

## Inclusion Erronea En El Veraz

### JURISPRUDENCIA

### Inclusión errónea en el Veraz

Se confirma la sentencia que

admitió la demanda por los daños y perjuicios derivados de la incorrecta inclusión del accionante como deudor moroso en el Veraz.

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los días del mes de agosto 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. A. c/ BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", respecto de la sentencia de fs. 253/259 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: RICARDO LI ROSI - SEBASTIÁN PICASSO - HUGO MOLTENI - A LA CUESTIÓN PROPUESTA EL DR. HUGO MOLTENI DIJO: I.- La sentencia recaída a fs. 253/259 admitió la demanda promovida por A. M. contra Banco de la Ciudad de Buenos Aires. En consecuencia, condenó a este último a pagar la suma de Pesos Siete Mil (\$ 7.000), con más los intereses y las costas del juicio.- Contra dicha resolución se alzan las quejas del actor, cuyos agravios de fs. 294/301 fueron replicados a fs. 305/313.- II.- Previo a avocarme al tratamiento de las quejas vertidas por el recurrente, creo necesario destacar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115- 677 -LA LEY, 1985-B, 263-; CNCom., sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).- III.- Al contestar el traslado de la expresión de agravios, la institución bancaria demandada solicita se declare la inapelabilidad de la sentencia. Lo mismo expone el Sr. Fiscal de Cámara en oportunidad de emitir el dictamen de fs. 316/317.- Ahora bien, de la compulsión de autos se desprende que la demanda se promovió por \$ 110.000 (ver fs. 26 pto. I.3 y fs. 30 pto. V) y la sentencia definitiva admitió la pretensión por la suma de \$ 7.000 (cfr. fs. 259 vta.).- En este sentido, no puede soslayarse que la diferencia existente entre ambas sumas indica que el monto comprometido en el recurso resulta superior al mínimo que establece el art. 242 del Código Procesal, conforme ley 26.536 (conf. CNCiv., esta Sala, R. 589.430 del 3/11/2011; íd., íd., R. 574.668 del 23/3/2011; íd., íd., R. 546.613 del 29/12/2009).- No se pierde de vista que la apelación contra la sentencia que formulara la demandada fue desestimada en primera instancia en razón de lo establecido por la norma procesal mencionada precedentemente y en función del valor cuestionado (ver escrito de fs. 262, proveído a fs. 263 pto. III). Empero, acertada o no, la providencia que rechazó el recurso de la emplazada se encuentra firme, motivo por el cual ninguna consideración cabe realizar a este Tribunal (ver recurso de revocatoria con apelación subsidiaria planteado a fs. 267, vía recursiva que fuera desestimada a fs. 268).- Así las cosas, corresponde desestimar el planteo de inapelabilidad efectuado.- IV.- Atento el pedido de deserción del recurso requerido por la accionada, debo destacar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado", tº I, pág. 835/7; CNCiv. esta Sala, libros n° 37.127 del 10/8/88, n° 33.911 del 21/9/88, entre muchos otros). En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala, 15.11.84, LL1985-B-394; íd. Sala D, 18.5.84, LL 1985-A-352; íd. Sala F 15.2.68 LL 131-1022; íd. Sala G, 29.7.85, LL 1986-A-228, entre otros).- Desde esta perspectiva, considero que los pasajes del escrito a través de los cuales el apelante pretende fundar su recurso logran cumplir -al menos mínimamente- con los requisitos referidos.- En base a lo expuesto, y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no habré de propiciar la deserción requerida y trataré los agravios vertidos.- V.- Consentida como se encuentra en autos la cuestión relativa a la responsabilidad que cupo a la parte emplazada, procederé a tratar las quejas deducidas en relación a las partidas indemnizatorias.- VI.- El accionante alza sus quejas en relación al monto en que se fijó el daño sufrido.- Al respecto, cabe señalar que en la sentencia apelada solamente se recibió el reclamo efectuado en concepto de daño moral.- Además, en la expresión de agravios no se formula ninguna crítica concreta en relación al tratamiento que merecieran las restantes partidas requeridas y que fueran desestimadas en el pronunciamiento en crisis. Ello, a excepción de lo decidido en la instancia de grado respecto al daño punitivo, cuestión ésta que será

desarrollada más adelante.- Así las cosas, corresponde afirmar que los agravios vertidos en los apartados III.1 y III.2 del escrito de fundamentación se vinculan a la suma de Pesos Siete Mil (\$ 7.000) otorgada en concepto de daño extrapatrimonial.- Establecido ello, es pertinente destacar que el daño moral puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llabrás, Jorge Joaquín ob. cit. tº I, pág. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit. tº I, pág. 215; Mayo en Belluscio-Zannoni ob. cit. Tº II, pág. 230; Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", pág. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo "El daño resarcible", pág. 223, núm. 55).- Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su quantum; para ello debe tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados. Corresponde, pues, concluir que el daño no puede medirse en razón de las secuelas que denuncia la víctima, pues debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual (conf. esta Sala, mi voto en Libres n 466.988 del 19/3/07, n 464.517 del 03/11/08 y n 586.773 del 02/12/11, entre otros).- Pueden destacarse dos cualidades en el daño moral: primera, que él supone, no sólo el dolor de afección, sino también el que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana: dolor físico, perjuicio estético. Segunda, que el daño moral debe ser el resultado de un ataque a los derechos de la personalidad, a su patrimonio moral, sea directa o indirectamente, sin que obste a ello la circunstancia de que a la par de él se produzca un perjuicio material para la víctima (conf. Acuña Anzorena, Arturo, "La reparación del agravio moral en el Código civil", La Ley, t. 16, n 532).-

De las constancias de la causa se desprende que el actor manifiesta haber tomado conocimiento de la incorrecta inclusión como deudor moroso en el Veraz en fecha 4 de marzo de 2013, oportunidad en la cual acudió al Banco de Galicia a fin de abrir una caja de ahorros que incluía una tarjeta de crédito Visa y una extensión para un familiar (ver fs. 26 vta.).- Asimismo, el demandante reconoce que ese mismo día personal del Banco de la Ciudad de Buenos Aires le avisó por teléfono que el tema estaba arreglado y que le habían enviado un mensaje a su casilla de correo electrónico (cfr. fs. 27 y documento obrante en copia a fs. 8/10).- Súmese a ello que el día 7 de marzo de 2013, la entidad demandada extendió un certificado en el cual se dejó constancia del error incurrido (ver instrumento que luce a fs. 4).- No consta en la causa que, luego de la rectificación de la información por parte de la accionada, al accionante se le haya denegado nuevamente el producto que pretendía obtener en el Banco de Galicia.- A la luz de lo expuesto, el Sr. Juez de grado consideró que existió responsabilidad de la emplazada al comunicar equivocadamente al Banco Central la calidad de deudor del demandante; sin embargo, entendió que no había mediado demora en rectificar la información incorrecta.- Desde otra óptica, no han sido rebatidas por el recurrente las consideraciones ensayadas por el anterior Sentenciante relativas a que el hecho de marras ?...no generó impacto alguno en su ámbito de trabajo?, remitiendo a la prueba informativa cursada al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto agregada a fs. 161/189.- Tampoco fue objeto de crítica la afirmación del Juez de grado vinculada a la falta de acreditación de un trámite intentado ante el Citibank que se haya denegado como consecuencia de la incorrecta información brindada por el banco demandado.- Por otro lado, si bien es cierto que el error fue rápidamente enmendado por la emplazada, no lo es menos que -a partir de la situación configurada - el accionante debió encarar trámites y gestiones frente a una entidad bancaria con la cual no tenía ninguna relación.- Sobre la base de todo lo expuesto, opino que la incorrecta información volcada en las bases de datos, tuvo virtualidad para lesionar la dignidad personal del actor y ocasionarle perjuicio moral en los términos del artículo 1078 del Código Civil.- Es decir, la sola inclusión injustificada de una persona en la base de datos de deudores del sistema financiero del B.C.R.A. y en organismos a fines por parte de una entidad bancaria especialmente calificada para esas cuestiones configura una situación lesiva que importa la reparación del agravio moral, en tanto, resultan innegables las afecciones personales y los padecimientos causados en la tranquilidad anímica del agraviado, en una situación como la descripta (conf. casos que exhiben analogía, Sala C, in re ?Echave Verónica María José c. Banco Francés S.A.?, del 12/4/2005; in re ?Octaviano c. Banco de Boston s/ordinario?, del 26/3/2002; in re ?Ares c. Banco del Buen Ayre?, del 10/11/1999; in re ?Robles c. Banco Mercantil Argentino s/ordinario?, del 6/07/2001; entre mucho otros), en tanto ello provoca de por sí un descrédito por la posible sospecha de terceros sobre la insolvencia o irresponsabilidad patrimonial del perjudicado. Es en ese aspecto donde se configura el agravio moral que debe ser resarcido, sin que quepa sostener que tal descalificación pueda considerarse un molestia normal de la vida negocial (conf. Sala C, en ?La Loggia, Velia c. Banco Itaú Argentina S.A. s/ordinario?, del 2/5/01; ?Martín, José Luis c. Banco Roberts S.A. s/ordinario?, del 22/12/99; ?Rabinstein, Roberto Simón c. Banque Nationale de

París s/ordinario?, del 5/3/04; CNCom., Sala F, Colucci, Jorge Ricardo c. Compañía Financiera Argentina y otro S.A. s/sumarísimo? del 23/10/2012, Publicado en: RCyS 2013-III, 191, Cita online: AR/JUR/62968/2012).- Desde otra óptica, no se advierte que la decisión adoptada por el anterior Juzgador haya sido arbitraria pues en la sentencia apelada se analizaron las circunstancias fácticas y probatorias tenidas en cuenta a la hora de cuantificar esta partida.- La fijación de una suma inferior a la reclamada por este concepto en modo alguno afecta el principio de congruencia. Ello así, dado que el hecho que se haya establecido la responsabilidad de la emplazada no implica la admisión in totum de la pretensión indemnizatoria.- Si bien el quejoso sostiene que no fue graduada la culpa de la demandada, lo cierto es tal afirmación carece de asidero desde que el Sr. Juez de primera instancia analizó cuidadosamente la conducta de la emplazada y en base a ello fijó la indemnización por este rubro.- Por consiguiente, teniendo en cuenta las particularidades del caso, y a la luz de antecedentes análogos de esta Sala, que constituyen aquí parámetros objetivos en esta materia plagada de subjetividades, propondré que se confirme la suma otorgada, por resultar equitativa (arg. arts. 1738 in fine y 1741 del Código Civil y Comercial).- Ello, sin pasar por alto que la evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del derogado Código Civil - noción que actualmente se encuentra receptada en el art. 1740 del Código Civil y Comercial-. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata sólo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, los padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes (conf. CNCiv., Sala F, en autos ?Ferraiolo, Enrique Alberto c/ Edenor S.A. y otro s/ daños y perjuicios?, voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 6/9/2000; CSJN, en autos ?Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros? del 12/04/2011, Fallos: 334:376).- Es que, cuantificar este daño es tarea ardua y responde a una valuación necesariamente subjetiva por tratarse de daños insusceptibles de ser apreciados cabalmente en forma pecuniaria. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf. Bustamante Alsina, Jorge ?Equitativa valuación del daño no mensurable?, publicado en ?Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial?, dirigido por Félix A. Trigo Represas, Tº III, pág. 689).- VII.- Es hora de analizar las quejas que se alzan contra el rechazo de lo reclamado en concepto de daño punitivo.- Liminariamente, cabe poner de resalto que los daños punitivos son 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 (conf. Pizarro, Ramón Daniel ?Daños punitivos? publicado en ?Derecho de daños-Segunda parte?, pág. 291/292, ap. c).- El art. 52 bis que la ley 26.361 incorpora a la ley 23.240 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.- Leído así, el artículo pareciera sentar un presupuesto de hecho en el que basta el simple incumplimiento de una obligación legal o contractual. Sin embargo, tal mención sólo debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva. Dicho en otras palabras, si no hay incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño punitivo, situación que se dará en la mayoría de los casos. Para poder cobrar daños punitivos hace falta algo más. El elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos (conf. López Herrera, Edgardo ?Los daños punitivos?, págs. 365/366).- Conforme a la norma, se faculta al Juez para imponer una multa ?por el mero incumplimiento de las obligaciones contractuales? sin reclamar una actitud subjetiva relevante y sin siquiera exigir la existencia de daño probado, lo cual resulta absurdo. El art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor debió exigir el dolo o la culpa grave del infractor y no referirse a cualquier ?incumplimiento? (conf. Bueres, Alberto J. en ?Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada? dirigida por Picasso-Vázquez Ferreyra, Tº I, pág. 640).- Así las cosas, 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, ob. cit., págs. 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: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/63132/2012).- Sobre la base de los principios expuestos, no se advierte que haya mediado intención de dañar al actor por parte del sujeto pasivo de esta acción, ni siquiera se configura un supuesto de culpa grave.- En tal sentido, no ha existido grave indiferencia de la entidad bancaria demandada para con el actor puesto que, a pesar de la incorrecta información brindada al Banco Central, una vez advertido del error incurrido, el personal de la emplazada arbitró los medios para sanear la situación el mismo día en que se la denunció, otorgándole en el plazo de tres días un instrumento para contrarrestar la información inexacta.- Tales consideraciones me llevan a concluir que no se reúnen en el caso bajo estudio los requisitos que tornan procedente la imposición de daños punitivos.- En consecuencia, si mi voto fuera compartido, debería confirmarse el rechazo del reclamo por este concepto.- VIII.- Voto, en definitiva, para que se confirme la sentencia apelada en todo cuanto decide y fue objeto de agravios.- Las costas de Alzada deberían imponerse al actor en virtud del principio objetivo de la derrota (conf. art. 68 del Código Procesal).- EL DR.

SEBASTIÁN PICASSO DIJO: I.- Adhiero al voto de mi distinguido colega con una aclaración y una excepción en lo atinente al daño punitivo.- II. Si bien coincido con el importe de la reparación del daño moral que fija mi colega de sala, dejo a salvo mi opinión acerca del criterio legal aplicable para valorar el ítem.- Dispone el art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". Entonces, por mandato legal expreso el daño moral debe "medirse" en una suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259).- En el caso, estimo que el importe que propone mi colega de sala es adecuado para procurar al actor satisfacciones suficientemente compensatorias en atención a la entidad del perjuicio extrapatrimonial que padeció, y por este motivo adhiero a su propuesta en este punto.- III.- El Dr. Li Rosi rechaza la admisión del daño punitivo porque entiende que no se demostró la intención de dañar por parte del banco demandado 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 24.240 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 La Ley, 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, La Ley, 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 24.240, 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.).- Ciertamente 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 intraneos (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. 31 y 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?", LLPatagonia, 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 26.361 reconocieron la naturaleza penal de los 'daños punitivos'. En tal sentido la diputada S. M. C. -coautora de aquel proyecto- manifestó durante el debate parlamentario que el tope máximo previsto por el art. 52 bis de la ley 24.240 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 24.240 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 24.240 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 dimanan 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 24.240, 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 24.240. 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 24.240 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 24.240 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° 24.240 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 (CSTucumán, 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, Mariano 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 definatorios 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 24.013 y 25.323 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 20.744. 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 24.240, 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 24.240 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 predicaban, y que redundaba 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 24.240 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).- III.- Por los motivos que dejo expresados adhiero al fundado voto del Dr. Li Rosi, con la salvedad que acabo de efectuar en punto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240.- El Dr. Hugo Molteni votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Ricardo Li Rosi.- Con lo que terminó el acto.- RICARDO LI ROSI SEBASTIÁN PICASSO (EN DISIDENCIA PARCIAL) HUGO MOLTENI Buenos Aires, agosto ... de 2017. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se confirma la sentencia apelada en todo cuanto decide y fue objeto de agravios. Las costas de Alzada se imponen al actor -vencido.- Atento lo decidido precedentemente corresponde entender en los recursos de apelación interpuestos contra los honorarios fijados en la instancia de grado.- Ello así, valorando la calidad y extensión de la labor desplegada por los profesionales intervinientes dentro de las tres etapas en que se dividen los juicios ordinarios, monto de la condena con sus intereses, lo establecido por los artículos 1, 6, 7, 19, 37 y 38 de la 21.839 y concordantes de la 24.432, corresponde confirmar los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. A. G. M. S. y los del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. R. M. O. R.- Por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo, se fijan los honorarios del Dr. S., en PESOS CUATROCIENTOS (\$ 400) y los del Dr. O. R., en PESOS CUATROCIENTOS (\$ 400) (arts. 1, 6, 7, 14 de la 21.839 y conc. de la 24.432), sumas que deberán ser abonadas en el plazo de diez días.- 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.- RICARDO LI ROSI SEBASTIÁN PICASSO HUGO MOLTENI 020974E