarrollado en el common law, no así en el derecho continental romanista. Básicamente preside la idea de que "la gravedad de la culpa no puede justificar una condena superior al valor del daño" (Viney, Geneviève, Les obligations en Ghestin,

Traité de droit civil", t.V: "La responsabilité: effects", Paris, Librairie Générale de droit et jurisprudence, 1982, n° 6, pág. 8).-

No creo de buen gusto proseguir con las disquisiciones que, en torno al instituto, ha desarrollado con envidia el doctor Picasso, aunque vale la pena señalar que habiendo sido aceptada con amplitud la indemnización del daño moral y la carga de soportar las costas del proceso, pareciera que una condena adicional de orden sancionatorio o punitivo, no obstante la gravedad objetiva del daño o del incumplimiento, implicaría un enriquecimiento sin causa para la víctima. Distinto sería, a mi entender, si el monto no tuviese por destino al damnificado sino que tuviese otro destino (v.gr., prevención de daños de igual entidad en el futuro, la educación, el fomento de actividades de interés público, etcétera).-

Adhiero, por consiguiente al voto del doctor Picasso en cuanto a la inconstitucionalidad que cabe declarar, aun de oficio, del art. 52 bis de la Ley 24240, modificada por la Ley 26361.-

3. En punto a los intereses, coincido también con él en el sentido de que corresponde la aplicación de la doctrina legal de este fuero dictada en el caso "Samudio de Martínez, Ladislaa c./ Transportes Doscientos Setenta S.A. s./ Daños y perjuicios", según la cual desde la fecha de cada perjuicio, debe aplicarse la tasa activa, cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Remito a los fundamentos de su voto, y si bien no entiendo aplicable el nuevo Código Civil y Comercial a los intereses devengados con posterioridad a su entrada en vigencia señalo que, a todo evento, la tasa activa constituye una tasa de posible aplicación según resulta del propio art. 768, inc. "c" del mentado Código Civil y Comercial.-

El Dr. Fernando Martín Racimo dijo:

I.- La declaración de inconstitucionalidad de oficio.

El juez de primera instancia examinó la constitucionalidad del instituto de la multa civil de la Ley 24240 en un obiter dictum del fallo recurrido, estimó que se requería al menos culpa grave para su aplicación por los jueces, consideró configurado ese factor de atribución subjetivo e impuso por aquel concepto el pago de las sumas de \$ 250.000 a favor de M. S. M. y de M. C. R. La demandada cuestionó habérsela tenido por incumplidora, que haya existido ese factor de atribución agravado y reclamó que se dejara sin efecto la multa civil sin plantear la inconstitucionalidad de la norma.-

El Dr. Picasso declara en su voto la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley 24240 y lo hizo de oficio con remisión al criterio de la CSJN en autos "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios" del 27-11-12 (Fallos: 335:2333). Tengo algunas dudas en torno a este tipo de declaración cuando, como en el caso, la cuestión no pudo haber pasado desapercibida para el proveedor recurrente al haber sido materia de examen concreto por el juez de grado. De todos modos, el art. 1, primera frase, del CCCN impone un mandato a los jueces para que cuando resuelvan los casos lo hagan según una interpretación conforme con la Constitución Nacional con lo cual, ante las sustanciosas consideraciones en torno a la invalidez del art. 52 bis, cabe determinar si existe alguna inteligencia de la norma que supere este tipo de cuestionamientos (ver Fundamentos en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, L. L., 2012, pág. 447; Hart, H. L. A., El Concepto de Derecho, 2ª ed., trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pág. 145 y también Moreso, Juan José y Navarro, Pablo Eugenio, Orden jurídico y sistema jurídico, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 35 y Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, Las piezas del derecho, Barcelona, Ariel, pág. 27).-

II.- El art. 52 bis de la ley 24.240

Concuero, en líneas generales, con la interpretación dada a la norma con un método gramatical. El legislador no explicita en esta primera lectura los criterios que había expuesto la doctrina para

la delimitación de la conducta y es merecedor de las críticas que ha recibido sobre este punto (ver, por todos, Pizarro, Ramón D. y Stiglitz, Rubén S., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B, 949 y Moisés, Benjamín, "Los llamados "daños punitivos" en la reforma de la Ley 24240", RCyS 2008, 271). El texto del art. 52 bis permite la imposición de una multa civil en los siguientes términos:

- i. La multa civil procede solamente en una relación de consumo entre un proveedor y un consumidor.-
- ii. El incumplimiento debe ser de obligaciones contractuales o legales dentro del régimen de la ley 24.240.-
- iii. El incumplimiento debe causar un daño al consumidor para la aplicación de la multa civil en tanto requiere que este sea damnificado. No habría una multa civil autónoma.-
- iv. La multa civil solo procede a instancia del consumidor damnificado y se impone facultativamente por el juez.-
- v. El juez gradúa la multa civil según la gravedad del hecho y las circunstancias del caso.-
- vi. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento todos ellos responden solidariamente sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan.-
- vii. La norma impone un tope a la multa civil judicial basada en el monto máximo de la multa administrativa prevista en el art. 47 de la ley.-

Con este primer examen bastaría el incumplimiento para la aplicación de la multa civil en tanto la gravedad del hecho se consideraría únicamente al momento de su graduación por el juez.

Quedaría alguna duda en torno a la previa acreditación de un daño al consumidor antes de la concesión de la multa civil. El art. 52 bis, con esta lectura impediría interpretar que el legislador agregó un factor subjetivo de atribución agravado como requisito para la aplicación de la multa civil. Se presenta una discordancia en el artículo entre el epígrafe que alude al "Daño punitivo" y su cuerpo donde se refiere a la "multa civil". Aquí terminaría el camino de la interpretación del texto y comenzaría la contraposición entre su falta de tipicidad en una norma indeterminada en la delimitación de la conducta subjetiva con los requisitos del art. 18 de la CN para concluir en la declaración de inconstitucionalidad.-

Creo, sin embargo, que este es el principio, y no el fin, de la interpretación de esta norma.-

III. La interpretación del art. 52 bis.-

a.- La denominación del instituto.

Volvamos a la cuestión gramatical porque creo que un tema debe ser profundizado en este contexto. El legislador incurre, aparentemente, en un error en lo formal en la redacción de la norma. Existe una discordancia entre el epígrafe y el cuerpo del art. 52 bis contrario a la técnica legislativa que exige no utilizar sinónimos por aplicación del principio de homogeneidad terminológica (ver Leiva Fernández, Luis F. P., Fundamentos de Técnica Legislativa, Buenos Aires, L. L., 1999, págs. 132 a 139; Ubertone, Fermín P., "Epigrafiado" en Técnica legislativa, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, págs. 37 a 73, Scalia, Antonin y Garner, Brian, Reading Law, St. Paul, Minn., Thomson/West, 2012, págs. 221 a 224 y Manual de Técnica Legislativa, Colegio Público de Abogados, Buenos Aires, 2001, n° 32, pág. 23). Quizás pueda tomarse la disonancia entre el epígrafe y el cuerpo de la norma como un defecto de redacción a diferencia de la apropiada correlatividad del art. 1587 del Proyecto de 1998 en el cual se denominaba al instituto en ambas partes del precepto como "multa civil". La correspondencia debe esperarse, como regla, entre títulos y epígrafes, aunque en ocasiones pueden ocurrir disyunciones en las cuales, como regla, el intérprete ha de atenerse al cuerpo de la norma (ver Racimo, Fernando M., "Los títulos en

el Código Civil y Comercial de la Nación", pub. en JA 2015-III, 1015).-

En limitados casos, sin embargo, el epígrafe mejora el cuerpo del artículo o da precisiones sobre su contenido como ocurre con el art. 1170 del CCCN. Y particularmente se presenta como corrector el art. 1091 del mismo ordenamiento al agregarse la idea de imprevisión no contenida en el cuerpo de la norma (ver lo dicho en mi trabajo "Los títulos..." pto. VII y nota 60 con cita del comentario integrador del sentido de la norma por Pizarro, Ramón D., en "La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", L. L., Suplemento Especial Contratos, febrero 2015, 273, 278, pto. 8 a.). La correspondencia entre epígrafe y cuerpo del art. 1587 del Proyecto de 1998 se ha perdido, por alguna razón, en el camino de la elaboración del art. 52 bis.-

A la consideración de esta diferencia entre epígrafe y título debe agregarse el particular contenido de la locución "daño punitivo" que se relaciona, por lo extraño de su inserción nominal en nuestro sistema, con un instituto anglosajón con características especiales que deberán considerarse en el curso de este voto, porque de lo contrario se asume sólo el contenido supuestamente estipulativo de la multa civil del art. 52 bis pasando por alto esta importante discordancia.-

b. La solidaridad pasiva de la multa civil.-

Se sostiene en el voto del Dr. Picasso que la ley consagra una responsabilidad objetiva al inicio de la norma al referirse al incumplimiento a la vez que a renglón seguido dispone la solidaridad de todos los proveedores responsables sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan. Se estima que esas acciones se ejercerían contra el verdadero culpable como único criterio para repetir. La imposición de los daños punitivos frente al consumidor no requeriría de un factor subjetivo de atribución con lo cual la eventual culpabilidad del agente podría ser tomada únicamente en consideración en las relaciones internas entre los responsables, una vez pagada la multa.-

Se trata de un interesante planteo en el orden lógico, pero creo que vamos demasiado rápido si llegamos directamente a esta conclusión contraria al criterio adoptado en la sentencia.-

La segunda frase del art. 52 bis es opaca, por su ambigüedad, para servir de patrón que permita interpretar inequívocamente cuál es el contenido de lo dicho en el primer segmento (epígrafe y primera frase). Admitido, por razón de la argumentación, que el único criterio de distribución en la segunda frase entre los responsables sea la culpa, no se sigue de ello que necesariamente en la primera frase la responsabilidad haya sido atribuida al responsable singular con carácter objetivo. La obligación solidaria tiene unidad de causa cuando hay varios deudores, pero el requisito de procedencia del instituto respectivo puede eventualmente construirse a partir de la acreditación de un elemento subjetivo. El cuasidelito del art. 1109 del CC quedaba configurado estrictamente con la prueba de la culpa en el primer párrafo a la vez que se admitía la solidaridad con criterio de distribución subjetivo en el segundo párrafo.-

La atribución del principio de responsabilidad objetivo surge de una lectura aislada de la primera frase en la cual se desplaza, mediante un rasero interpretativo, la discordancia del contenido de ella con el epígrafe. De modo similar puede afirmarse respecto a la postura que sostengo que el factor de atribución subjetivo en la primera frase surge del peso semántico que se da al epígrafe relativizándose la ausencia de mención expresa de la culpa en la primera frase.-

No se transparenta, entonces, a partir del estudio del efecto de solidaridad y del criterio de distribución subjetivo que se encuentre contenido ineludiblemente en la primera frase del art. 52 bis un tipo de responsabilidad objetiva o subjetiva. La segunda frase, estrictamente, nada aporta respecto a lo que se dice en el primer segmento del art. 52 bis. A través de un método

interpretativo que anula el contenido subjetivo e histórico del "daño punitivo" se puede hacer realmente esta inferencia de modo concluyente en el estudio aislado de esta norma. Pero ello supone dar carácter objetivo a la primera frase cuando esto es lo que se quiere probar y lo que está discutido en la relación entre ese segmento y el epígrafe.-

Esta interpretación bimembre retrospectiva no ayuda a la interpretación del art. 52 bis aunque quizás resulte útil recurrir a otra norma de la ley del consumidor en la cual se menciona el mismo instituto de la multa civil.-

c.- El art. 8 bis de la Ley 24240.-

El art. 8 bis establece en su primera frase la obligación legal de trato digno y equitativo a los consumidores como una reglamentación del art. 42 de la CN. La segunda, tercera y quinta frases describen ciertas conductas de abstención impuestas a los proveedores calificadas por los estados de vejación, vergüenza, intimidación, discriminación o engaño en que se coloca al consumidor. El último párrafo dispone que tales conductas podrán ser pasibles de la multa establecida en el artículo 52 bis.-

El proyecto original propuesto por la Cámara de Diputados de la Nación contenía un párrafo en el cual se indicaba la obligación de mantener condiciones de trato digno y equitativo donde se referían, además, las conductas que daban lugar a la aplicación del art. 52 bis. Dicho proyecto contenía un segundo párrafo en el cual se describían siete hipótesis de "prácticas abusivas" como se las denominaba en ese texto que quedaban expresamente prohibidas. La Cámara de Senadores suprimió el segundo párrafo y mantuvo el epígrafe original con lo cual la referencia a "prácticas abusivas" quedó equívocamente relacionada con las conductas -así mencionadas en dos ocasiones- en el texto definitivo (Diarios de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 9 de agosto de 2006, pág. 85 y de la Cámara de Senadores de la Nación del 19 de diciembre de 2007, pág. 47).-

En el texto primitivo la ley pasaba desde la enunciación de una obligación general de trato digno y equitativo por la descripción de unas prohibiciones en las que se describían conductas perjudiciales para los consumidores que autorizaban la aplicación de la multa civil y terminaba con unas ejemplificaciones de "prácticas abusivas". Ahora solo queda esa obligación legal y las conductas delimitadas en las frases segunda, tercera y quinta del art. 8 bis. Se genera así cierta confusión en tanto se desconoce si las prácticas abusivas son únicamente las conductas o si se aplica la expresión también a cualquier incumplimiento de la obligación legal establecida en la primera frase. La referencia a "prácticas abusivas" es algo ambigua. La expresión puede calificar a incumplimientos en la situación de asimetría entre proveedor y consumidor como al aprovechamiento en el orden subjetivo de esa posición dominante para colocar a este último, por desinterés o dolo, en situaciones vejatorias, fraudulentas o discriminatorias. Empero no hay prácticas ni incumplimiento alguno en la primera frase con lo cual el epígrafe califica mediante esa expresión a las conductas enunciadas en las frases siguientes.-

La explicación puede parecer superflua, pero creo que no lo es.-

El art. 8 bis establece una obligación legal cuyo incumplimiento genera responsabilidad objetiva en tanto la norma dice expresamente que los proveedores deben garantizar esas condiciones con lo cual para liberarse deben probar la ruptura del nexo causal (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Contratos 2015 (febrero) 237, pto. 6.). Su eventual incumplimiento generará responsabilidad en los términos que entienda el juez con características no expresadas en esa frase. Ahora bien, las frases segunda, tercera y quinta aluden a ciertas "conductas" que son las

únicas expresamente vinculadas con la multa civil. Se puede incurrir en ilicitud por incumplimiento de la manda de la primera frase sin que ello autorice automáticamente al juez a aplicar la multa civil. Una práctica que no sea vejatoria o intimidatoria puede atentar contra la equidad de trato del consumidor y será ilícita e incluso calificársela como abusiva (ver por ejemplo el art. 1099 del CCCN y el título de la Sección respectiva). No obstante, al tratarse de incumplimiento puramente objetivo o eventualmente culpable se requerirá la prueba del factor de atribución subjetivo agravado para que se pueda castigar al proveedor con una multa civil (ver en similar sentido Quaglia, Marcelo Carlos, "Trato digno y prácticas abusivas: Análisis del artículo 8 bis de la Ley 24240", RCyS 2011-III, 42, pto. III y CNCivil, Sala L, c. 74.073, "G. A. H. y otro c/IRSA Inversiones y Representaciones S.A. y otros s/daños y perjuicios" del 6-10-16 y CNCivil, Sala I, "H. S. D. c/Trilenium S. A. s/daños y perjuicios" del 4-7-14).-

Las frases segunda, tercera y quinta del art. 8 bis delimitan conductas de los proveedores que colocan al consumidor en situaciones de humillación, de vergüenza, de vejación, de intimidación o de engaño. No se trata de simples enunciaciones de casos de prácticas abusivas al modo del art. 39 del Código de Consumidor del Brasil o ejemplos seriadados de prácticas abusivas como ocurría en el proyecto que en este segmento no fue finalmente aprobado. Se las enuncia con rasgos distintivos en tres frases distintas y se dice que son "tales conductas" -y no obviamente otras- las que permiten la aplicación de la multa civil.-

El punto a tener en cuenta aquí es que lo decisivo no son las conductas especificadas sino los rasgos de ellas que las aúnan en el trato particularmente irrespetuoso respecto del consumidor. Deben consistir en conductas -o si se quiere en "prácticas abusivas"- que se caracterizan por ubicar al consumidor en situaciones de maltrato agravado (vejación), de miedo (intimidación), de discriminación, de engaño (apariencia) o que le hacen tener vergüenza (vergonzante) en el desarrollo de una relación de consumo.-

La exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones, ni mortificaciones como desarrollo de la exigencia de trato digno del art. 42 de la CN, algunos de cuyos casos son hechos ilícitos en sentido lato del art. 1066 del CC como en los reclamos extrajudiciales o dolosos como en la discriminación (ver Kiper, Claudio M. en Picasso-Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor-, t. 1, págs. 122 a 148; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas..." cit. y Tobías, José W, "Persona, derechos personalísimos y derecho del consumidor" en Picasso-Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, Buenos Aires, L. L. 2011, t. 1, 91, 114). Se trata de considerar, a la vez, la dignidad del consumidor como la conducta específicamente desarrollada por el proveedor que se conoce habitualmente como "mal trato" que permite imponer las sanciones del art. 52 bis originados en el aprovechamiento por la parte más fuerte que es el proveedor (Junyent Bas, Francisco y otros, Ley de defensa del consumidor: comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, Errepar, 2012, pág. 107, las comillas son del original; Lorenzetti, Consumidores, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, págs. 149 y 233 e Iturbide, Gabriela A., "Reflexiones sobre el trato equitativo y digno en la relación de consumo", pto. 3, elDial-DCB6A del 1-6-07) o eventualmente a conductas que son claramente dolosas como se ha entendido ocurre en el caso de la discriminación (ver CNCiv., Sala H, c. 35.876/14 "P. D. N. c. General Paz Hotel S.A. s. daños y perjuicios" del 16-12-16 con la disidencia parcial de la Dra. Abreut de Begher quien entendió no debidamente probado el factor agravado en ese caso).-

Las características descriptas en el art. 8 bis se asemejan, leídas con un criterio inductivo, a las

actitudes de los proveedores que desarrollan conductas que pueden ser denominadas globalmente como ultrajantes o indignantes de modo que los daños punitivos impuestos son una expresión de la condenación moral causada en la sociedad por la conducta reprobable (Racimo, Fernando M., "En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino", Revista de la Universidad de Palermo, año 6 n° 1 (2005), pág. 8, pto. II, con cita de un antiguo precedente de la corte suprema norteamericana en autos "Lake Shore & M.S.R. Co. v. Prentice" 147 US 101 (1893)). Se trata de un tipo de "conducta" que la doctrina y la jurisprudencia norteamericana estiman necesaria para la procedencia de los daños punitivos requerida generalmente con la evidencia de culpa grave, dolo o indiferencia culpable sobre los derechos de otros sin que baste al efecto la simple negligencia (conf. Corte Suprema de Estados Unidos de América, "Exxon Shipping Co. v. Baker" (2008), consid. IV B; Prosser y Keeton, The Law of Torts, 5ª ed., St. Paul, West Publishing, 1984, pág. 9 y también Owen, David G., "Punitive damages in products liability litigation", 74 Michigan Law Review 1257, 1296 y 1298 (1976)) con referencias a conductas respecto a prestaciones y productos que crean humillación y vergüenza para el actor en este tipo de procesos. La malicia (dolo), la opresión (intimidación) y el fraude (apariencia) son requisitos de procedencia en el art. 3294 del Código Civil de California para la imposición de daños ejemplares en incumplimientos de obligaciones contractuales con definiciones similares a las conductas de dolo, intimidación y apariencia del art. 8 bis en referencia a los proveedores que colocan a los consumidores en esas situaciones. Un criterio parecido se observa en la Corte Suprema de Canadá en el caso "Keays v. Honda Canada Inc.", del 27-7-2008 (2008 SCC39) al disponer que en una cuestión laboral discriminatoria o de acoso los daños punitivos no proceden cuando la "conducta" no fue suficientemente ofensiva o ultrajante (párrafo 78).-

Se trata el caso de nuestro derecho de conductas -así se las denomina dos veces y no como meros incumplimientos- que resultan vejatorias, discriminatorias o engañosas respecto del consumidor. Son, si se quiere las denominar así, prácticas que buscan aprovechar la necesidad o inexperiencia de las personas (Cam. Apel. en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, CABA, 6-5-2016, en autos "Banco Columbia S. A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"). El menosprecio, la desconsideración o la mortificación desplegados por el proveedor son los elementos a considerar para la aplicación de la multa civil con sustento en el art. 42 de la CN. El proveedor debe incurrir en una inconducta de particular gravedad, evidenciando un menosprecio por los derechos del consumidor (Quaglia, "Trato digno..." pto. IV.b.2). La multa civil se aplica cuando se presentan específicas conductas en incumplimientos de la obligación de trato digno por parte de proveedores desinteresados sobre el fruto de su acción o inacción en perjuicio del trato digno que merece el consumidor.-

Debe tenerse en cuenta, además, que los efectos no se refieren al hecho de la simple ofensa que puede sentir arbitrariamente el consumidor. Son "conductas" del proveedor que lo ubican en esa situación y que son ilícitas al trasgredir el deber de trato digno con afectación de su dignidad como derecho sustentado en el art. 42 de la CN (ver Kemelmajer de Carlucci, "Prácticas abusivas...", pto. 7.3; Waldron, Jeremy, The harm in hate speech, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2012, pág. 105 y sigtes. y Feinberg, Joel, Offense to others. The moral limits of the criminal law, New York, Oxford University Press, 1985, pág. 2). La conducta del proveedor tiene un contenido subjetivo en tanto se trata de actos u omisiones dirigidos a causar miedo (intimidatorios) o a maltratar al consumidor (vejatorios). Lo vergonzante supone que esa conducta hizo sentir vergüenza al consumidor con un tinte que quizás alcance a la despreocupación o el

desprecio por el usuario (ver sobre el carácter de la conducta de los incumplidores como características del daño punitivo, Kahnemann, Daniel, Schkade, David A, y Sunstein, Cass R., "Shared Outrage, Erratic Awards" en Sunstein, Cass R. y otros, Punitive Damages. How Juries Decide, Chicago, The University of Chicago Press, 2002, pág. 341 y también Corte Suprema de Luisiana, "Mosing v. Domas" del 15-10-02 y Corte Suprema de Pensilvania, "Hutchinson v. Luddy" del 22-3-03). La responsabilidad de los proveedores se origina por cualquier incumplimiento de la obligación legal; las "conductas" que permiten la aplicación del daño punitivo son aquellas que están teñidas al menos de un absoluto desinterés sobre la situación en que queda ubicado el consumidor en un contexto particular.-

La primera frase expone una obligación legal que debe cumplirse en las relaciones de consumo. Las conductas descritas en las frases siguientes no consisten en ejemplificaciones de simples incumplimientos porque, en realidad, son ejemplificaciones de ciertos tipos de conducta. No son las ejemplificaciones que sí lo eran las del segundo párrafo del proyecto de ley. Consisten, pues, en conductas tipificadas que son las que permiten la aplicación de la multa civil. Si hubiera existido identidad entre el eventual incumplimiento de la obligación de la primera frase y las "conductas" que se describen en las restantes frases segunda, tercera y quinta, habría bastado al legislador señalar que trasgresión del trato digno origina la posibilidad de aplicar la multa civil. Pero esto no es lo que dice la norma que subordina su aplicación a la configuración de cierto tipo de "conductas" por parte de los proveedores. Las conductas descritas en el art. 8 bis son ejemplificativas de trato no digno o no equitativo al trasgredir la obligación legal expresada en la primera frase (ver Álvarez Larrondo, Federico M., "Daños punitivos por trato inequitativo e indigno, LL 2012-D, 613), pero su relevancia está dada por la tipificación en lo subjetivo de la conducta desplegada por los proveedores como requisito de procedencia de la aplicación del nuevo instituto.-

La situación en la que se coloca a los proveedores resulta ya más clara con estas precisiones. Saben que deben cumplir la obligación de trato digno y equitativo y que su incumplimiento objetivo genera responsabilidad por los daños causados al consumidor. Saben también que la ley ha vedado especialmente la comisión de ciertas conductas que autorizan al juez a aplicar una multa civil al revelar ellas su desinterés sobre los consumidores al colocarlos en situaciones que pueden englobarse como ultrajantes o engañosas. Por el lado del consumidor, la prueba de estas situaciones puede parecer dificultosa en tanto se presenta una excepción al principio de responsabilidad objetiva de la relación de consumo. Sin embargo ello queda relativizado porque hay conductas respecto de las cuales se podrá presumir, por ejemplo, por el contexto en que se presenta la situación o particularmente por la existencia de discriminación según las pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con las salvedades indicadas en la cuarta frase del art. 8 bis (ver causas "Hooft" Fallos: 327:5118, consid. 4º; "Gottschau", Fallos; 329:2986, consid. 5º; "Calvo y Pesini", Fallos: 321:194; "Mantecón Valdés", 331:1715 y "Pérez Ortega", consid. 6º, del 21/2/13, LL 2013-B, 337; y también Kiper, Claudio M., "Discriminación y responsabilidad civil", RCyS, 2011-V, 3; Zayat, Demián, "El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, tratado desigual e impacto desproporcionado" en Rivera (h), Elías, Grosman y Legarre (dir.), Tratado de los Derechos Constitucionales, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, t. I, ps. 903, 914 y Elías, José S. y Sánchez Brígido, Rodrigo, "Los distintos "anteojos" de la Corte según los derechos en juego", ob. cit., t. III, p. 1415 y sigtes.)-.

La búsqueda de la causa a través del efecto que se intentaba vanamente en la interpretación bimembre del art. 52 bis quizás tenga algún resultado más claro en el art. 8 bis. Esta norma

impone deberes de trato digno y su trasgresión origina responsabilidad en general imputable al proveedor. No obstante, cuando se trata de la multa civil el legislador le ha agregado conductas típicas que son las que deben incumplirse para permitir la aplicación de la multa civil.-

Surge en la correlación entre ambas normas una incongruencia sistemática entre el art. 8 bis donde solo se autorizaría la multa civil en casos de conductas vergonzantes, discriminatorias o engañosas y el art. 52 bis según el cual, en interpretación que discrepo, cualquier incumplimiento permitiría aplicar automáticamente ese instituto. Si se admite este criterio objetivo para el art. 52 bis, se produce una colisión con el criterio restrictivo subjetivo del art. 8 bis que solo lo autoriza en los casos de notoria despreocupación o dolo respecto de las situaciones en las cuales se ubica al consumidor en una relación de consumo. La duda entre el contenido semántico del epígrafe y el texto indeterminado del art. 52 bis se resuelve con la remisión a esta norma que explica, en su ejemplificación, los requisitos de procedencia de la multa civil.-

La solución que se buscaba, infructuosamente, en la relación entre las dos partes del art. 52 bis basada en un criterio de determinación sobre cuál es la conducta que permite la aplicación de la multa civil se puede encontrar en el art. 8 bis que subordina la aplicación de ese instituto a la configuración de conductas por acción u omisión que colocan al consumidor en situaciones de humillación, vejación, discriminación o intimidación.-

d.- La delimitación de la multa civil.-

La multa civil según la relación entre el contenido del texto íntegro del art. 52 bis con el art. 8 bis tiene un núcleo mínimo de procedencia que se encuentra dado por un incumplimiento legal o contractual con un factor de atribución subjetivo del proveedor que puede caracterizarse como agravado. El instituto de la multa civil de los arts. 8 bis y 52 bis contiene, asimismo, una configuración, no se sabe si por imprecisión o por diseño intencional, que se acerca al tradicional concepto de daño punitivo judicial alejado de las penas administrativas o de los delitos penales.-

d.1. Las conductas comprendidas.

El art. 52 bis se refiere a una conducta de incumplimiento grave en el estricto marco de la relación entre consumidor y usuario respaldado en el concepto de trato digno del art. 42 de la CN. El art. 1587 del Proyecto de Código Civil de 1998 se fijaba con una simple decisión de oficio del tribunal a quien actuara con grave indiferencia respecto de cualquier tipo de derechos ajenos -no había precisiones en cuanto a este punto- o de los intereses de incidencia colectiva. El art. 1714 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación limitaba la imposición de la sanción pecuniaria disuasiva por el juez a petición de parte a quien actuara con grave menosprecio de los derechos de incidencia colectiva.-

d.2. El tema de la reincidencia.

La doctrina señala, y señala bien según estimo, que el método de graduación es defectuoso en el art. 52 bis. La comparación se realiza a menudo con el más preciso y detallado sistema expuesto de multa administrativa en el art. 47 para el caso del art. 45 de presuntas infracciones a las disposiciones de la ley. Se creó al efecto un procedimiento a fin de determinar la comisión del hecho y una norma especial -el art. 49- en la que se establece que para la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el art. 47 se tendrá en cuenta, entre otros datos, a la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho para agregarse que se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley, incurra en otra dentro del término de 5 años.-

Claramente el art. 52 bis dice mucho menos, pero lo que dice debe ser examinado en detalle. La ley solo autoriza a tener en cuenta las "circunstancias del caso" sin aludir a una pauta propia del

derecho penal como es la reincidencia. Estimo, y esta es una opinión estrictamente personal, que no se permite al juez considerar la reincidencia en tanto no se menciona este tema y se lo obliga a tener en cuenta las circunstancias del caso. Este criterio que, a primera vista, parece ser un apartamiento de principios propios del daño punitivo se convierte ahora en parcialmente concordante con las pautas expuestas actualmente por la Corte Suprema de Estados Unidos en la causa "Philip Morris USA v. Williams" 549 US 346, consid. IV (2007) donde se precisaron algunas de las guías del mismo tribunal en BMW v. Gore 517 US. 559, 568 (1996).-

Pero puede verse, además, que en nuestra legislación ni siquiera se autoriza explícitamente al juez a considerar conductas reincidentes del proveedor con el mismo consumidor que no sean las que se han planteado en el curso del proceso. No podría el magistrado al examinar el carácter de las conductas para graduar la multa civil atender a aquellas desplegadas en relación a terceros ni las cometidas en perjuicio de idéntico consumidor en otras ocasiones.-

d.3. El sistema de tope.-

El hecho de que se haya incorporado este tope evidencia nuevamente, y de modo indirecto, el préstamo del instituto del derecho norteamericano donde un problema relevante ha sido la intervención de jurados y jueces con imposiciones exorbitantes de montos por daños punitivos. Lo que parece ser una copia del derecho penal es, nuevamente, una recepción del sistema de topes (capping system) que se desarrolló por necesidad jurisprudencial y que puede advertirse en las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (ver Racimo, Fernando M., "Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América", JA 2004-III, 1031). Justamente la inexistencia de topes y la imposición de daños punitivos con métodos discrecionales y resultados exorbitantes es la dificultad que llevó a la Corte Suprema de los Estados Unidos a intervenir en múltiples oportunidades en este tipo de cuestiones (ver "Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip" 499 U.S. 1 (1991); "TXO Productions Corp. V. Alliance Resources Corp." 509 U. S. 443 (1993); "BMW of North America, Inc. v. Gore" 517 U. S. 559 (1996), "State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell" 538 U.S. 408 (2003); "Philip Morris USA v. Williams", 549 U.S. 346 (2007) y "Exxon Shipping Co. v. Baker", 554 U.S. 471 (2008)). La ley del consumidor busca con este procedimiento satisfacer los reclamos de los consumidores para castigar a los proveedores que incurran en conductas ultrajantes evitando, por otro lado, la aplicación por los jueces de multas arbitrarias por su exorbitancia. Y también con ello se superan las incertidumbres que originaba el art. 1587 del Proyecto de 1998 (ver Rivera (h), Julio César, "Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil de 1998", Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, XLV-V-38, 70), más allá del efecto que pueda suponer esta limitación para cierto tipo de proveedores.-

La decisión puede parecer inconveniente desde pautas basadas en criterios de política legislativa, aunque creo que responde, mediante un método similar al de los tipos penales, a evitar el empleo de imposiciones de montos exorbitantes por los jueces que afecten el desarrollo económico de una sociedad. Y la mínima influencia que quizás pueda tener la imposición de multas limitadas a las grandes empresas se supera por la fuerza simbólica y por la repercusión que en el medio social se produce por este tipo de decisiones que actúan a modo de reproche para el despliegue de tales conductas.-

d.4. La graduación de la multa civil.-

El defectuoso art. 52 bis tampoco menciona otros de los criterios de aplicación y graduación de las multas administrativas a las infracciones en el art. 49, ni emplea fórmulas similares como la prevista en el art. 1621 del Código Civil de Quebec (Código Civil de Quebec, trad. Julio César

Rivera, Montreal, Wilson & Lafleur, 2008, pág. 480). Particularmente se omiten precisiones en torno a pautas para cálculos a realizar en estimaciones exclusivamente sustentadas en teorías respetables en boga como el Análisis Económico del Derecho (Irigoyen Testa, Matías, "¿Cuándo el juez puede y debe condenar por daños punitivos...", RCyS 2009, 16; C1ªApCivCom, Bahía Blanca, sala II, del 28-8-14, causa "C., M. C. v. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/nulidad de acto jurídico", LL 2014-E, 497; Racimo, Fernando M., "El análisis conductista del derecho (Sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho", ED 207, 947 [2004]) y "Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América, JA 2004-III, 1031, pto. III). Queda abierta a la interpretación la posibilidad de considerar estos elementos -particularmente los vinculados a las ecuaciones que pueden emplear los proveedores en su cálculo de costos y beneficios-, pero el texto -impreciso, defectuoso y con una redacción no sistemática- permite al juez, quizás por azar, tal vez por decisión del legislador, emplear un criterio que puede basarse en consideraciones sobre el carácter indignante o discriminatorio de las conductas desplegadas por el proveedor.-

d.5.Los representantes del proveedor.-

El art. 8 bis contiene una extraña referencia a la responsabilidad extensiva a quien actuare en nombre del proveedor. La norma parece sobreabundante, y quizás lo sea en nuestro derecho. De todos modos, estimo que refleja la incorporación de un rasgo propio de los daños punitivos en el derecho norteamericano donde se discutió si resultaban aplicables este tipo de sanciones a los empleadores por comisión de actos ilícitos o gravemente negligentes cometidos por sus empleados en el ámbito de sus funciones (ver Corte Suprema de Estados Unidos en los casos "Louis Pizitz Dry Goods Co., Inc. v. Yeldell" 274 US 112, 114 (1927), "Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip" 499 US 1, 14 (1991) y "Exxon Shipping Co. et al. v. Baker et al." 554 US 471 (2008)). Nuestra norma establece la solidaridad legal para quien así actúa y reafirma, indirectamente, la responsabilidad del proveedor al entenderlo también obligado de esa forma.-

e.- Las finalidades de la ley del consumidor.-

e.1.-Las finalidades específicas de los arts. 8 bis y 52 bis.-

La anomalía expuesta entre epígrafe y cuerpo del art. 52 bis es algo más que una discordancia de palabras, algo así como una interpretación basada en la fuerza semántica que se atribuye al epígrafe sobre el contenido de la norma. La relevancia de la denominación del instituto se comprende en la interpretación sistemática con el art. 8 bis que permite despejar las dudas, además, en torno a la relación entre las dos primeras frases del art. 52 bis. Cuando se considera la relación inequívocamente existente entre la idea de "daño punitivo" con la ejemplificación del art. 8 bis puede verse que se busca desalentar conductas humillantes, fraudulentas o discriminatorias respecto del consumidor en una relación de consumo. Con este fin se impone una multa civil que tiene un tope y cuyo fin es castigar a los proveedores que desarrollan estas conductas al incumplir obligaciones legales o contractuales y disuadirlos de la comisión de ellas en el futuro.-

e.2.-Las finalidades de la ley.-

El art. 2 del CCCN impone tener en cuenta las finalidades de la ley que son varias en el texto específico de la norma (en el caso ley del consumidor) y múltiples en cuanto se considere también la relación genérica de ellas con el derecho mismo (ver Rosatti, Horacio, El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016, pág. 86 y Racimo Fernando M., "Las definiciones normativas en el Código Civil y Comercial de la Nación", pub. en JA 2015-I, 811, pto. XVIII). Los daños punitivos se han considerado en el Anteproyecto de 1998 con un carácter amplísimo de modo que alcanzaban a todos los derechos individuales y de incidencia colectiva. La previsión del art. 1714 del Anteproyecto era más limitada aunque en

ambas se consideraba el tema de lo subjetivo, de un modo u otro, para hacer aplicable la sanción respectiva. El art. 52 bis tiene claramente una finalidad adicional a la de castigar ciertas conductas humillantes o vejatorias en una relación de consumo. La finalidad en sentido genérico de este tipo de normas se halla en ubicar a la multa civil en el contexto general del "estatuto del consumidor" según lo previsto por el art. 42 de la CN y la específica, el de situarla dentro del sistema previsto por la ley del consumidor distinguiéndola de la multa administrativa del art. 49.- Ha llegado, pues, el momento de recurrir a la intención del legislador.-

f- Intención del legislador

El respaldo hermenéutico en la voluntad del legislador reviste cierta dificultad en la actualidad por la falta de mención expresa de ese método en el art. 2 del CCCN y también, algo irónicamente, cuando se estudia la intención de los redactores en los Fundamentos al Anteproyecto quienes han privilegiado las finalidades objetivas a tal efecto. Por otra parte, se ha cuestionado que esta idea sea aceptable desde un punto de vista lógico (ver, por todos, Waldron, Jeremy, en *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pág. 124 y *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pág. 25). Pero las anomalías evidenciadas en el texto de la ley quizás reflejen la intrusión de esa intención plasmada de un modo incorrecto aunque susceptible de ser precisadas en una interpretación con arreglo a los métodos del art. 2 del CCCN. No parecen haber quedado solamente en el "fuero íntimo" de los autores de la ley las circunstancias que puse de relieve y en su texto se evidencian finalidades objetivas que deben tenerse en cuenta en una interpretación constructiva (ver Borda, Guillermo A., "Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil", LL 64, 838, 840).-

Al presentarse el proyecto a discusión parlamentaria se dijo que este artículo "incorpora al estatuto del consumidor la figura del daño punitivo del derecho anglosajón, consistente en una sanción de multa a favor de aquel cuando ha sido víctima de una conducta disvaliosa del proveedor. Distinta de las demás sanciones impuestas a este en tanto y en cuanto afecta al conjunto social con esa conducta, y distinta también de las indemnizaciones por daños concretos que deba reparar... 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. Acerca de esta multa civil, como también se la llama, se establece la facultad del juez de aplicarla y graduarla conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, estableciendo un tope en tributo al principio de reserva de la ley penal, atento el carácter punitivo del instituto (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 9 de agosto de 2006, Dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia en base al proyecto de ley de la diputada Córdoba, pág. 99). Salta a la vista que el legislador buscaba incorporar ese instituto de origen anglosajón en una calificación que se repite en la exposición del senador Petcoff Naidenoff y en la disidencia de la senadora Negre de Alonso (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la nación del 19 de diciembre de 2007, pág. 49 y sigtes.). Y ello se tuvo en cuenta al menos en dos ocasiones en el mencionado dictamen el requisito de una conducta denominada como "disvaliosa" y en una tercera cuando se advierte que el juez puede aplicarla cuando se dan esas circunstancias conjuntamente con la graduación. Las referencias al cálculo de la ecuación que a menudo despliegan los proveedores en la relación con los consumidores es un elemento más que califica, en caso de duda, a lo se quiso indicar en el debate con la adición de ese tipo de expresión que se vincula también a la afectación que produce en el conjunto social. Son conductas cometidas con cierto desprecio por parte del proveedor y que se estiman como indignantes y, por consiguiente, inaceptables en el marco de

una relación de consumo.-

Todo el debate legislativo evidencia la identificación de la multa civil con una locución típica del derecho anglosajón como son los daños punitivos. Resulta innecesario reseñar los antecedentes del instituto anglosajón de los daños punitivos (ver López Herrera, Edgardo, Los Daños Punitivos, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, págs. 5 a 297). El punto a tener en cuenta en este aspecto es que el criterio diferencial en la creación jurisprudencial de ese instituto no se encontraba simplemente en la aplicación de una multa. Ellos punen ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño en sí mismo (Trigo Represas, Félix A., "Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la Ley 26361", LL del 26-11-09). El método de acrecimiento del common law se originó en la verificación de conductas ultrajantes o humillantes de ciertos deudores que hacía conveniente la imposición de sanciones- que en su cálculo superaban el daño efectivamente causado.-

El préstamo de instituciones foráneas -particularmente en el orden de lo constitucional- puede resultar problemático y más lo es cuando se queda aislado el instituto que se pretende adoptar del ordenamiento jurídico del país tomador. La cuestión no es la recepción de ese tipo de institutos sino ver el modo en que se realiza un uso constructivo de ellos (ver Rosenkrantz, Carlos F. "En contra de los "préstamos" y de otros usos "no autoritativos" del derecho extranjero", Revista de la Universidad de Palermo, año 6 n° 1 (2005) y mi cita en la misma publicación en la nota "En el intervalo...", pto. VI, pág. 22). El legislador pretendió incorporar un instituto anglosajón con deficiente técnica legislativa, aunque es posible determinar que esa intención se plasmó en la forma final de la ley del consumidor en una interpretación sistemática de los arts. 8 bis y 52 bis anunciando al intérprete la necesidad de aplicar un factor de atribución subjetivo propio de ese concepto.-

Puede verse así que la búsqueda en los antecedentes parlamentarios no se asienta en agregar algo -un texto, un fin, una estructura- que no está en el texto sino que lo que las anomalías gramaticales y sistemáticas de la ley se comprenden íntegra y realmente con la lectura de los antecedentes parlamentarios con sustento en consideraciones teleológicas que surgen tanto de la ley misma como del ordenamiento jurídico nacional en general.-

IV. La reescritura de la norma.-

El art. 52 bis se presenta a la doctrina y a la jurisprudencia como defectuoso en una lectura gramatical de su cuerpo por su indeterminación al carecer de un pensamiento completo. Se lo estima realmente como un discurso interrumpido. Y también puede considerárselo impropio en cuanto su relación con el epígrafe evidencia una discordancia poco explicable. El primer defecto de la indeterminación se supera con el examen de la legislación específica (Ley 24240) y general (CN) en su conjunto. La impropiedad, una vez esclarecido el alcance de la expresión, se debe considerar principalmente con una prueba "histórica" en tanto ha de atenderse a la intención del legislador y el instituto a partir del cual se ha elaborado el texto deficientemente plasmado en la norma (ver Savigny, M. F.C. de, Sistema del Derecho Romano Actual, Madrid, Góngora, 1898, t. I, págs. 149 a 166).-

La norma se resuelve en cuanto a su impropiedad mediante la precisión del sentido real del epígrafe y se completa en su determinación mediante la referencia al "daño punitivo" que en su interpretación como concepto jurídico, en su vinculación sistemática con las pautas dadas en el art. 8 bis, en su relación con la intención del legislador y en su distinción con la multa administrativa del art. 47 revela que para la procedencia de la aplicación de este instituto se requiere la culpa grave en el hecho configurado por el incumplimiento de las obligaciones legales

o contractuales.-

Concluida la interpretación del art. 52 bis con los métodos exigidos por el art. 2 del CCCN -gramaticales, teleológicos, sistemáticos- y considerando, además, el evidente préstamo de un instituto del derecho anglosajón reflejado en el examen de la intención de legislador podrá verse, según estimo, que la doctrina y los jueces han hecho algo distinto a reescribir la norma. La han interpretado.-

Esta comprensión por parte de los jueces de esta Cámara Civil respecto al instituto mismo del daño punitivo en cuanto exige, al menos, una culpa grave en el incumplidor es relativamente uniforme. Mediante diversas expresiones que se unifican en un criterio basado en la conducta del incumplidor muchas salas de este Tribunal han convergido en este recaudo para la aplicación de la multa civil del art. 52 bis (ver CNCivil Sala B, c. 14013/14 "A., J. M. c. Banco Itau Argentina S.A. y otro s. Habeas Data" del 19-6-14 (conducta grave o grosera negligencia); CNCivil Sala B, c. B., M. S. y otro c. S., N. J. s. daños y perjuicios" del 7-2-14 (dolo o culpa grave); CNCivil Sala C, c. 300.325 "G., R. A. c. Plusmar SA s. daños y perjuicios" del 10-7-12 (menoscabo al derecho del consumidor por no proporcionarle un trato digno); CNCivil Sala C, c. 28.805/12 "I. M., R. c. C. S., J. y otros s. daños y perjuicios" del 4-12-14 (conducta grave o grosera negligencia); CNCivil Sala D, c. 39.750/13 "S., C. c. Valmed Organización Médica del Instituto Panamericano de Salud S.A. s. daños y perjuicios" del 8-6-15 (graves inconductas); CNCiv., Sala E, "P., H. D. y otro c. Coviare S.A. s/daños y perjuicios" del 15-11-12 (supuestos de particular gravedad); CNCivil Sala G, c. "C. P., M. c. Bank Boston NA s. daños y perjuicios" del 18-11-09 (graves inconductas); CNCivil Sala G, c. 99.192/11 "G., L. B. c. C.A.S.L.A. s. daños y perjuicios" del 27-4-15 (menosprecio grave); CNCivil Sala H, c. 606.945 "S. M., M. L. c. Telecentro S.A. s. daños y perjuicios" del 10-12-12 (culpa grave); CNCivil Sala H, c. 35.876/14 "P., D. N. c. General Paz Hotel S.A. s. daños y perjuicios" del 16-12-16 (hechos graves configurativos de dolo); CNCiv. Sala I, c. 90.611/10 "Colonia S.A. c. Banco Comafi S.A. s. daños y perjuicios" del 11-3-14 (circunstancias de gravedad); CNCivil Sala J, "C. J. O. c. Banca Nazionale del Lavoro y otros" del 26-8-11 (supuestos de particular gravedad); CNCivil Sala K, c. 3.264/10 "A., J. J. c. Empresa General Urquiza S.R.L. s. daños y perjuicios" del 8-10-15 (culpa grave); CNCivil Sala K, c.13.926-09 "P., O. R. c. Cienfuegos S.A. y otro s. daños y perjuicios" del 4-5-17 (grave incumplimiento); CNCivil Sala K, c. 2.484/12 "D. C., J. M. y otros c. Galeno Argentina S.A. s. daños y perjuicios" del 25-11-16 (conducta grave); CNCivil Sala L, c. "S., K. P. c. Confira S.A. s/daños y perjuicios" del 15-11-12, L. L. Online AR/JUR/69382/2012 (graves inconductas); CNCivil Sala M, c. "M., I. y otros c. Santa Salud S.A. y otro s/ daños y perjuicios" del 18-10-16 (conducta desaprensiva e irresponsable). El contenido del instituto adoptado se tiene incluso en cuenta aunque no se aplique la norma por razones temporales en tanto se lo denomina "daño punitivo" requiriéndose el factor agravado que exige de una conducta "extra" para su aplicación que se aparte gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente (ver CNCiv., Sala F, c. 526.897 del 18/11/2009 en autos "C. P., M. c. Bank Boston NA s/ daños y perjuicios", LL 2010-A, 203, las comillas son del original). Y también se ha considerado que la negativa a realizar estudios médicos a un discapacitado supone la comprobación de una "conducta disvaliosa" con un propósito deliberado de obtener un rédito con total desprecio de la integridad o dignidad del consumidor (CNCom., Sala B, "G. I., T. c. Swiss Medical S.A. s/ordinario" del 18-5-16, RCyS 2016-XI, 89).-

A partir de ciertos lazos de contención, algunos explícitos como su aplicación restringida al derecho del consumidor, la referencia a ciertas conductas y el tope legal y otro implícito como la restricción del art. 52 bis de la idea de reincidencia, los jueces han elaborado pautas de aplicación

de los daños punitivos, aun en casos en que lo estipule la ley de modo indirecto, a ciertos estándares parecidos a los establecidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos (ver Racimo, Fernando M., "En el intervalo..." pto. VI, pág. 37). Y esto es lo que antes o después de esa norma ha considerado la doctrina como el supuesto de procedencia de aplicación de la norma (ver Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en Kemelmajer de Carlucci, Aída-Parellada, Carlos A., "Derecho de Daños", segunda parte, ed. Ediciones La Rocca, 1993, pág. 336; Molina Sandoval, Carlos A., "Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación", ED, 205-997; Padilla, René A., "Responsabilidad civil por mora", ed. Astrea, 1996, págs. 173/174; Álvarez Larrondo, Federico M., "Los daños punitivos", LL 2000-A, 1111; Cornet, Manuel - Rubio, Gabriel A., "Daños punitivos", en Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales, volumen III, Córdoba, ed. Alveroni, 1997, pág. 32; Martinotti, Diego F., "Los daños punitivos en el Proyecto de Cód. Civil de 1998", LL 2001-F, 1317; Brun, Carlos A., "¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador... (Especial referencia a los llamados daños punitivos)", DJ, 2004-3-1228; Kamada, Luis E., "Daños punitivos y la prevención del daño ambiental", DJ, del 31/01/2007; Zavala de González, Matilde, "Actuaciones por daños", Buenos Aires, ed. Hammurabi, 2004, pág. 332; Zavala de González, Matilde - González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto J. - Kemelmajer de Carlucci, Aída (Directores), "Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini", ed. Abeledo-Perrot, 1997, pág. 190; Colombres, Fernando M., "Daño Punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa", DJ 19-10-2011, 1; Nallar, Florencia, "Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", LL 2009-D, 96).- Se configura así un instituto que al ser examinado con los mencionados métodos revela que para su aplicación se exige que el proveedor haya desarrollado una conducta de incumplimiento que se aparta de los niveles de precaución deseables socialmente y que ubica al consumidor en situaciones que de humillación, discriminación o intimidación incompatibles con el trato digno que exige el art. 42 de la CN.-

V. La constitucionalidad de la multa civil.-

El Dr. Picasso en anteriores trabajos citados en su voto (ver especialmente "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", DCCyE 2012 (octubre) 82 y Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, Buenos Aires, L. L., t. I, pág. 593 y sigtes.) distinguía dos razones distintas para la declaración de la inconstitucionalidad de la imposición de daños punitivos según el art. 18 de la CN. La primera se centraba en la figura misma del instituto en tanto busca causar un mal al responsable con fines de castigo y prevención general con lo cual tiene "la naturaleza de una pena". La segunda razón -claramente vinculada con el deficiente texto del art. 52 bis- se sustentaba en la falta de descripción de lo subjetivo de la conducta para la imposición de un castigo calificado de penal aunque el legislador lo incluyera en un cuerpo de derecho privado.-

Los daños punitivos pueden considerarse como un instituto cuasi-penal. De ello no se sigue que la multa civil -por el hecho solo de castigar a una persona en el marco del derecho privado- cumpla todas las funciones del derecho penal y exija en su consideración y en su elaboración todas las garantías de ese derecho. La declaración de inconstitucionalidad dependerá del examen de los rasgos específicos que el legislador le ha dado al instituto concreto con el objeto de determinar si se encuentran o no fuera del marco del art. 18 de la CN.-

La referencia a la imposición de una sanción que va más allá del resarcimiento como criterio decisivo para la declaración de la inconstitucionalidad podría tener sentido si se trasgredieran los

principios sentados por el art. 18 de la CN. Cuando se impone una pena sin factor de atribución subjetivo por un simple incumplimiento objetivo podría admitirse ese criterio. Ello no ocurre cuando la interpretación sistemática de la norma revela que solo ante el despliegue de conductas humillantes, indignantes o fraudulentas se puede aplicar la multa civil. Con este criterio el planteo de inconstitucionalidad queda limitado a una veda teórica para que en el derecho privado se impongan este tipo de sanciones.-

Estimo que en este criterio se omite considerar, por un lado, la relación inequívoca entre el texto de la Ley 24240 con el art. 42 de la CN que impone considerar especialmente a la relación de consumo y obliga al Estado a tomar en cuenta la asimetría entre proveedores y consumidores. Por otra parte, implica asumir que existe una identidad entre los tipos penales y la norma de la multa civil la cual, como se verá, no se presenta al examinarse las peculiaridades de los arts. 8 bis y 52 bis. Los rasgos que distinguen a los daños punitivos del sistema del derecho penal son tantos que ese criterio que parece central en su enunciación se convierte en periférico en su concreción cuando se inserta este instituto dentro del marco del derecho privado en general y de la relación de consumo en particular.-

Comparto algunos de los planteos efectuados en el voto del Dr. Picasso. Si la función del derecho criminal es de una clase cuya función es alcanzar la justicia retributiva, entonces el derecho de los daños punitivos en el "derecho de daños" ("in torts") puede entenderse como parte, en lo teórico, del derecho penal en tanto esos daños sirven a un propósito de castigo (Moore, Michael. S., *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pág. 22; *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 20 y 95 y Atria, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 146). Entiendo, sin embargo, que la situación es algo más compleja que el de una simple correlación teórica de clases en lo funcional o de planteos de justicia retributiva en abstracto incluso atendiendo a otros fines utilitaristas con una mirada disuasoria del derecho penal (ver Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1998, pág. 253).-

Veamos, en primer lugar, que de las características del derecho penal, al menos considerado como justicia retributiva, es que quienquiera sea declarado culpable de un delito debe ser castigado por él (Braithwaite, John y Pettit, Philip, *No sólo su merecido. Por una justicia que vaya más allá del castigo*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2015, pág. 52). El art. 52 bis -a modo de normas similares del derecho civil como ocurría con el art. 522 del Código Civil- otorga al juez esa facultad no en protección exclusiva de un interés público -como podría ser inclusive el caso de los impuestos- sino de un interés como es la dignidad del consumidor y a pedido de estos y, es de suponer, cuando se ha demostrado la presencia de un daño proveniente del incumplimiento. Ni siquiera se acerca al grado más cercano a lo imperativo del art. 693 del CCCN. El reproche acerca los daños punitivos al derecho penal -a diferencia del caso de los impuestos- pero la concreción del instituto en nuestro derecho del consumidor y el carácter facultativo lo alejan del derecho criminal.-

La sanción tiene, desde luego, rasgos vinculados al tipo retributivo relacionado con el derecho penal y es por ello precisamente que se impuso el tope en el art. 52 bis. Pero aunque el fundamento pueda estar relacionado con el derecho penal, es claro, por otra parte, que se trata de un tope -y no de un rango- de multa establecido con carácter facultativo por el juez dentro de un contexto referente al daño punitivo para evitar la imposición de castigos exorbitantes.-

La finalidad de este tipo de institutos está más claro en nuestro derecho donde se parte de una

situación de asimetría entre proveedor y consumidor y se busca evitar que el primero realice ecuaciones sobre posibles menoscabos en perjuicio del segundo considerando que el resarcimiento que se establezca no resultará un impedimento para la comisión de ese tipo de conductas. El sustento de este tipo de sanciones tiene un origen inmediato en el art. 42 de la CN como surge de la lectura antes realizada del art. 8 bis de la Ley 24240. Suponer que es posible el empleo del derecho penal para evitar esta clase de conductas lleva a una exageración en lo punitivo que afectaría todo el ordenamiento jurídico. Por otro lado, estimo que resulta conveniente aplicar estos mecanismos -con factores de atribución agravado, topes y eventualmente mediante la desestimación del concepto de reincidencia- para el tipo de conductas intersticiales que desarrollan los proveedores en perjuicio de los consumidores. Tal es la finalidad que resulta especialmente del art. 8 bis en referencia a las conductas reprochables -particularmente el caso de las vejatorias- en el medio social para las cuales sería excesivo imponer tipos penales. Saben los proveedores que no serán castigados por el derecho penal, saben que el resarcimiento que obtenga el consumidor puede ser particularmente irrelevante en relación a las conductas que despliegan y saben que el derecho administrativo resultará insuficiente como herramienta de control para evitar este tipo de daños a la dignidad del consumidor. De ahí que la multa civil pueda considerarse como un instituto con funciones similares a las del derecho penal por la imposición de un castigo, aunque sea en concreto un recurso para alcanzar algunos de los fines tutelares del art. 42 de la CN en un contexto de protección al consumidor que, en ocasiones, no se encuentra satisfecho simplemente por el resarcimiento por el daño causado.-

El núcleo de esta distinción en el derecho francés -ejemplo del concepto de reparación integral que se cita como relevante- no se revela tan claro cuando se examina la materia de los daños punitivos o eventualmente la figura de la falta lucrativa en la cual se quita al demandado el resultado de su conducta ilícita. Autores muy reconocidos en ese país plantean la conveniencia de la incorporación de este tipo de institutos en supuestos restringidos y con características parecidas a la delimitación de la multa civil antes expuesta. Me detendré en cuestiones relacionadas con el "Proyecto Catala" que tenía, entre otros objetivos, introducir los daños punitivos en el ordenamiento jurídico de Francia (ver Picasso, Ley de Defensa del Consumidor..., pág. 591). Se presentaron en los últimos años tres proyectos; el mencionado de Catala (2005), el Proyecto Béteille con el informe de los senadores Béteille y Anziani (2010) y el Proyecto Terré (2011). Se trata de perspectivas distintas; los dos primeros basados fundamentalmente en la idea de faltas lucrativas y el último relacionado con la trasgresión a la dignidad y a la privacidad de las personas. Me detendré en el informe de los senadores Alain Anziani y Laurent Béteille al resultar particularmente ilustrativo sobre algunos temas (ver Reporte de la comisión de legislación del Senado de Francia n° 558 del 15 de julio de 2009 en <https://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>).

Lo primero que hay que señalar es que estos senadores se pronunciaron en contra del proyecto Catala en el cual se sugería una disposición de alcance general autorizando ampliamente la posibilidad de dictar fallos por daños punitivos. Geneviève Viney explicaba en la exposición de motivos del proyecto Catala en referencia al propuesto art. 1372 que el fin de esta disposición era "abrir prudentemente la vía al otorgamiento de daños punitivos (pág. 88; ver también las críticas de esta autora al informe y el sólido respaldo a los daños punitivos en "Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile", Recueil Dalloz 2009, 24-12-09, pág. 2944). Sin embargo, los senadores afirmaron que este criterio amplio era criticado incluso por aquellos que aceptaban este instituto con reservas principalmente por el ámbito demasiado extenso

establecido para la concesión de daños punitivos y por la ausencia de un marco suficiente para limitar el poder reconocido al juez.-

Con esta mirada restrictiva reseñada en el informe, los juristas François Terré, Patrice Jourdain y Fabrice Leduc postulaban la imposición de daños punitivos en las hipótesis de faltas lucrativas (pág. 90). Otros -Matthieu Poumarède y Philippe Brun- sugerían restringirlos a las materias de derecho ambiental y de la personalidad (pág. 94). La cuestión de los topes -sobre la que hice hincapié- fue planteada como un requisito conveniente por Alain Bénabent, Leduc y Poumarède (pág. 95). Los senadores señalaban que correspondía prever la recepción de los daños punitivos con prioridad a la víctima ya que, según sostenían, es de la naturaleza de este instituto que se beneficie, al menos en parte, a ésta (págs. 98 y 99).-

Denis Mazeaud precisó según ese informe que el derecho de la responsabilidad civil contiene aspectos punitivos que se expresan a través de la cláusula penal (ver pág. 80). La legislación de falsificación en el ámbito civil (Ley nº 2007-1544 del 29-10-07) permite al juez, al fijar la indemnización, considerar, además del daño moral, los beneficios obtenidos por el falsificador (pág. 82 y ver también lo dicho por este autor favorable a los daños y perjuicios punitivos en "Los proyectos de reforma del derecho francés de la responsabilidad civil", RCyS 2016-I, 5, pto. 23). Los senadores proponían, en definitiva, autorizar la imposición de daños punitivos en casos de faltas lucrativas en ciertos litigios específicos, asignados con prioridad a la víctima y, en una parte definida por el juez, a un fondo de indemnización o, en su defecto, al Tesoro público, y cuyo monto debería ser fijado en función de aquel de los daños compensatorios.-

Con esta breve recorrida se advierte que existe alguna legislación civil en Francia que no se adhiere a la teoría de la reparación integral además de que relevantes juristas consideran, con algunas restricciones, que la imposición de daños punitivos sería admisible para la protección de cierto tipo de derechos (privacidad, derechos ambientales) o para castigar al demandado en el caso de las denominadas faltas lucrativas (ver sobre la doctrina en este punto, Mahé, Chantal B. P., "Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code" en *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out...*, Cambridge, Meurkens & Nordin, 2012, pág. 259 y sigtes.). Se ha dicho en este sentido, además de admitirse como realidad en el derecho francés la admisión de los daños punitivos, que a la invocada contradicción con el principio de la reparación integral se puede responder que los "principios" jurídicos son hechos para servir a la justicia y no a la inversa. Cuando un principio revela su insuficiencia, se lo debe criticar o descartar en el caso en que su aplicación conduce a resultados inadecuados (Viney, ob. cit., págs. 2945 y 2947; las comillas son del original). Ninguno de estos proyectos ha recibido hasta ahora aprobación, aunque, como se ve, la creencia en el dogma de la reparación integral se encuentra algo horadado según revela la posición de estos autores que elaboraron o dieron su respaldo a la introducción, amplia o restringida, de los daños punitivos.-

Por ello, la afectación en lo constitucional cuando se despeja el tema de la aplicación de sanciones por simples incumplimientos objetivos se remite, finalmente, en un deslinde teórico entre lo civil y lo penal cuando es claro que en nuestro ordenamiento jurídico tal división no se presenta en la realidad con contornos tan definitivos. Las sanciones que van más allá del resarcimiento o de la restitución al estado anterior son más comunes de lo que habitualmente se piensa en una lectura del sistema jurídico integral (ver Nallar, Florencia, *Daños punitivos*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2016, pág. 249). Existe un conjunto de institutos que imponen sanciones dentro del marco extra-penal que no suponen restricción de la libertad y en las cuales se encuentra debidamente protegido el derecho constitucional de defensa del demandado. Se han

señalado así, entre otros, a los arts. 54 y 133 de la Ley 19550, los arts. 80 y 245 de la LCT y el art. 666 bis del CC (ver Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Los daños punitivos en la Argentina, Buenos Aires, Errepar, 2009, pág. 154 y sigtes.). El recientemente sancionado art. 693 del CCCN es todavía más incompatible con la alegada división existente entre ambos derechos. Se establece un caso de incumplimiento de la realización de inventario y determinación de los bienes de un hijo menor en el supuesto de fallecimiento del progenitor bajo pena de una multa pecuniaria a ser fijada por el juez a solicitud de parte interesada. Podrá verse aquí que se trata de una multa que es calificada de modo auténtico como pena por el legislador, que no contiene en su enunciación en el art. 693 referencia alguna a factor de atribución subjetivo, que no se establece a favor de terceros, que no se subordina, al parecer, a un criterio discrecional del juez, que carece de tope, que se aplica, al menos en lo literal, automáticamente a su sola solicitud y en protección de un interés relacionado con la situación desaventajada de los menores en este tipo de situaciones.-

Me detendré en el tema de la cláusula penal. Desde luego que se la puede calificar como una convención anticipada del daño. El punto es que, de modo similar a lo que ocurre con el daño punitivo, lo esencial en este caso es que ese "resarcimiento" se prevé en concreto como superior a una indemnización del daño; las partes reconocen a la cláusula penal precisamente porque es una sanción en muchos casos y no un resarcimiento a la cual se la denomina precisamente como pena o multa (ver arts. 655 y 656 del CC y 794 del CCCN). Su finalidad es el castigo de esa conducta incumplidora y la disuasión para que no la lleve a cabo. Y a diferencia del art. 52 bis no se exige culpa grave en este incumplimiento de una obligación contractual. La prueba de la inexistencia de perjuicio alguno no releva al acreedor de su percepción y la facultad judicial de reducción -no de aumento- dependerá de la falta de correlación con la "gravedad de la falta".-

Si fuera simplemente una convención anticipada desligada de la pena y la gravedad de la conducta el juez solo podría restringirla por la demostración de vicios del consentimiento. El CC creaba un sistema de topes a la pena bajo arbitrio judicial no tipificado en el art. 52 bis. Es precisamente porque no se trataba de una convención anticipada del daño que el juez puede intervenir al entenderse que en esta multa se pueden crear anticipadamente penas excesivas. El carácter retributivo de la cláusula penal -la imposición de un monto desproporcionado con "la gravedad de la falta que sancionan"- es el criterio relevante para el juez. El castigo, en la perspectiva retribucionista, no debe tener un grado mayor al proporcional a la naturaleza del delito y la culpabilidad del delincuente (ver Braithwaite y Pettit, ob. y lug. cit.). La razón por la cual se permite al juez la reducción se desliga de un cálculo no equitativo o de un vicio eventual del consentimiento; es un sistema de topes post facto atribuido al arbitrio del juez que se basa en un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor. El cierre de la norma no supone la desaparición del sistema de sanciones. El juez solo restringe el monto de la pena porque es excesiva y no porque es pena. Lo abusivo solo restringe la pena, no la excluye. Lo abusivo se refiere a la graduación y no a la procedencia que operaba, además, independientemente de la acreditación de un factor agravado como podría haber sido el art. 506 del CC.-

En todo caso, la cláusula penal cumple una función ambivalente. No es solo una indemnización sino que también está la de pena con la idea de presión psicológica sobre el deudor, antes del incumplimiento, y castigo cuando este se ha operado. La pena supone siempre algo más que la indemnización y en este sentido de lege lata nuestro ordenamiento cumple esas dos funciones (ver el detallado estudio del tema en Kemelmajer de Carlucci, Aída, La cláusula penal, Buenos Aires, Depalma, 1981, págs. 1 a 12). Y así también se la considera tanto en la sección correspondiente del CCCN como en los Fundamentos del Anteproyecto donde se la denomina

como la sujeción del deudor a "una pena o multa" en caso de retardar o de no ejecutar la obligación.-

El deudor sabe -como se lo anticipa el art. 52 bis al proveedor- que el incumplimiento de su obligación cuando desarrolla ciertas conductas genera una "pena o multa" superior al daño, que esa sanción opera con la finalidad de castigarlo a la vez que la de proteger el derecho constitucional del usuario, que la relación entre pena y gravedad de la falta es justamente el canon que emplea el juez en la restricción del monto de la cláusula penal y conoce, de modo similar a lo que ocurre con la ley del consumidor, cuál es el tope -concreto aunque no definitivo en uno y dentro de un rango de montos concretos en otro- que deberá pagar en su caso.-

La consideración en cuanto a la tipicidad en la conducta y el agravio causado a un incumplidor vale solo en proporción al modo en que las normas en concreto han sido elaboradas por el legislador. La impugnación constitucional se sostiene cuanto más se acerque la norma en concreto, no una norma interpretada aisladamente, a las normas del derecho penal y al alcance restrictivo que este derecho tiene en la sociedad moderna. Si el carácter punitivo y disuasivo se diluye en correspondencia con el trato digno que merece un consumidor que ha sido afectado personalmente por una conducta "disvaliosa" del proveedor, si la supuesta pena mira especialmente a la humillación o al engaño en que se ubica al consumidor, si al juez no se le impone la fijación de la pena sino que se lo faculta a ello en apartamiento a las reglas propias del sistema penal y a instancia privada en protección de derechos individuales, si se considera la gravedad del incumplimiento y no es este por sí solo, si el instituto se asimila en cuanto multa a otros institutos del derecho civil además con un tope legal anticipado, si se crea un régimen subjetivo y excepcional dentro de la Ley 24240 respecto del objetivo propio de la responsabilidad en la relación de consumo, creo que se verá, en definitiva, que la justicia retributiva propia que puede tener sentido en la definición de un daño punitivo en abstracto se pierde en la construcción de la figura del daño punitivo (multa civil) en la norma concreta, lo que queda es poco de lo penal y mucho del derecho privado basado en la relación de consumo.-

Tampoco estimo que sean relevantes en orden a la crítica del instituto planteos relacionados con el enriquecimiento sin causa del consumidor o la aleatoriedad en la obtención de una multa civil cuando existen varios posibles damnificados.-

La aleatoriedad que se presenta en la condena por daños punitivos -algunos obtienen mucho y otros nada- caracteriza a aquellos ordenamientos jurídicos que tienen en cuenta la falta como conducta culpable que no opera, en cambio, en aquellos que asignan las indemnizaciones sin ese factor y con topes o mediante sistemas distributivos como el de accidentes de Nueva Zelanda (Atiyah, P. S., *The Damages Lottery*, Oxford, 1997, págs. 32, 96, y 173 y sigtes. y Cane, Peter, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 7ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pág. 461 y sigtes.). Esta aleatoriedad es propia de un sistema judicial, en primer lugar, y particularmente en aquel en el cual se considera, además, como factor relevante de atribución de responsabilidad la prueba de la conducta culpable. Desde esta perspectiva, el punto no es la diferencia entre la aleatoriedad del sistema compensatorio y la de los daños punitivos sino la de ambos con otros métodos que no incurrirían en estos defectos que no se presentarían supuestamente con políticas basadas en el bienestar social (ver Cane, ob. cit., pág. 472). El segundo grado de aleatoriedad tal vez se refiere a la suerte de aquel que demanda en primer lugar por un hecho en el cual resulta damnificado frente a otros eventuales usuarios que no llegaron a obtener sentencia en tal sentido. Se trata posiblemente de un defecto de la ley. Y es quizás el problema más acuciante en la actualidad en el ámbito de los daños punitivos del sistema

norteamericano (ver Nezar, Amir "Reconciling Punitive Damages with Tort's Law Normative Framework", 121 The Yale Law Journal, 678, 702 (2011) y Gash, Jim "The end of an era: the Supreme Court (finally) butts out of punitive damages for good", 63 Florida Law Review 525, 551 (2011) y sus citas). Empero, esta dificultad en lo teórico no implica descartar la aplicación de la multa civil cuando se trata de un patrón de inconductas humillantes o vejatorias respecto del mismo consumidor expuestas en el juicio. Ello, además, sin considerar lo ya reseñado en cuanto a que de los arts. 8 bis y 52 bis no surge, en mi interpretación personal, que se imponga necesariamente al juez considerar las pautas de reincidencia que se indican a la autoridad administrativa para la imposición de las sanciones del art. 47. Claramente este problema de los castigos múltiples no alcanza en lo teórico a la admisión o no de la multa civil en cuanto existe la posibilidad de un afectado singular ni en la práctica a OSDE quien no alegó esta circunstancia en el memorial de agravios, lo cual resulta obvio en tanto se trata de una conducta que se ha desplegado exclusivamente sobre M. S. M. y M. C. R. no otras personas. No juega en este caso este tipo eventual de alegaciones para evidenciar la inconstitucionalidad de daños punitivos.- Parece, pues, razonable en este contexto que la multa civil sea adjudicada a las personas que así lo pidieron en juicio en tanto se encuentre debidamente justificado. Creo que además de esta razón se le puede adicionar otra con una perspectiva consecuencialista en tanto se trata de un incentivo para evitar además que el proveedor adopte ese tipo de conductas en el futuro. La situación es distinta a la aplicación de este instituto para trasgresión de derechos de incidencia colectiva en cuyo caso puede entenderse inadmisibles que una persona se atribuya de un modo exclusivo lo que es, por su naturaleza, imposible de ser dividido (ver Fundamentos en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, L. L., 2012, pág. 567).-

Sería realmente injusto que la actora después de haber reclamado en el juicio de insania y mediante otros procedimientos como indica con detalle y precisión el Dr. Molteni y luego finalmente de haber llevado bajo su carga y riesgo y a su costa un proceso contra una empresa durante más de seis años viera que esa multa -con la cual se sanciona una inconducta a su respecto y en relación a su hijo discapacitado- se dirigiera a alguna institución o al Estado para que se decidiera qué hacer con el fruto de sus trabajos en ambos expedientes. Lo individual de la conducta analizada (hecho) y del caso es lo que me lleva a descartar que el modo en que ha sido elaborado el art. 52 bis pueda considerarse como falto de razonabilidad.-

VI. El examen de constitucionalidad del art. 52 bis.-

El art. 52 bis castiga al proveedor que incumple en una relación de consumo por incumplimiento de obligaciones contractuales o legales con culpa grave o dolo con la imposición de una multa civil a favor de un consumidor que debe ser también damnificado y que el juez gradúa teniendo en cuenta la gravedad del hecho y las circunstancias del caso y que no puede superar el monto de \$ 5.000.000. A ello se puede adicionar que se trata del examen de la conducta específicamente desplegada -sea en un acto individual, sea en un patrón- por el proveedor frente al consumidor sin que la norma aluda a la consideración de otros hechos de incumplimiento a otros usuarios o al factor de reincidencia.-

El art. 1, primera frase, del CCCN impone al juez realizar una interpretación "conforme" con la CN y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. La norma es evidentemente errónea y lo que corresponde es también considerar el resto de los tratados (conf. art. 31, y 75, inc. 22, primer párrafo) si se ha querido dar primacía a lo supralegal o eventualmente a los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional si se considera a estos dentro de la interpretación constitucional que se propone (Racimo, Fernando M., "Las definiciones normativas

en el Código Civil y Comercial de la Nación", JA 2015-I, 811y García Lema, Alberto M.

"Interpretación de la Constitución reformada y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" en Estudios Constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2016, t. I, pág. 95). Fuera de estas disquisiciones y atento el carácter del caso me centraré en el texto de la CN a tales fines.-

El juez debe optar por aquella interpretación bajo la cual la norma identificada es compatible con la Constitución y rechazar aquellas interpretaciones que conducen a una integración incongruente entre ambos textos. Esta es la doctrina de la llamada interpretación de la ley "conforme" con la constitución que es seguida por el concepto del principio de la deferencia hacia el legislador democrático. El juez -en este caso cualquier juez según nuestro sistema de control difuso de constitucionalidad- está obligado a realizar esta selección entre interpretaciones y eventualmente a deferir la solución a la adoptada por el legislador. Se trata de una interpretación basada en la adecuación entre fuentes de distinta jerarquía (Ver García de Enterría, Eduardo, La constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1985, pág. 95; Ferreres Comellas, Víctor, Justicia constitucional y democracia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág. 37; Bidart Campos, Germán, Teoría general de los derechos humanos, Buenos Aires, Astrea, 1991; Zippelius, Reinhold, Introduction to German Legal Methods, Durham N.C., Carolina Academic Press, 2008, pág. 57; Hesse, Konrad, Escritos de Derecho Constitucional (selección), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 53 y también los comentarios sobre este tipo de interpretación en Cárdenas Gracia, Jaime, "Los principios y su impacto en la interpretación constitucional", pág. 274; Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional", pág. 565; Fernández Segado, Francisco "Reflexiones en torno a la interpretación de la constitución", pág. 517; Guastini, Ricardo, "Peculiaridades de la interpretación constitucional", pág. 655; Landa, César, "Teorías de la interpretación constitucional", pág. 745, Zaldívar Lelo de Larrea, "Breves notas sobre la naturaleza de la interpretación constitucional", pág. 1417 y especialmente en los textos de Brage Camazano, Joaquín, "Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (Un sucinto inventario de algunas sentencias "atípicas")", pág. 167 y en el de Häberle, Peter, "Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas" pág. 696 donde se la incluye como uno de los principios de la interpretación constitucional; trabajos todos estos publicados en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), Interpretación constitucional, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I y II).- Se impone al juez encontrar si alguna de las interpretaciones que puedan surgir del empleo de los métodos del art. 2 del CCCN resulta admisible de las cláusulas de la CN que, a su vez, deben ser interpretadas en este doble juego de interpretación legal y constitucional y eventualmente de control de convencionalidad (para la necesidad de la interpretación constitucional ver Zippelius, ob. y lug. cit. y para la convencionalidad ver las consideraciones de Aquino Britos, Mario, "La interpretación "conforme" del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional", pág. 49; Giménez, Héctor A, "Interpretación conforme y principio pro homine en el Control de convencionalidad", pág. 281 en Midón, Mario A.R., (dir.), Derechos humanos y control de convencionalidad, Resistencia, Con-Texto Libros, 2016) y particularmente, según se sostiene en los Fundamentos en el comentario a la mejor versión del anterior art. 1, evitándose las declaraciones de inconstitucionalidad, mediante el criterio de la ultima ratio, cuando es posible encontrar una interpretación posible de la ley que resista ese tipo de cuestionamientos (ver CSJN en Fallos: 312:72; 322:842 y 328:1416 y causa "Erskis, Gerardo Alberto c. Clínica Estrada S.A. y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux." del 27/12/2016, LL 2017-A, 546).-

No debe, pues, solo tenerse en cuenta el art. 18 de la CN sino también el art. 42 y particularmente el hecho de que se procura con la inclusión de las sanciones de la Ley 26361 la protección de la dignidad del consumidor (ver art. 8 bis de la Ley 24240). Pero el texto del art. 1 tiene una segunda frase -algo ambigua en verdad (ver Garay, Alberto F., "El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados", RCCyC 2015 (agosto), 25, pto. III), pero que en su sentido más apropiado significa que en esta tarea de interpretación "conforme" el juez debe tener en cuenta la finalidad de la norma entendida esta como ley más que como constitución en tanto resultaría difícil aceptar que una ley dé lecciones de hermenéutica constitucional cuando la misma CN no suministra pautas al efecto. El caso es que la ley sugiere dar valor a este método teleológico cuando se interpreta una ley en la interpretación "conforme" para comprobar si precisamente resiste los cuestionamientos de orden constitucional. La inteligencia de las leyes debe tener en cuenta el contexto general y los fines que la informan y, a ese objeto, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del Legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma (Fallos: 308:2246 y 327:1507).-

La jurisprudencia de esta Cámara refleja el intento de salvar a una norma defectuosamente redactada con una interpretación razonable mediante los métodos que autoriza el legislador (arts. 2 y 3 del CCCN). Esta interpretación se ha basado tanto en los principios hermenéuticos establecidos por el CCCN -las lecturas gramatical y sistemática, las finalidades de la ley y la búsqueda de coherencia con el ordenamiento- como en pautas hermenéuticas habitualmente aceptadas como la atención a cuestiones de técnica legislativa y de intención del legislador. Todo ello conduce, según estimo, a entender que se llega a una interpretación razonable de la norma adecuada a los principios del derecho privado y en resguardo de derechos constitucionales (ver también Stiglitz, Gabriel A., "Indemnizaciones punitivas. Consumidores y ciudadanía", RCyS 2014-VII, 7 y Hernández, Carlos A., y Frustragli, Sandra A., "Decisión judicial sobre daños punitivos", LL 2014-C, 49).-

De acuerdo con esta inteligencia del art. 52 bis que lo vincula tanto con el resto de la Ley 24240 como con la relevante introducción de la protección al consumidor exigida al legislador por el art. 42 de la CN no encuentro que existan los mencionados óbices de orden constitucional cuando se considera que la multa civil solo resulta aplicable en aquellos supuestos de conductas de gravedad desplegadas en el incumplimiento legal o contractual en una relación de consumo.-

VII. La constitucionalidad del art. 8 bis.-

El juez de primera instancia examinó la conducta desplegada por OSDE respecto de una persona discapacitada y su madre. Le ha atribuido a la demandada conductas discriminatorias contra la mujer que estimó análogas a las situaciones descriptas en la Ley 26845. Encuentro justificada la crítica de la demandada en este aspecto de modo que no estimo que se haya presentado ese tipo de discriminación en este caso. La cuestión es, sin embargo, que -como se ha indicado en el fallo recurrido- la conducta del proveedor ha colocado a R. y a M. en situaciones vergonzantes y vejatorias respecto de la obligación de trato digno impuesta por el art. 8 bis.-

Ahora bien, el planteo de inconstitucionalidad se sostiene en gran parte en una lectura del art. 52 bis de la cual surge que no se requeriría ningún factor subjetivo de atribución con lo cual resultaría inadmisibles admitir una multa civil impuesta sobre la base de factores objetivos con lo cual el tipo previsto por esa norma es hasta tal punto abierto que resulta crasamente inconstitucional.-

Quizás pueda afirmarse esto del defectuoso art. 52 bis -en crítica que no comparto-, pero

difícilmente quepa predicar esta indeterminación respecto de las conductas tipificadas en lo subjetivo que se exigen en el art. 8 bis para la aplicación de la multa civil que fueron las consideradas en el fallo como requisito de procedencia de aplicación de ese instituto. El punto es que el texto del art. 8 bis basta en cuanto a la descripción de las conductas exigidas que aparecen similares a las contempladas en el instituto anglosajón y solo remite al art. 52 bis desde la ejemplificación que allí se hace a la norma general. El preciso voto del Dr. Molteni desarrolla justamente tal tema, esto es, el castigo a la demandada por la especial gravedad de los incumplimiento de OSDE en claro encuadramiento de la tipificación efectuada por el art. 8 bis de la ley del consumidor. Se condena a OSDE con una multa civil por haber incurrido en los tipos de orden subjetivo que resultan de las conductas del art. 8 bis. No es el caso de un incumplimiento objetivo al que se la aplica una norma supuestamente indeterminada como el art. 52 bis, sino el de un conjunto de conductas del proveedor que reúnen los recaudos del art. 8 bis para hacer procedente la multa civil a discreción del juez.-

La existencia de tales defectos en el art. 52 bis, que pueden ser superados en su indeterminación por la anterior propuesta sistemática en la interpretación de la Ley 24240 no deberían llevar, según estimo, a revocar la decisión de primera instancia en tanto no se ha propuesto la declaración de inconstitucionalidad del art. 8 bis sobre el cual no existe cuestionamiento respecto a su validez en ninguno de los votos precedentes. Las acciones y omisiones desplegadas por OSDE encuadran dentro del marco normativo del art. 8 bis con lo cual queda justificada la decisión adoptada por el magistrado de primera instancia en cuanto estimó aplicable la multa civil prevista por la Ley 24240.-

VIII. Intereses.-

En cuanto al tema de los intereses comparto también el criterio adoptado para este caso por el Dr. Molteni por los fundamentos expuestos en su voto al cual me remito.-

Por las razones expuestas, adhiero al voto del Dr. Molteni en su integridad.-

El Dr. CALATAYUD dijo:

Adhiero a las consideraciones efectuadas por mi colega, el Dr. Fernando Racimo, quien ahora en forma más extensa y erudita ha desarrollado el pensamiento de la Sala que integramos expuesta en la causa R. 610.266, caratulada "Palavidini Haydée Deolinda y otro c/ Coviare S.A. s/ daños y perjuicios" del 15-11-12, donde se estableció como doctrina que los daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por dolo o culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menoscabo graves por derechos individuales o de incidencia colectiva. Es por ello que me remito a su propuesta y, por tanto y por compartir los argumentos expresados por el Dr. Molteni, adhiero a tales votos.-

La Dra. Iturbide dijo:

I. Poco cabe agregar a los enjundiosos votos de los Vocales de esta Cámara que me precedieron en el orden del sorteo en torno a la problemática que ha generado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la aplicación de los daños punitivos en los conflictos derivados de las relaciones de consumo.-

Es por ello que no trataré aquí de agotar las múltiples aristas que presenta este instituto, las que han sido abordadas en profundidad en varias obras jurídicas (entre otras, la tesis doctoral de Edgardo López Herrera titulada "Los daños punitivos", publicada por Abeledo Perrot, año 2008) y por numerosos artículos de doctrina publicados en revistas especializadas (v. entre muchos otros, Rebaudi Basavilbaso, Ignacio y Pettis, Christian R., "Algunos aspectos del daño punitivo (o multa

civil) en el Derecho Argentino", LLonline; Bustamante Alsina, Jorge, "Los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", L. L. 1994-B, 860, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 267, RCyS 2014-II , 267; Gregorini Clusellas, "El daño punitivo y la sanción pecuniaria disuasiva. Análisis comparativo de la proyección de una figura resistida hoy consagrada", RCyS 2013-X ,15, AR/DOC/3405/2013).-

Sólo diré que, desde hace ya tiempo he venido sosteniendo que la referencia al trato digno y equitativo al que alude el artículo el artículo 8 bis de la ley de defensa al consumidor apunta a impedir que en la relación de consumo se produzcan aprovechamientos por parte de la parte más fuerte de la relación, los ofertantes, en perjuicio de la más débil, es decir, los consumidores o usuarios. Las condiciones indignas, inequitativas, usurarias o que se aprovechan de la ignorancia o desconocimiento de aquéllos, podrán ser invocadas con base en el artículo 42 de la Constitución Nacional (Iturbide, Gabriela, "Reflexiones sobre el trato equitativo y digno en la relación de consumo", elDial.com, DCB6A, 01/06/2007).-

Al respecto, cabe recordar que el artículo 8 bis de la Ley 24240 establece que "Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias (...)". En su párrafo final, el citado artículo dispone que "Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor". Esto armoniza con las normas constitucionales y con los tratados de igual jerarquía que vedan los tratos discriminatorios.-

En ese contexto, considero que se encuentran suficientemente acreditados en el caso los presupuestos para la aplicación de una multa civil respecto de la demandada a raíz de la violación de los principios consagrados en el mentado artículo 8 bis. Para arribar a esa conclusión, me remito al pormenorizado análisis efectuado en su voto por el Dr. Molteni, el que doy por reproducido por razones de brevedad, y por ello habré de adherir a la solución propuesta por mi distinguido colega en torno a la aplicación de la multa civil prevista por el artículo 52 bis y a su cuantía.-

II. Una vez efectuada la aclaración que antecede, habré de adherir también a la solución propiciada por el Dr. Molteni tanto en lo que respecta a la cuestión de fondo como al punto de partida y a las diversas tasas de interés a aplicar para liquidar el monto de la condena, compartiendo también la imposición de costas que propone en su voto, tal como lo han hecho el Dr. Racimo y el Dr. Calatayud.-

Con lo que terminó el acto.-

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, confirmar la sentencia de fs. 1326/1435, modificándola en cuanto a la fecha de cómputo de los intereses, que respecto de los daños y perjuicios deberán liquidarse desde la notificación del traslado de la demanda, como así también respecto de la tasa aplicable, que desde esa oportunidad para dichos reclamos y desde cada desembolso para la acción repetición, se calcularán a la tasa del 8 % anual hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y desde allí y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Ello, con costas de alzada en un 90 % a la demandada y en el 10 % restante a los actores.-

Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase.-

Hugo Molteni - Ricardo Li Rosi (En Disidencia Parcial) - S. Picasso- (En Disidencia Parcial)

-Eduardo A. Zannoni (En Disidencia Parcial) - Fernando Martin Racimo - Mario Pedro Calatayud - Gabriela Alejandra Iturbide.