



# UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES

## **Título de la Tesis:**

Los daños punitivos y su encuadre frente a la responsabilidad civil en  
Argentina

Tesis de Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Privado

**Autor:** Abog. Juan Cruz Expósito

**Directora de Tesis:** Dra. Mónica Diez

**Fecha de presentación:**

Abril de 2018

## *Agradecimiento*

*Agradezco profundamente a esta Casa de Altos Estudios por la inmensurable oportunidad brindada, como asimismo la vocación y dedicación del cuerpo docente y directivos.*

## RESUMEN

Los daños punitivos se originaron en Inglaterra en el Siglo XVIII, desarrollándose posteriormente en EEUU. También se propagaron en Canadá y Australia.

Desde hace un tiempo, la doctrina Norteamericana e Inglesa ha comenzado a cuestionar la validez y eficacia de la figura y el Poder Judicial ha delimitado su alcance.

En los países de tradición continental, tales como España, Francia, Colombia, Uruguay, entre otros, los daños punitivos son rechazados por ausencia de marco legal y por pertenecer a un sistema legal extraño.

Igualmente existen voces que afirman que los mismos ya se encuentran incorporados al sistema legal a través de diferentes normas, tal como sucede con el artículo 9 de Ley Orgánica N° 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen Española (Gómez Tomillo, 2012, p. 99).

En Francia y en Uruguay existieron proyectos de reforma de leyes civiles que expresamente los contemplaban.

En nuestro caso, los daños punitivos son derecho positivo, a través del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). Dicho texto es cuestionado por deficiencias en su redacción.

Por otra parte, la figura integró dos proyectos de reforma del Código Civil Argentino (CCA), aunque fueron finalmente suprimidos.

Mediante el presente trabajo de investigación, quedó demostrado que los daños punitivos armonizan con nuestro sistema de responsabilidad civil y que el artículo 52 bis de la LDC, alcanzó su finalidad, aunque podrían formularse algunas modificaciones al texto legal.

## ABREVIATURAS

Código Civil Argentino	CCA
Código Procesal Civil y Comercial de la Nación	CPCCN
Constitución Nacional	CN
Ley Defensa del Consumidor	LDC
Ley General del Ambiente	LGA
Ley General de Seguros	LGS

## INDICE GENERAL

	INTRODUCCION	Pág. 8
CAPITULO 1		
ESTADO DEL ARTE		
1.1	Introducción	Pág. 11
1.2	Jurisprudencia Argentina.	Pág. 11
1.3	XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil.	Pág. 24
1.4	III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores.	Pág. 27
1.5	Conclusiones.	Pág. 29
CAPITULO 2		
NOCIONES GENERALES ACERCA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS		
2.1	Introducción.	Pág. 30
2.2	Origen remoto de los daños punitivos.	Pág. 30
2.3	La cuestión gramatical.	Pág. 33
2.4.	Conceptualización de los daños punitivos.	Pág. 34
2.5	Naturaleza jurídica y características de los daños punitivos.	Pág. 37
2.6	Finalidad de los daños punitivos: prevención y castigo.	Pág. 39
2.7	Ámbito de aplicación.	Pág. 43
2.8	Otras sanciones en el derecho civil.	Pág. 44
2.9	Conclusiones.	Pág. 48
CAPITULO 3		
LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO COMPARADO		
3.1	Introducción.	Pág. 50
3.2	Los daños punitivos en el derecho comparado. Situación en América Latina.	Pág. 51
3.3	Conclusiones.	Pág. 71

## CAPITULO 4

### DEBATE DOCTRINARIO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN ARGENTINA. PRIMEROS ANTECEDENTES JUDICIALES. TRATAMIENTO ACADEMICO DE LA FIGURA

4.1	Introducción.	Pág. 72
4.2	Primeros antecedentes jurisprudenciales históricos.	Pág. 73
4.3	Lineamientos generales de la doctrina nacional. Constitucionalidad.	Pág. 76
4.4	Congresos, Jornadas, Encuentros, etc.	Pág. 84
4.5	Conclusiones.	Pág. 90

## CAPITULO 5

### LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO

5.1.	Introducción.	Pág. 92
5.2	Nuevos derechos de usuarios y consumidores. Base constitucional.	Pág. 93
5.3	El artículo 52 bis de LDC. Su crítica.	Pág. 96
5.4	Propuestas de reforma del Código Civil Argentino. Análisis comparativo con el artículo 52 bis de la LDC.	Pág. 100
5.5	El proyecto de Reforma año 2012 y lo que finalmente se aprobó. Nuevo Código Civil Argentino.	Pág. 105
5.5.1	Lo que finalmente se aprobó.	Pág. 108
5.6	Proyección de los daños punitivos en el ámbito civil.	Pág. 110
5.7	Conclusión.	Pág. 111

## CAPITULO 6

### RESPONSABILIDAD CIVIL - VIABILIDAD Y CONVENIENCIA DE LA FIGURA DE DAÑOS PUNITIVOS- ANALISIS ECONOMICO

6.1	Introducción.	Pág. 114
6.2	Orígenes de la responsabilidad civil. Sus funciones.	Pág. 116
6.3	Conveniencia de los daños punitivos en el derecho del consumo.	Pág. 120
6.4	El destino de la multa. Enriquecimiento sin causa.	Pág. 122

6.4.1	Enriquecimiento sin causa.	Pág.	125
6.5	Cuantificación de la condena de daños punitivos. Distintos métodos.	Pág.	126
6.5.1	La culpa lucrativa.	Pág.	129
6.6	Los montos de las condenas. Los mínimos y máximos fijados por ley.	Pág.	131
6.7	Asegurabilidad de los daños punitivos.	Pág.	133
6.8	Conclusiones.	Pág.	135

## CAPITULO 7

### MARCO METODOLOGICO

7.1	Marco Metodológico.	Pág.	137
7.2	Nuestra investigación. Su diseño.	Pág.	138
7.3	La hipótesis de investigación.	Pág.	139
7.4	Las unidades de análisis.	Pág.	140
7.5	Variables.	Pág.	141
7.6	Criterio de selección de casos.	Pág.	141
7.7	Técnicas e instrumentos.	Pág.	141
7.8	Precisiones.	Pág.	142

### CONCLUSIONES

8.1	Conclusiones.	Pág.	146
8.2	Propuestas.	Pág.	149

### REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Pág. 151

### BIBLIOGRAFIA

Pág. 151

### FUENTES DE INFORMACION

Pág. 157

### ANEXO PROYECTO DE LEY DE URUGUAY

## INTRODUCCION

Los daños punitivos nacen como una construcción pretoriana en Inglaterra en el año 1763 y posteriormente se trasladan a EEUU, lugar donde adquieren su mayor desarrollo. También se integraron en el sistema jurídico de Canadá y Australia.

Hay que mencionar, que tanto en EEUU como en Inglaterra, la doctrina ha comenzado a cuestionar la conveniencia y eficacia de la figura de daños punitivos.

Por su parte, la Justicia se ha encargado de establecer en que casos proceden y que parámetros se deben considerar al momento de fijarse los montos de las condenas por daños punitivos.

En este sentido, son conocidos, distintos precedentes por contener abultados montos de condenas de daños punitivos. Sin embargo, estas sumas luego son disminuidas por Tribunales de Alzada, hecho que no trasciende públicamente.

En los países que siguen la tradición continental tales como España, Francia, Colombia, Uruguay, entre otros, se plantea un panorama muy diferente, pues existe reticencia ha incorporar los daños punitivos a los ordenamientos jurídicos.

En estos Estados, la figura genera debates permanentes, dividiendo la doctrina en opositores o defensores de los daños punitivos. A nivel Judicial se registran numerosos precedentes en contra de la aplicación de los daños punitivos.

En España, de manera pacífica, los Juzgados rechazan los distintos pedidos de daños punitivos por ausencia de marco legal.

Por el contrario, existen voces en este país que opinan que los daños punitivos ya fueron integrados al sistema jurídico a través de la Ley Española de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, así como en el régimen de indemnización establecido en la legalidad española sobre propiedad intelectual, patentes y marcas, o en materia de Seguridad Social (De Ángel Yagüez, 2012, p. 42).

La Corte de Casación Francesa, se alinea al criterio adoptado por sus pares Españoles vinculado a la carencia de marco legal, agregando además que la figura es extraña a la tradición jurídica de su país.

Sin embargo, en Francia existió un proyecto de reforma del Código Civil que contempló la incorporación expresa de los daños punitivos. Lo mismo sucedió en Uruguay.

En Colombia, la doctrina también opina que la figura de daños punitivos ya existe en el derecho Colombiano a través de las astreintes o de la cláusula penal (García Matamoros y Herrera Lozano, 2003, p. 3).

Hasta aquí, lo cierto es que en todos estos Estados de tradición romanista los daños punitivos implican debate y discusión doctrinaria permanente, como así también rechazo hacia la figura.

Nuestro país no es ajeno a dicho contexto, existiendo sectores minoritarios que afirman que los daños punitivos violentan derechos de raigambre constitucional, que son exclusivos del derecho penal y que no pueden compatibilizar con el derecho civil (Mayo, 2009, p. 1270).

En sentido contrario, voces mayoritarias aseguran que la incorporación de los daños punitivos no sólo era necesaria sino por sobre todas las cosas, coherente con una economía de mercado global y trasnacional (Álvarez Larrondo, 2009, p. 3).

A partir del año 2008, los daños punitivos son derecho positivo con la incorporación del artículo 52 bis a la LDC.

Además, esta Institución integró, el proyecto de reforma del CCA del año 1998 y del anteproyecto y proyecto de Reforma del CCA del año 2012, pero previo a la aprobación del texto definitivo, los mismos fueron suprimidos.

En cuanto al artículo 52 bis de la LDC, señalamos que ha sido objeto de críticas por su supuesta deficiencia en su redacción ya que la ley no exige más que el incumplimiento por parte del proveedor de obligaciones legales o contractuales con el consumidor y nada dice del reproche a la conducta desaprensiva del empresario que la doctrina, tanto extranjera como nacional, ha venido citando consistentemente como presupuesto basal de estas sanciones (Sprovieri, 2010, p. 4).

Frente a este panorama, los problemas que se nos plantearon se resumen en los siguientes interrogantes: **si efectivamente los daños punitivos pueden**

**integrar la responsabilidad civil desde su función primaria que es castigar al infractor o representan una figura propia del derecho penal que no logra armonizar con el derecho privado; así como también, si el artículo 52 bis de la LDC cumple con su finalidad y si su texto es acertado o exige cambios.**

Con la intención de brindar una respuesta a estos interrogantes nos propusimos los siguientes objetivos generales: determinar si los daños punitivos pueden integrarse al ámbito de la responsabilidad civil o pertenecen exclusivamente a la órbita del derecho penal y si los daños punitivos previstos en la LDC alcanzaron su objetivo o finalidad o resulta necesario hacer modificaciones a la norma específica.

En relación a los objetivos específicos, se desarrollaron distintos capítulos destinados a conocer en profundidad la figura de daños punitivos, determinándose su carácter jurídico, función, viabilidad, constitucionalidad y conveniencia de su aplicación en el ámbito del derecho privado.

Dedicamos un capítulo a indagar acerca del origen y la evolución de la responsabilidad civil.

También realizamos un estudio comparativo entre los distintos proyectos de reforma del CCA y el artículo 52 bis de LDC. Consideramos a su vez, los proyectos de ley de incorporación de daños punitivos de otras naciones.

Se abordará doctrina, legislación y jurisprudencia extranjera y los distintos precedentes nacionales que contienen sentencias de daños punitivos.

Asimismo, se efectuó un recorrido sobre la evolución de los derechos constitucionales concedidos a favor de la figura del consumidor.

Como resultado de esta investigación, esperamos confirmar nuestra hipótesis vinculada a que no existe óbice legal para que los daños punitivos se integren al ámbito de la responsabilidad civil y que si bien el artículo 52 bis de la LDC cumple su finalidad, es necesario realizar cambios en su redacción.

Finalmente se arribará a una conclusión general sin pretender que la misma sea absoluta, encontrándose abierta a críticas, ofreciéndose además distintas propuestas destinadas a mejorar nuestro sistema jurídico en cuanto a las relaciones de consumo.

# CAPITULO 1

## ESTADO DEL ARTE

### 1.1 Introducción

Nuestro Estado del Arte se compone de reciente jurisprudencia Nacional y de los siguientes encuentros académicos: XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil y III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores.

Estos Encuentros, por su importancia, se analizan por separado en el presente Estado del Arte, sin perjuicio de que en otros Capítulos de esta investigación, hemos referenciado de manera puntual a alguno de ellos.

La jurisprudencia considerada comprende casos donde se conceden daños punitivos conforme a la esencia de la figura o se condena al pago de daños punitivos por incumplimiento contractual, es decir, acorde al derecho vigente.

Finalmente analizamos un precedente donde se deniegan los daños punitivos, haciéndose hincapié en los hechos fácticos que resultaron ser los argumentos de tal rechazo.

A través de estos antecedentes jurisprudenciales intentamos reflejar los distintos supuestos que pueden existir ante un pedido de daños punitivos. Todos los casos, contienen comentarios jurídicos que se suman a las opiniones o propuestas formuladas en los encuentros académicos analizados.

### 1.2 Jurisprudencia Argentina

Se registran en nuestro país, desde hace un tiempo, distintas sentencias que contienen condenas de daños punitivos.

Los casos analizados en el presente Capítulo se distribuyen de la siguiente manera. En cinco de ellos, se conceden los daños punitivos. En uno no. También incorporamos un antecedente donde, si bien se condena al pago de daños punitivos, el mismo se cuestiona por la interpretación que se efectuó del artículo 52 bis de la LDC.

El caso, en el que se rechaza la figura, igualmente fue considerado para este trabajo, porque los argumentos analizados para tal fin, son válidos para comprender el alcance y finalidad de este Instituto del Derecho.

En su mayoría, hasta el momento, las resoluciones judiciales dictadas son reflejo de una correcta interpretación de la figura de daños punitivos, la cual exige, desde el punto de vista dogmático y doctrinario, la ocurrencia de hechos graves que demuestren menosprecio hacia los derechos de los consumidores, a diferencia de lo que plantea el artículo 52 bis de la LDC, que solamente contempla la existencia de incumplimientos legales o contractuales.

Igualmente, esta situación no es absoluta. Como dijimos, en el presente Estado del Arte, analizamos un caso en donde se aplica la figura a raíz de registrarse un incumplimiento contractual, conforme lo establece el derecho vigente.

El análisis de dicho precedente judicial servirá para demostrar, desde un primer momento, que se cumple nuestra hipótesis de investigación, en cuanto a que la redacción del artículo 52 bis de LDC es deficiente ya que exige como requisito legal para la habilitación de la figura de daños punitivos, el incumplimiento contractual, cuando sabemos que dogmáticamente se requiere de un hecho grave.

De todas maneras, este planteo se analiza detalladamente en el apartado 5.3. del Capítulo 5, bajo el título: Crítica al artículo 52 bis de la LDC.

Las causas que se consideraron son las siguientes. Causa caratulada "Machinandiarena Hernández Nicolás contra Telefónica de Argentina S.A.", primer antecedente de daños punitivos de parte nuestros Tribunales.

En síntesis de los hechos el Sr. Machinandiarena, quien posee una discapacidad motriz, se presentó a las oficinas de Movistar de Mar del Plata a fin de formular distintas quejas por el servicio de telefonía móvil. En razón de que el lugar no contaba con rampa para discapacitados requirió la ayuda del personal de seguridad del establecimiento para acceder al interior del edificio.

Transcurrido un tiempo, el personal de seguridad le negó la asistencia requerida, por lo que el Sr. Machinandiarena fue atendido en la vereda a pesar de las bajas temperaturas que existieron en el momento del hecho.

El damnificado promovió una acción de daños y perjuicios contra la empresa de telefonía y solicitó la aplicación de los daños punitivos en los términos de la LDC.

Ambos pedidos recibieron eco favorable en todas las instancias judiciales provinciales, inclusive por parte del Máximo Tribunal de la Provincia Buenos Aires.

Lo que se evaluó a nivel judicial es que la accionada incumplió con el deber de trato digno que exige la LDC, en particular, se consideró la condición de discapacitado del actor.

A nuestro modo de ver las cosas, reconocemos que existió en este caso un hecho grave de menosprecio de los derechos del usuario, que efectivamente habilitó la condena de daños punitivos. Entendemos que la LDC se aplicó correctamente, ante la actitud desaprensiva de la empresa.

Como veremos más adelante, las grandes empresas son justamente las destinatarias, en muchos casos, de condenas de daños punitivos.

El antecedente que a continuación citamos es un claro ejemplo del accionar ilícito de las grandes empresas.

El caso es “Stoessel Adolfo C/Telefónica de Argentina S.A. S/Sumarísimo”, 19/11/2012, que tramitó por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nº 1, Circunscripción Primera, de la Provincia de Santa Cruz.

En los hechos, el actor Stoessel, le había solicitado, a esta empresa, única prestadora del servicio en la zona de chacras, una línea telefónica.

Esta línea de teléfono, recién la obtuvo después de cuatro años, a contar desde su primer reclamo por el servicio ante el organismo de control de las comunicaciones y luego de haber promovido la acción judicial.

En este antecedente se consideró que la empresa actuó con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor.

De los considerandos de la sentencia surge que el Sr. Stoessel en más de una oportunidad debió concurrir a las oficinas comerciales de la firma en la ciudad de Río Gallegos a formular su reclamo. Estos extremos fueron probados con la debida documentación respaldatoria.

EL juez de grado dijo

Esta extensa introducción respecto de las solicitudes efectuadas por el actor ilustra plenamente, no solo la intención sostenida en el tiempo de obtener el servicio, sino en el modo de comportamiento de la empresa y su interés en brindar el servicio ... Del testimonio de los vecinos del actor se desprende que solo para uno de ellos la satisfacción del requerimiento efectuado a la empresa de telefonía fija fue en tiempo breve, expresando los demás haber esperado

años la provisión de la línea telefónica, aunque el que menos aguardo manifestó que el trámite fue una odisea (p. 8).

Además, Stoessel, promovió ante las autoridades administrativas de contralor de las comunicaciones distintos reclamos en contra de la empresa.

Todo esto, sin duda, implicó para el actor la disposición de tiempo y energía en la promoción de sus quejas y denuncias, viéndose alterada su tranquilidad.

Si a este panorama le sumamos el tiempo transcurrido hasta la obtención del servicio de línea telefónica, podemos afirmar que la calidad de vida de Stoessel se vio afectada, al igual que su dignidad como ser humano, usuario y/o consumidor.

El magistrado en su veredicto argumentó

Resulta evidente y manifiesta, en primer lugar, la violación de la norma contenida en el artículo 8 bis respecto de las condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios, ya que solo después de entablada la presente demanda judicial, la empresa se dignó a proveer el servicio de telefonía celular luego de casi cuatro años contados desde el primer requerimiento. Este factor tiempo no puede ser soslayado en el ámbito existencial de la persona humana, ya que su transcurso injustificado afecta decididamente la dignidad humana (p. 12).

La condena por daños punitivos ascendió a la suma \$ 30.000, monto considerablemente justo si tenemos en cuenta las acciones del Sr. Stoessel y el tiempo transcurrido para la obtención del servicio, sumado a su padecimiento.

El monto de esta condena servirá de ejemplo para que la empresa prestadora del servicio reflexione antes de menospreciar los derechos de los usuarios. Es decir, se activaría la faceta preventiva de la figura de daños punitivos.

Por último, destacamos de este precedente, que el Magistrado reconoció en su veredicto, de interés para la presente investigación, que a la función reparadora de la responsabilidad civil se le puede incluir una función punitiva y preventiva a través de los daños punitivos.

Si bien, este tema fue desarrollado en el apartado 6.2. del Capítulo 6, consideramos relevante destacar este concepto, ya que se debate a nivel doctrinario, cuales son las funciones de la responsabilidad civil.

El Juez de Grado afirmó

Nadie puede negar que la prevención y la punición integran la noción de responsabilidad, el proyecto de código civil y comercial unificado, actualmente en vísperas de tratamiento parlamentario, incluye este tripe sentido de responsabilidad civil, la prevención, la reparación y la punición disuasiva (p. 14).

Lo expuesto, no hace más que confirmar nuestra hipótesis, vinculada a que no existe impedimento legal para que los daños punitivos integren la órbita del ámbito civil.

Hasta aquí y a modo de síntesis, podemos señalar que en ambos casos, se aplicó la figura de daños punitivos ante la existencia de conductas graves que dejan entrever un menosprecio hacía los derechos del consumidor por parte de empresas dominantes del mercado de las comunicaciones.

El siguiente caso, genera debate y divide a la doctrina. Lo analizamos con el fin de demostrar la inconsistencia del artículo 52 bis de LDC.

En los autos “Gramajo Salomón Juan Pablo contra Telefónica Móviles de Argentina S.A (Movistar)”, con fecha 04-06-2010, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 11 de la ciudad de Salta dictó una condena que contiene el pago de daños punitivos por incumplimiento contractual.

En este caso, el Sr. Gramajo promueve una demanda contra la firma Telefónica Móviles de Argentina SA (MOVISTAR) por incumplimiento de contrato toda vez que la empresa, no hizo entrega del teléfono celular en el tiempo pactado.

En su acción, el actor solicita el cumplimiento del contrato y una condena en concepto de daños punitivos.

El Juez de Grado hace lugar al pedido condenando a la firma Movistar a la entrega de un equipo de telefonía celular marca Sony Ericsson Modelo W 205 en el plazo de 10 días.

Asimismo, aplica la suma de \$1.500 por daño punitivo en virtud de los seis meses de demora en la entrega del equipo de telefonía.

En este caso, el Magistrado considera para la aplicación de la figura la demora en el cumplimiento del contrato celebrado.

Este precedente generó críticas, pues se planteó que la demora en el cumplimiento de un contrato o el incumplimiento mismo, no habilita el pedido de daños punitivos. Estas críticas provienen de la doctrina, no obstante, vale recordar que el artículo 52 bis de la LDC habilita la figura ante incumplimientos legales y/o contractuales.

Aguirre Astigueta (2010) afirma

Si bien a nuestro criterio el fallo carece de la fundamentación debida en orden a una sentencia constitucional y bueno hubiera sido que se explicitara mejor las razones de utilización de la figura del daño punitivo en cuestiones contractuales como la presente, no deja de ser alentador para quienes seguimos de cerca estos pronunciamientos judiciales novedosos relativos a la aplicación de la reforma de la ley 24.240, el dictado de sentencias que tiendan a corregir ciertas prácticas del mercado utilizando nuevas herramientas, sancionando a los responsables de incumplimientos relevantes para con los usuarios en este tipo de pequeños contratos, en los que, en general, campea la indiferencia y el trato deshumanizado para con sus clientes (p. 2).

Más voces se suman a las críticas que recaen sobre la redacción del artículo 52 bis de LDC y aportan argumentos que confirman las deficiencias en el texto de ley.

López Herrera (2009) enseña

... la mención al incumplimiento de una obligación legal o contractual solo 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 (p. 378).

Por otra parte, sabemos que ante casos de incumplimientos de contratos, el sistema normativo nos brinda otras alternativas, como por ejemplo recurrir por vía de la acción de incumplimiento contractual, tal como lo hace el actor Gramajo,

porque en definitiva este usuario reclamó el cumplimiento del contrato y además solicitó daños punitivos.

López Herrera (2009) afirma

Es contraria a la esencia de los daños punitivos y a más de doscientos años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no cumplió con sus obligaciones legales o contractuales (p. 278).

La finalidad de los daños punitivos es distinta, no persigue a quienes no cumplan los acuerdos.

Esta figura implica una sanción o castigo, que recae ante quién ha cometido un hecho grave del que surja desprecio hacía los derechos de los consumidores y/o usuarios.

Aguirre Astigueta (2010) señala

La sanción prevista en este precepto para el cumplimiento tardío se aplica a todo tipo de obligaciones, incluidas las de entregar cosas en una compraventa, y consiste en el deber de pagar una suma de dinero equivalente a la totalidad del daño resarcible generado por el retardo ... En el caso bajo comentario el incumplimiento jurídicamente relevante del deudor es enfocado a los fines del instituto del daño punitivo como una causa eficiente y válida a los fines de la fijación de una sanción monetaria, que en nada se vincula, como dije, al régimen de responsabilidad estructurado en el Código Civil, sino que es tomada de manera independiente, como la causa fundante de la imposición de la multa (p. 1).

Sin embargo, el texto del artículo 52 bis de la LDC refiere al incumplimiento, como elemento para la habilitación del pedido de daños punitivos.

Otro aspecto que podría cuestionarse de este precedente tiene que ver con en el exiguo monto de la condena en daños punitivos.

Afirmamos en este trabajo de investigación, que una de las funciones de la figura de daños punitivos es la prevención, esta se logra a través de condenas justas y razonables. Desarrollamos este extremo en el punto 2.6 del Capítulo 2.

Este concepto fue ratificado en los autos “Stoessel Adolfo C/Telefónica de Argentina S.A. S/Sumarísimo”, como lo reflejamos más arriba.

Con el castigo se busca persuadir futuras conductas ilícitas. Mucho tiene que ver con esto la suma que se fije de condena.

Difícilmente este monto resulte ejemplar y válido para prevenir futuras acciones similares.

La demandada representa en telefonía móvil, una de las principales empresas internacionales, con facturaciones millonarias.

Consideramos que con el monto fijado en esta sanción, el fin de persuadir futuros ilícitos no se cumple.

En la siguiente causa se rechaza el pedido de daños punitivos. Este supuesto es válido en cuanto a que los argumentos valorados por el Tribunal dejan al descubierto la esencia de esta figura del derecho.

A pesar de la negativa al pedido de daños punitivos, igualmente es interesante realizar un análisis del caso, pues aporta elementos jurídicos de interés para esta investigación.

Nos referimos a la causa “Teijeiro (o) Teigeiro Luis Mariano contra Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G – Abreviado –otros- Recurso de Casación”, Expediente N° 1639507/36 T 14/12, fecha de sentencia 14/4/2014, Jurisdicción: Tercera Nominación de la Provincia de Córdoba.

En autos, el Sr. Teijeiro al abrir una cerveza descubre un objeto extraño en su interior. Promueve una acción por daños y perjuicios y solicita la aplicación de daños punitivos en los términos del artículo 52 bis de la LDC. El Juez de Grado hace lugar a ambos planteos, no obstante, la Alzada revoca el fallo.

La Cámara de Apelaciones consideró que no se habían configurado los requisitos para la procedencia de los daños punitivos. El actor interpone un recurso de que queja, fundado en arbitrariedad normativa. Finalmente, el Tribunal Superior Provincial, confirmó lo resuelto por la Alzada, no haciendo lugar al planteo de daños punitivos.

Los siguientes, son algunos de los argumentos considerados por la Alzada, para desestimar el recurso de queja.

El Tribunal de Alzada afirmó

Es que, para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis L.D.C no bastan como en aquel caso las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose (p. 4).

También se dijo lo siguiente en esta sentencia

Que para aplicar la multa en cuestión es preciso que el proveedor evidencie un menosprecio grave hacia los derechos individuales y de

incidencia colectiva, una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia por parte del profesional ... que lo más importante y dirimente era que la multa civil ...tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio ... y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad ... sea que se trate de penas penales, administrativas o civiles (pp. 4 y 5).

Por último, este Organismo señaló

En función de esas razones, entendió que para la procedencia de los llamados daños punitivos, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; y 2) el elemento objetivo, esto es, una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad (p. 5).

En resumen, el Tribunal de Alzada no hace más que señalar los presupuestos válidos, para la habilitación de la figura de daños punitivos.

El precedente es claro y la interpretación judicial no merece objeciones. Los argumentos volcados son sólidos, y confirman que dogmáticamente se requiere de un hecho grave para habilitación de los daños punitivos.

En la causa “Benejam, Onofre Alejandro c/ Telecom Argentina S.A. cumplimiento / resolución de contrato – Recurso de Apelación” se dictó una condena que incluía además del rubro daño moral, una suma por la figura de daños punitivos.

Los montos fueron los siguientes: daño moral \$ 7000 y \$20.000 en concepto de daños punitivos.

Al igual que la causa “Stoessel Adolfo C/Telefónica de Argentina S.A. S/Sumarísimo”, aquí también existió una demora de la empresa de telefonía en la provisión del servicio, lo que obligó que el actor formulara distintos reclamos por ante la autoridad de aplicación.

En el veredicto, el Magistrado consideró que la demandada violó el deber de trato digno y no dio cumplimiento a la intimación practicada por la Autoridad de Comunicaciones.

Además, el Juez de Grado ponderó que este servicio es prestado de forma monopólica y que la empresa se encuentra en una posición dominante respecto de los usuarios. La Alzada confirmó la sentencia del Tribunal de Grado.

No merece ninguna objeción este fallo, pues los elementos valorados por el Tribunal habilitan la condena de daños punitivos.

Otro antecedente que podemos citar es la causa “Aliaga Márquez, Jorge Alejandro c. Fairco S.A.” y otro s/ abreviado - otros - recurso de apelación, que tramitó en grado de apelación por ante la Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, sentencia de fecha 05/08/2016.

En los hechos, el actor adquirió de la firma FAIRCO S.A., la cual actuó por cuenta y orden de BGH S.A., una notebook. La oferta del equipo incluía el uso de una licencia de software. Esta licencia nunca se otorgó, a pesar de los reiterados reclamos del comprador.

En consecuencia, Aliaga Márquez reclamó daños y perjuicios más daños punitivos. Lo primero fue concedido, lo segundo no, por lo que el actor interpuso recurso de apelación.

La Alzada hizo lugar al pedido de daños punitivos, pues consideró que el accionar de la demandada se encuadraba dentro del artículo 52 bis de la LDC., ya que el usuario no recibió un trato digno.

Del precedente se destaca lo siguiente

Adviértase que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina recepta el trato digno del consumidor también y defensas contra prácticas abusivas por los que tienen una posición más fuerte en el mercado, como pauta interpretativa para las relaciones contractuales de consumo. Ello importa sin lugar a dudas, que la relación que unía al proveedor con el actor, imponía sobre la prestataria del servicio, la carga de responder en un tiempo prudencial ante el reclamo presentado y dar una respuesta concreta a la problemática planteada (p. 4).

El Tribunal dijo

Dicho esto, corresponde cuantificar el mismo, para lo cual, debemos valorar, la cantidad de tiempo que le han insumido al consumidor los distintos reclamos y, en especial, la conducta desaprensiva de las demandadas, que por momentos ni siquiera contestaron o comparecieron a la oficina de Defensa del Consumidor, luego ofrecieron un cumplimiento parcial y, en esta sede, se opusieron negando todos los hechos. Todo ello, sin lugar a dudas son factores que influyen notoriamente en la conducta punible que aparece como un grave menosprecio para el consumidor y que son tenidos en

cuenta para establecer el monto final por el cual procede la indemnización (p. 5).

Por último, la Cámara señaló

También se tiene en cuenta la envergadura de las empresas demandadas, que constituye un hecho notorio y, necesariamente debe ser meritado para estimar si la multa mandada a pagar resulta suficiente para disuadir a los proveedores de la conducta en cuestión (p. 5).

Otro aspecto para destacar del fallo, es que el Tribunal tomó en cuenta que se trataba de importantes empresas del rubro, con solvencia económica para hacerse asistir por estudios jurídicos especializados; situación que la coloca en amplia ventaja respecto del consumidor.

Durante el desarrollo de esta tesis, puntualmente el apartado 5.2. del Capítulo 5, concluimos que el artículo 52 bis de la LDC fue sancionado con la intención de disminuir las desigualdades entre los consumidores y los empresarios, en razón de que existe un desequilibrio natural entre ambos actores.

En nuestra opinión, con esta condena se buscó achicar esa brecha. El precedente responde al espíritu y esencia de la norma.

Otro caso a citar es la causa “Vignolles, María de los Ángeles c. San Cristóbal Seguros Generales S.A. s/ daños y perjuicios - incumplimiento contractual”, que tramitó por ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, sentencia de fecha 9-12-2015.

En resumen de los hechos, se le atribuye a la aseguradora no haber informado a la actora que podía elegir entre la reparación del vehículo o acogerse a la cláusula por destrucción total o parcial del rodado. El vehículo fue reparado pero el actor no quedó satisfecho, tal vez si conocía que podía optar por la cláusula de destrucción se inclinaba por esta última.

En este contexto, el asegurado, reclamó por daños y perjuicios y daños punitivos. Se hicieron lugar a ambos rubros.

El Tribunal dijo respecto del accionar de la demandada:

Cuando se contrata un seguro contra todo riesgo el objetivo es que se cumpla con la póliza contratada y se paga la prima por destrucción total o parcial, pero en el caso de autos ha existido incumplimiento de la aseguradora en la obligación de informar en forma veraz y adecuada y se han violado los principios de buena fe, orden público e igualdad que consagra el art. 16 de la Constitución Nacional (pp. 12 y 13).

Destacamos que se hayan invocado principios básicos constitucionales tan elementales. Por nuestra parte, es válido recordar que con la última reforma constitucional del año 1994, la figura de consumidor y/o usuario adquiere rango constitucional.

En referencia a la constitucionalidad de los daños punitivos la Alzada dijo

.... entiendo que no hay violación de normas constitucionales, ya que se encuentra prevista la relación de consumo en el artículo 42 de la Constitución de la Nación y en el artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (p. 6).

El Tribunal agregó

En el nuevo Código Civil y Comercial surge indudable el fortalecimiento del derecho del consumidor con su inclusión dentro del cuerpo normativo, considerándolo sujeto de derecho bajo el paradigma protectorio de la tutela de los débiles y siendo su fundamento constitucional la igualdad real conforme artículo 1092 y ss., Código Civil y Comercial (pp. 1 y 2).

Finalmente, la Cámara señaló

El artículo 52 bis de la Constitución Nacional no es incompatible con la Constitución Nacional ni con el sistema represivo, por el contrario, es una herramienta complementaria y superadora en algunos de sus aspectos, alcanzando el castigo y la prevención de conductas dañosas futuras que generalmente escapan a la mano de la Justicia Penal (p. 2).

Sin duda, la descripción que se efectúa en este precedente del artículo 52 bis de la LDC refuerza la hipótesis planteada en el presente trabajo, vinculada a la viabilidad y constitucionalidad de los daños punitivos.

Los conceptos de culpa, actitudes desaprensivas, desprecio, mala fe, son términos que se repiten en los nuevos fallos.

Los mismos nos remiten a la esencia de la figura de daños punitivos, a su origen pretoriano y además resultan condicionantes para la habilitación del pedido de daños punitivos.

La siguiente causa fue caratulada "T. M. c/ Galeno Argentina S.A. s/ incumplimiento de prestaciones de Obra Social / Medicina Prepaga", y tramitó por ante la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, sentencia de fecha 31/05/2016.

En este precedente, el actor debió iniciar tres acciones legales para que la prepaga Galeno cubriera la asistencia médica que su hija necesitaba. La menor sufría de discapacidad motora mental.

La Cámara dijo

En este expediente, se ha evidenciado una conducta abusiva de Galeno Argentina S.A. que motivó la necesidad de los afiliados de promover tres procesos judiciales –el presente es el cuarto- para obtener el reconocimiento de sus derechos. Esta conducta demuestra desaprensión por el sufrimiento que provoca la discapacidad y mala fe en el desarrollo de actividades profesionales de servicios altamente especializados frente a los usuarios/consumidores (p.15).

Asimismo, el Tribunal agregó

En efecto, la prueba colectada demuestra una conducta grave por parte de la demandada (quien guardaba la posición fuerte y dominante del contrato), en el cumplimiento de sus obligaciones y una gravosa indeferencia puesta en evidencia frente a las presentaciones impostergables que requería la afiliada, sujeto más débil (p. 17).

Nuevamente se repiten los mismos conceptos tales como conducta grave o gravosa indeferencia, los cuales resultan ser fundamentales para la habilitación del pedido de daños punitivos. También se confirma la existencia de un desequilibrio entre las partes que conforman la relación de consumo de bienes y servicios.

Hasta aquí, podemos concluir que la jurisprudencia se dirige, por el momento, en la dirección correcta, habiéndose interpretado la esencia de la figura de daños punitivos, pero no descartamos, que a futuro se dicten fallos que se ajusten al texto vigente como el caso mencionado más arriba.

De registrarse ese panorama, seguramente se volverá a debatir acerca del error en la técnica legislativa del artículo 52 bis de LDC. Esta situación puede prevenirse si se modifica el texto de ley, considerando para tal fin, por ejemplo, la propuesta que se formula en el Capítulo 8.

### **1.3 XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil, celebradas en la Provincia de Córdoba en el año 2009**

Este encuentro lo tratamos por separado por su importancia, ya que dedica más de un párrafo al análisis del artículo 52 bis de la LDC y se abordan aspectos controvertidos de la figura, al tiempo de brindarse propuestas de reforma del derecho vigente.

En la Jornada, la Comisión informante, señaló lo siguiente: “La multa civil del artículo 52 bis de la LDC presenta importantes deficiencias técnicas, pero éstas pueden ser corregidas por una aplicación racional y prudente por parte de los magistrados” (p. 28).

Este planteo es analizado en el apartado 5.3. del Capítulo 5 y además integra nuestra hipótesis. Coincidimos con la opinión de la Comisión y agregamos que resulta fundamental la interpretación que brinden los Tribunales acerca de este texto de Ley para no incurrir en errores que deriven en una incorrecta aplicación de la norma.

Por ello, señalamos que estos Encuentros Académicos son relevantes, ya que tienen por objeto aportar conocimiento científico que permitan despejar dudas de ciertos conceptos o principios de las leyes, cuando estos no surgen claramente. Desde ya propiciamos, el dictado de normas claras y precisas, fundamentales para una correcta administración de justicia.

En consonancia con lo expuesto, en la Jornada se dijo: “Una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios informadores del Derecho Privado y el resguardo de derechos constitucionales” (p. 29).

Los daños punitivos no buscan violentar los derechos del infractor. Al igual que cualquier sanción, se debe respetar el debido proceso y las demás garantías constitucionales. Toda sanción penal, civil o administrativa, que no cumpla con estos parámetros debería ser tachada de inconstitucional.

Coincidimos con la Comisión cuando afirma que la figura debe ser considerada a la luz de los pilares que integran nuestro Derecho Civil. Esta recomendación se aborda en un Capítulo 6 donde se analiza el origen y desarrollo de la responsabilidad civil y se concluye en igual sentido.

En este Encuentro además se postuló

Los daños punitivos proceden únicamente en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos (p. 29).

Esta circunstancia no quedó expresamente establecida en el texto de ley del artículo 52 bis y por ello la técnica legislativa considerada ha sido objeto de críticas.

Sin lugar a dudas, la figura solo procede ante hechos graves que menosprecien los derechos de los consumidores. Dogmática y doctrinariamente es así.

Desmantelar los beneficios que obtiene el empresario con el daño sería una de las finalidades de los daños punitivos. Este concepto fue denominado por la doctrina como culpa lucrativa y su análisis se desarrolla en el Capítulo 6.

A su vez en esta Jornada se afirmó lo siguiente: “La multa civil puede ser aplicada para sancionar ilícitos anteriores, concomitantes o posteriores al daño resarcible -especulación previa, omisión de controles elementales, ocultamiento de información o encubrimiento luego del hecho, entre otros supuestos” (p. 29).

Este planteo de retroactividad es una novedad, el texto legal nada dice al respecto.

También dijo la Comisión: “Los daños punitivos sólo recaen sobre los proveedores autores del hecho sancionado, debiendo responder por los actos de los dependientes -en sentido amplio- del proveedor” (p. 29).

Nos parece adecuada la recomendación y no resulta ser una novedad para nuestro ordenamiento legal, pues en otras ramas del derecho se legisló de igual forma. Podemos citar, como ejemplo, la solidaridad prevista en el artículo 30 de Ley de Contrato de Trabajo.

Agregaron, además: “Los denominados daños punitivos se adicionan a las indemnizaciones por daños que eventualmente pueda haber experimentado el damnificado” (p. 29).

Sabemos que esto es así, y a nuestro modo de ver las cosas, nos parece correcta la opinión. Los daños punitivos corren por separado a las indemnizaciones, no guardan vínculos con estas, son un plus extra que se aplica con determinados fines.

Los integrantes del Encuentro aclararon: “Debe interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el artículo 52 bis presupone coautoría o complicidad, por lo que no puede ser condenado a su pago aquel proveedor cuya conducta no encuadra en los requisitos para la aplicación de la figura” (p. 29).

Compartimos este criterio que se ajusta a los principios generales de la responsabilidad solidaria prevista en la LDC. Nuestro derecho del consumo se caracteriza, entre otras cosas, por este concepto de solidaridad.

En la Jornada además se dijo: “Destinar la multa civil al consumidor no genera indebido enriquecimiento: la ley considera el grave ilícito del proveedor como justa causa para el desplazamiento patrimonial” (p. 29).

En el punto 6.4.1 del Capítulo 6 analizamos la figura de enriquecimiento, arribando a la misma conclusión, pues destinar la multa al consumidor no encuadra en dicha Institución. Los daños punitivos no implican enriquecimiento sin causa. Destinar la multa al consumidor, no solo es legal sino además necesario y estimulante.

En cuanto a la posibilidad de contratar seguros que cubra los daños punitivos en la Comisión existieron dos posturas: a) No resulta asegurable el daño punitivo y b) lo contrario (p.29).

Se aprobó la primera postura, a la cuál adherimos. Este tema se desarrolla en el apartado 6.7 del Capítulo 7.

Para finalizar en el Encuentro se señaló: “El tope previsto en el artículo 52 bis de la LDC resulta inapropiado a los fines del cumplimiento del fin perseguido por la norma” (p. 29).

Que la ley fije máximos y mínimos también generó críticas y división de la doctrina. No estamos de acuerdo con el texto de ley, pues consideramos que no deben existir los topes máximos.

En el apartado 6.5 del Capítulo 6, señalamos que las condenas que se dicten deben contener montos razonables y justos, buscando prevenir futuros casos análogos.

Fijar un monto tope por ley, limita la función de persuasión que persiguen los daños punitivos. Además, no resulta necesario fijar montos, pues, en cada caso concreto el magistrado es quién deberá justipreciar la condena según las circunstancias fácticas y demás particularidades del hecho dañoso.

#### **1.4 III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 23 al 25 de septiembre de 2010**

Por su importancia para la presente investigación analizamos también por separado este encuentro académico. Debe considerarse que el mismo, al igual a que las Jornadas Nacionales citadas precedentemente, se desarrollan inmediatamente después de la sanción del artículo 52 bis de la LDC.

Tal vez, esta premura del sector académico y doctrinario en expresarse en relación a la figura, tenga que ver con el hecho vinculado a la preocupación generada por la deficiencia en la redacción del artículo 52 bis de la LDC, como así también aclarar otros aspectos vinculados a la figura de daños punitivos.

La Comisión 5 bajo el título Prevención y Daños punitivos, se expidió acerca de esta figura, señalando lo siguiente: “El daño punitivo es un Instituto de naturaleza civil sin relación con el Derecho Penal. Según la ley vigente se interpreta que la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión” (p. 8).

Asimismo, la Comisión propone: “Derogar el tope máximo del monto establecido en la ley” (p. 8).

Adherimos a esta postura, todos los supuestos de pedidos de daños punitivos son distintos y debe estudiarse cada caso, no tiene sentido fijar límites en cuanto a los montos, el magistrado es el encargo de este análisis y debe justificar su decisorio.

La aseveración de la Comisión que los daños punitivos son un Instituto civil sin relación con el Derecho Penal, vuelve aún más interesante esta investigación, pues si bien este concepto es cierto, no es menos verídico que los daños punitivos son una pena y que justamente se aplican en la órbita del derecho privado.

Dijo la Comisión: “Resulta adecuada la redacción del artículo 52 bis de la ley 24240 en cuanto otorga al juez la facultad de aplicar una condena por daños punitivos” (p. 8).

Esto refiere obviamente a la facultad que se le concedió al juez para decidir sobre la aplicación de la figura. Esta postura del legislador responde a la esencia

de nuestro ordenamiento legal, pues son los magistrados, en el marco de un proceso, quienes deciden por auto fundado, ante el caso concreto, la aplicación de sanciones.

A su vez, se propuso en esta Jornada: “Mantener la redacción actual del artículo 52 bis en cuanto al destino asignado al monto por daño punitivo” (p. 8).

Este planteo es uno de los más debatidos a nivel doctrinario. El tratamiento de esta postura se brinda en el Capítulo 6, apartado 6.4 y desde ya adelantamos que coincidimos con esta proposición.

La Comisión confirma: “El daño punitivo procede sólo cuando medie al menos grave negligencia o grave imprudencia por parte del proveedor” (p. 8).

Esta posición responde a la esencia de la figura daños punitivos, los hechos siempre deben ser graves, aunque el derecho positivo no los exige.

También se dijo: “El consumidor puede petitionar en cualquier momento del proceso la imposición de daño punitivo, en razón de ser esta una potestad conferida exclusivamente al magistrado con fundamento en sus facultades instructorias” (p. 8).

Consideramos adecuada esta recomendación, pues no cambia en nada si se peticionan los daños punitivos durante el proceso, o al inicio, siempre que no se haya dictado sentencia de grado.

Por supuesto, para evitar discusiones que dilaten el dictado de una sentencia, lo recomendable sería que se peticionen los daños punitivos en el escrito de inicio de la acción.

Podemos estar de acuerdo o no con algunas propuestas, pero lo cierto es que el debate doctrinario fue de vital importancia para conocer el contenido, la esencia y fin de esta figura del derecho, caracterizada justamente por generar debates permanentes.

Estos encuentros académicos, representan una herramienta válida para la interpretación del derecho vigente, al servicio de distintos operadores jurídicos, organizaciones sin fines de lucro y obviamente consumidores.

## 1.4 Conclusiones

Es fundamental que nuestros Tribunales hagan lugar a los pedidos de daños punitivos, pues esta figura representa una herramienta de defensa a favor de los derechos de los usuarios y/o consumidores de bienes y servicios.

Este sector vulnerable, el de los consumidores y/o usuarios, exige una tutela diferencial, pues los grandes monopolios prestadores de servicios o productores de bienes, se encuentran en amplia ventaja y superioridad ya que cuentan con recursos para financiar Estudios jurídicos especializados, entre otras ventajas, gozando de una posición dominante.

Toda medida que se adopte para mitigar este desequilibrio, que se ajuste a los principios generales del derecho, debe ser bienvenida.

Si bien la redacción del artículo 52 bis de la LDC nos parece defectuosa, pues exige para la habilitación del pedido de daños punitivos el mero incumplimiento contractual o legal, lo cierto es que del estudio de estos casos surge que en general, los Tribunales han interpretado la esencia de la figura, condenando al pago de daños punitivos solo ante hechos graves.

El pensamiento de la doctrina y del sector académico, resultan esenciales para el conocimiento e interpretación de la esencia de esta figura, su alcance y finalidad, por lo que la supuesta deficiencia en la técnica legislativa no representaría un problema mayor en cuanto a la operatividad de este artículo.

Igualmente proponemos cambios en la redacción del artículo 52 bis de la LDC, para evitar cualquier error de interpretación.

Los dos encuentros citados y analizados en este tramo de la tesis nos parecen por demás relevantes. En los mismos se fijan posiciones respecto de determinadas cuestiones controvertidas que vinculan a la figura de daños punitivos. Algunas propuestas integraron los proyectos de Reforma del Código Civil Argentino, como se analiza en el Capítulo 5.

Este camino recién comienza, habrá que esperar como evoluciona la jurisprudencia en esta materia, por el momento no se encienden luces de alarma.

Ninguna sentencia de daños punitivos, al menos por ahora, fue cuestionada por violentar derechos constitucionales, lo que da por tierra la postura de los detractores, mediante la cuál se afirma la inconstitucional de la figura.

## **CAPITULO 2**

### **NOCIONES GENERALES ACERCA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS**

#### **2.1 Introducción**

Los daños punitivos nacen como una construcción pretoriana en Inglaterra en el Siglo XVIII, pero se desarrollan posteriormente en Estados Unidos.

Suele admitirse que ciertos códigos antiguos de orden religiosos contendrían disposiciones similares a los daños punitivos.

También es cierto que determinado sector de la doctrina Inglesa hace referencia que existía una subespecie de daños punitivos, preexistente a la figura en estudio.

A esta altura, los daños punitivos han cumplido más de 200 años desde su creación. A pesar de su antigüedad, la figura sigue generando debate permanente tanto en Inglaterra como en EEUU, como así también en Europa y América del Sur.

El recorrido histórico de esta Institución nos permitirá conocer acerca de los prosupuestos para su habilitación, quienes se encuentran legitimados para solicitarla y por supuesto los fines que motivaron su creación, entre otros temas.

También se analizará la naturaleza jurídica, la cuestión gramatical de los daños punitivos y su ámbito de aplicación tanto en nuestro sistema como en el país de origen y de desarrollo.

El estudio de la temática propuesta, a través de este Capítulo, resultará relevante para profundizar distintos aspectos de la figura.

#### **2.2 Origen remoto de los daños punitivos**

Los antecedentes más remotos de los daños punitivos nos remiten al Código de Hammurabi.

La Ley 120 de este Código establece

Si uno ha depositado su trigo para la guarda de la casa de otro y hubo una merma, sea que el dueño de la casa abrió el granero y robó el trigo, sea que haya disputado sobre la cantidad de trigo que había almacenada en su casa, el dueño del trigo declarará su trigo ante dios, y el dueño de la casa doblará el trigo que ha tomado y lo dará al dueño del trigo.

Otras Leyes de este cuerpo legal establecían lo siguiente: si un mercader es engañado por su agente quien le niega haber recibido la mercadería enviada, será indemnizado con seis veces el valor de los bienes o si un hombre robaba un buey, oveja o cerdo de un templo o palacio pagará treinta veces lo robado.

El término doblará citado precedentemente o el hecho de devolver más de lo robado, nos estaría remitiendo a la figura bajo estudio, ya que se trataría de un plus extra a la indemnización fijada, bajo la modalidad de castigo.

Este castigo, sin duda responde a las funciones de prevención y aleccionamiento propias de la figura.

Otros ejemplos de normas a citar que contendrían daños punitivos son las siguientes: Ley de XII Tablas, las escrituras sagradas y las Siete Partidas de Alfonso el Sabio.

Por ejemplo, la tabla VI, 2 establece que: “una víctima de usura podía recibir de un individuo el cuádruplo de la cantidad del interés usurario en la medida del exceso permitido”.

La tabla VIII, 19 señala: “el depositario infiel debía indemnizar el doble del valor depositado”

De Ángel Yagüez (2012) afirma en relación a la existencia de la figura de daños punitivos en el Derecho Histórico, lo siguiente: “El Código de Hammurabi y la Biblia muestran ya ejemplos muy expresivos” (p. 29).

En el libro del Éxodo 21:37 de la Biblia se señala: “Si un hombre roba un buey o una oveja, y los mata o vende, pagará cinco bueyes por el buey, y cuatro ovejas por la oveja”. Acá también se aplican condenas que disponen devolver más de lo robado, con la intención clara que el ladrón evalúe futuros ilícitos, pues responderá con su patrimonio si es descubierto.

Otro antecedente que se menciona en general es el Estatuto Inglés de 1275, cuyo texto establecía una doble de indemnización cuando la víctima de del daño fuese un religioso.

En cuanto al origen pretoriano de la figura citamos los casos *Wilkes v. Wood* y *Huckle v. Money*, que datan del año 1763 y el caso *Tullidge v. Wade* de 1769.

En caso *Wilkes v. Wood*, se origina cuando el Secretario de Estado Mr. Wood, acompañado por otros funcionarios del Rey ingresaron en la vivienda de

Mr. Wilkes, integrante del parlamento Inglés, para efectuar una requisita sobre sus papeles privados. Para tal fin rompen la cerradura del inmueble e ingresan.

Los abogados de Wilkes solicitaron daños ejemplares, por el daño y atropello provocado.

La defensa argumentó que la orden fue legal y que no violentó derechos esenciales.

En el veredicto, la Corte Inglesa hizo lugar al pedido y se sentenció que la indemnización por daños no solo se dirige a la satisfacción del sujeto dañado, sino que constituye un castigo para el culpable, para evitar la repetición de la conducta en el futuro, y como prueba de la reprobación de la acción por parte del jurado.

Sin duda, la sentencia representa caracteres esenciales de la figura bajo análisis, en particular vinculados con su finalidad de prevención, que se cumple con el dictado de un castigo ejemplar.

En el caso *Huckle v. Money*, el mismo Secretario libró una orden de allanamiento genérica ya que carecía de individualización de personas o bienes a requisar, contra la editorial *North Briton*.

La medida se concretó y además se mantuvo bajo custodia durante seis horas al titular de la imprenta.

En este caso, el Tribunal Inglés determinó que la falta de precisión de la orden, más la detención violaba, la Carta Fundamental de ese país y que tal circunstancia habilitaba la condena de daños ejemplares.

Estos antecedentes tienen en común, que la autoridad pública es justamente la que violenta las leyes y que en ambos se buscó una condena ejemplar, con el fin de evitar nuevos hechos futuros.

El caso siguiente es diferente, la cuestión surge entre particulares, aquí no intervienen funcionarios de la corona.

*Mr. Tullidge*, que es dueño de un bar, interpone una acción por daños contra el recaudador de impuestos *Mr. Wade*.

Resulta que *Mr. Wade* no cumplió con la promesa de matrimonio y la joven futura esposa e hija de *Mr. Tullidge* se afligió, debiendo realizar reposo.

Esta situación impidió que la joven concurra a trabajar al bar de su padre, quien a su vez asumió los gastos médicos.

El Juez de Primera Instancia le concedió una indemnización, no fundaba en el incumplimiento de la promesa sino en el hecho mismo, en virtud de las consecuencias sufridas por la joven.

En Segunda Instancia se confirma la sentencia, aclarándose que en realidad, no es relevante el dinero que perdió el actor con los medicamentos y la asistencia médica, sino más bien era necesario dictar una condena ejemplificadora.

Nuevamente se rescata de su origen pretoriano la función preventiva de la figura, circunstancia que naturalmente no debe ser olvidada, ya que motivó el origen de esta Institución. Además, se destaca otro extremo jurídico de estos precedentes, que tiene que ver con el hecho que el Tribunal buscó en todos los casos, aplicar sanciones ejemplificadoras.

Kemelmajer de Carlucci (1993) afirma

Los *punitive damages* tendrían su antecedente en los *aggravated damages*, introducidos en la jurisprudencia inglesa en el Siglo XVIII, originariamente concebidos como clave resarcitoria para ilícitos de especial gravedad a los cuales no corresponde una acción autónoma o un daño concreto de fácil liquidación. Estos daños se concedían como una suerte de compensación extra por la ofensa al honor, a la dignidad, etc (p. 21).

De lo expuesto, se desprende, que la figura de daños ejemplares o daños punitivos se originó para castigar al autor de un hecho grave, beneficiando a la víctima con un plus extra. La sanción impuesta desde sus orígenes pretendió ser ejemplificadora. La figura en la actualidad mantiene ambos caracteres generales.

### 2.3 La cuestión gramatical

La figura no solo es controvertida en su esencia, sino que además su traducción también ofrece dificultades y genera debates.

La traducción inglesa de daños punitivos es *punitive damage*, no obstante, en el sistema derecho Continental también se utilizan los conceptos *exemplary damages*, *aggravated damages*, *plenary damages*, lo que equivale a decir: daños ejemplares, daños agravados, daños en el Plenario.

Según el diccionario jurídico traducción del idioma Español al Inglés, el concepto daños punitivos es igual a señalar: *vindictive or exemplary or punitive or*

*added or presumptive damages, smart Money*. En idioma Español sería así: Vengativo o ejemplar o punitivo o añadido o presuntos daños, dinero inteligente.

Según el diccionario jurídico traducción de Español a Inglés, el concepto daños agravados es igual a decir: *indemnification granted by a court in order to reflect the exceptional hurt caused to a plaintiff of an action of civil responsibility*” *Indemnification granted by a court in order to reflect the exceptional hurt caused to a plaintiff of an action of civil responsibility*. En su traducción al idioma Español este concepto se expresaría de la siguiente manera: Indemnización concedida por un tribunal a fin de reflejar el daño excepcional causado a un demandante de una acción de responsabilidad civil

De todas formas, vale mencionar, que cierta doctrina afirma que el término *aggravated damages*, traducido como daños y perjuicios agravados, no significa lo mismo en el Derecho Americano que en el resto de la Mancomunidad Británica.

De Ángel Yagüez (2012) señala “...que la expresión *aggravated damages* no significa lo mismo en el derecho Americano que en el resto del *Commonwealth*” (pp. 22 y 23).

Este autor afirma, además: “En los últimos tiempos, se han alzado en Estados Unidos voces que sugieren –tipificar- diferentes modalidades dentro de la amplia categoría de los daños punitivos” (p. 23).

Haber dedicado estos párrafos a la cuestión gramatical de la figura de daños punitivos, nos sirve para tener presente, que en determinada bibliografía jurídica, algún autor puede estar refiriéndose a esta Institución utilizando algunos de los términos mencionados precedentemente, no tan conocidos en los manuales o publicaciones de derecho.

## **2.4 Conceptualización de los daños punitivos**

De la literatura jurídica nacional se desprende que los daños punitivos consisten en sumas de dinero que los jueces ordenan pagar a la víctima ante la ocurrencia de hechos de graves.

Dichas condenas se dictan para evitar la reiteración de futuras conductas reprochables.

Las palabras hechos graves y prevención de futuras conductas se repiten y nos remiten al origen pretoriano de esta figura.

Pizarro (1993) conceptualizó a los daños punitivos como aquellas

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 (p. 291).

En nuestra opinión, los daños punitivos no son una indemnización, sino un castigo ejemplar, que se afronta con el pago de una suma de dinero, ante el acaecimiento de un hecho grave que denota menosprecio por los derechos de terceros y cuyo fin es disuadir futuras conductas ilícitas similares.

En determinados supuestos, con la aplicación de esta figura se buscaría, reducir o eliminar los beneficios económicos que obtuvo el dañador conciente de su accionar culpable.

Su ámbito natural es el derecho civil, sin perjuicio de su contenido penal. En nuestro caso, conforme la legislación vigente, la figura rige en el derecho de consumo.

El dictado de una condena indemnizando a la víctima es independiente de la aplicación de daños punitivos. Es importante destacar esta diferencia, ya que los daños punitivos corren por separado de las condenas indemnizatorias.

Sin embargo, encontramos doctrina que se refiere a la figura utilizando el término indemnización, lo que podría generar confusión.

No resulta admisible este tipo de confusiones, pues debemos ser precisos en los términos y conceptos volcados, en particular cuando se hace referencia a una figura controvertida.

De Salas (2007) define los daños punitivos como

...la indemnización que, además de la compensación por los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el perjudicado, se le reconoce a éste con cargo al causante de los daños y perjuicios cuando ha actuado con temeridad, malicia o engaño, al objeto de sancionar su conducta y prevenir él mismo u otros incurran en la misma (p. 70).

Los daños punitivos son sin duda, una multa o sanción. Tiene la figura esencia de ser una pena o castigo.

Kemelmajer de Carlucci (1993) afirma: "Los *punitive damages* se conceden para sancionar al demandado (sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo" (p. 20).

La jurisprudencia norteamericana también ha brindado una definición del concepto de daños punitivos.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Gertz v. Robert Welch* definió a los daños punitivos como multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia.

Existen otras definiciones dentro de la doctrina nacional, que nos aportan otros elementos acerca de esta figura.

Molina Sandoval (2008) afirma

Los daños punitivos consisten en prestaciones dinerarias o de otra naturaleza que el tribunal jurisdiccional o arbitral ordena pagar a la víctima de un acto u hecho antijurídico o a un tercero –que puede ser o no el Estado- que el tribunal determine que pueden agregarse a los restantes rubros indemnizatorios –o no- en relación a los daños realmente experimentados por el damnificado, teniendo como base elementos tales como los beneficios obtenidos por el dañador, el dolo, lo repugnante de la conducta y otras circunstancias valoradas en el caso concreto, cuya finalidad es sancionatoria y preventiva (p. 3).

Este autor agrega dos elementos más hasta ahora no analizados en el presente trabajo. El primero de ellos se vincula con la posibilidad de que se cumpla una condena de daños punitivos en especie. En definitiva, no sería tan extraña a nuestro ordenamiento esta posibilidad, ya que nuestro Código Procesal Penal contempla la suspensión del juicio a prueba a cambio de tareas comunitarias. Más arriba nos habíamos referido a la condena en dinero como única opción, aunque podría darse una situación de esta naturaleza.

La otra cuestión, tiene que ver con aquellos elementos a considerar para determinar la aplicación de daños punitivos. Dogmáticamente debe existir dolo en el accionar del sujeto dañador o conductas ilícitas graves, también se evalúan los beneficios económicos que obtiene el autor del daño.

Esta enumeración no excluye otros supuestos. Cada caso debe ser considerado en forma particular, a la luz de los requisitos dogmáticos y legales necesarios para la habilitación de pedidos de daños punitivos.

Estos dos aspectos se analizan en otros capítulos, con mayor abordaje y profundidad, igualmente adelantamos que postulamos que las condenas deben

contener montos razonables que permitan cumplir con la finalidad de prevención asignada a los daños punitivos.

## **2.5 Naturaleza jurídica y características de los daños punitivos**

### **2.5.1 Naturaleza jurídica**

¿Cuál es la naturaleza jurídica de esta figura del derecho, son una multa, una sanción o una pena privada?

Si consideramos las dos definiciones conceptuales brindadas más arriba, específicamente la que ofrecen los doctrinarios Kemelmajer de Carlucci o Molina Sandoval, surge que en ambos casos, de manera directa, no utilizan ninguno de estos términos.

Solo refieren a sumas de dinero o prestaciones dinerarias, no hablan de multas ni de penas, evitan utilizar algunos de estos conceptos.

Por el contrario, como mencionamos anteriormente, en el caso *Gertz v. Robert Welch*, la Corte Suprema Norteamericana definió a los daños punitivos como multas privadas.

En este marco, cuando consideramos el vocablo sanción o pena, nuestro razonamiento nos remite instantáneamente al ámbito del derecho penal, criminal.

Cuando nos referimos a la figura del resarcimiento o reparación del daño, automáticamente pensamos en el derecho de daños.

La doctrina citada en este Capítulo, evitó utilizar términos propios del derecho criminal como las palabras sanción o multa, para definir esta institución del derecho, pero lo cierto es que los daños punitivos comparten la naturaleza jurídica de una sanción de carácter penal, pero con la particularidad de que la figura se aplica en el derecho civil.

También hay que mencionar que los daños punitivos no son la única pena que reconoce nuestro ordenamiento jurídico en el derecho privado.

El derecho argentino contempla la cláusula penal, los intereses sancionatorios, los intereses punitivos, y también aquellas penas privadas no pecuniarias pertenecientes al derecho de familia y sucesorio. Podemos citar como ejemplos, la pérdida de la patria potestad y la indignidad para suceder, entre otros ejemplos.

Afirmábamos más arriba que los daños punitivos son una pena o multa, cuyo ámbito de aplicación es el derecho civil.

Esta situación genera debate y divide a la doctrina, como se abordará en el Capítulo 4 Debate Doctrinario, pero sin duda, consideramos que la naturaleza jurídica de los daños punitivos es una pena.

### **2.5.2 Características de los daños punitivos**

La primera particularidad que define a la figura es su carácter accesorio. La indemnización de la víctima por daños y perjuicios corre por carriles separados de la condena de daños punitivos. Esta última resulta ser accesorio y persigue fines diferentes.

Tal como se desprende de las definiciones y de los conceptos volcados en este Capítulo, los daños punitivos, son una pena y representan un plus extra a favor del damnificado, independiente a la indemnización por daños y perjuicios.

Los daños punitivos no son una indemnización, son un beneficio accesorio a favor de la víctima de un hecho ilícito de particular relevancia.

En nuestro caso, la víctima es el destinatario de la condena de daños punitivos, pues así lo prevé el derecho vigente.

Díaz Fernández (2007) enseña

La multa civil es accesorio a la reparación. No hay multa civil sin sujeto condenado a reparar, pero puede existir reparación sin multa. En la reparación se desvaloriza la producción del daño en la esfera de la víctima. En cambio la aplicación de la multa supone la desvalorización del actuar gravemente reprochable del autor del daño, siendo éste el segundo presupuesto de aplicación de multas civiles (p. 5).

Desde el punto de vista procesal, los daños punitivos carecen de acción autónoma para su promoción, pues necesitan en todos los casos contar con una causa principal. No existe posibilidad alguna, desde el punto de vista del procedimiento, de solicitar en forma autónoma, daños punitivos.

Otra particularidad de la figura es su carácter excepcional. Sabemos que no procede una condena de daños punitivos en cualquier supuesto. Solo se habilita la petición de daños punitivos ante un hecho grave, tal como surge del origen pretoriano de la figura. Para obtener una sentencia que los conceda, deben

existir circunstancias particulares, hechos de los que surjan un menosprecio por los derechos del otro.

No son simples hechos, deben ser extraordinarios, graves. Debe configurarse una actitud maliciosa por parte de aquel que menosprecia los derechos de terceros.

Dogmáticamente se enumeran algunos elementos subjetivos a tener en cuenta para la obtención de una condena de daños punitivos. Nuestra Jurisprudencia se orienta en igual sentido, conforme el análisis brindado en el Capítulo 1. Lo mismo sucede en EEUU e Inglaterra.

La figura requiere un elemento subjetivo agravado, podemos referirnos a la temeridad y/o malicia del dañador, o a un obrar fraudulento. El que provoca el daño actúa conciente, conoce el perjuicio que puede generar, pero igualmente procede, menospreciando los derechos de los terceros.

En muchos casos, el obrar contrario a derecho representa además beneficios económicos para el victimario. Esta figura se definió como la culpa lucrativa.

López Herrera (2011) enseña

Claramente puede advertirse otro de los rasgos distintivos de los daños punitivos: el elemento subjetivo debe ser agravado, la mera negligencia no es suficiente para imponer daños punitivos. La jurisprudencia de los Estados norteamericanos ha sido particularmente precisa en los términos que ha usado para describir el elemento subjetivo de toda condena por daños punitivos” (p. 22 y 23).

La figura de daños punitivos posee claramente el carácter de accesoria y excepcional; no procede la condena de daños punitivos ante cualquier hecho ilícito, se requiere de una conducta grave que menosprecie los derechos del otro, al menos así se gestó la figura desde sus comienzos. Tampoco es viable como acción autónoma pues debe integrar, en todos los casos, una acción principal.

## **2.6 Finalidad de los daños punitivos. Castigo y prevención**

La finalidad de los daños punitivos es castigar al infractor y prevenir futuros hechos análogos. Su fin es castigar y prevenir.

Naturalmente de esta cuestión, surge uno de los cuestionamientos más reiterados por los detractores de esta figura, vinculado al hecho de que se le reconozca una función punitiva o de castigo a una institución del derecho civil.

Sin perjuicio de lo expuesto, la función primaria de esta figura es castigar al infractor. Los daños punitivos se originan para repudiar conductas dañosas y al mismo tiempo prevenir otras similares venideras.

Álvarez (2008) enseña

La incorporación de los daños punitivos ha generado en la doctrina – antes de su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor – dos objeciones: (1) el rechazo por ser una institución ajena a nuestro sistema jurídico, y (2) la extrañes que los conceptos de “disuasión” y “punición” – ajenos a la reparación integral – importan en la teoría de la responsabilidad civil. Lo cierto es que la responsabilidad civil no tiene únicamente naturaleza *resarcitoria*, ya que también cumple una función *preventiva*, y una función *punitiva*. Estas últimas, se manifiestan en las indemnizaciones punitivas que buscan el castigo de una conducta reprochable y la disuasión de conductas similares, tanto para el condenado como para la colectividad (p. 1).

Está claro que ambas funciones se complementan, en el sentido que con la aplicación de una pena el sistema busca prevenir infracciones, disuadir futuras conductas dañosas.

Prevot (2009) afirma

Entre los instrumentos sociales de tinte jurídico, compete al derecho privado en general, y al civil en particular, amén de las regulaciones administrativas y sanciones penales, cargar con tamaño cometido preventivo- punitivo. Inhibitoria y resarcimiento representan entonces dos remedios, sanciones o mecanismos de tutela distintos y autónomos (p. 3).

Este concepto de prevención se repite en el pensamiento de la doctrina y debe valorizarse pues hace a la finalidad de la figura.

Le Tourneau (2000) afirma que la responsabilidad civil: “...presenta también un aspecto preventivo que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad” (p.3).

Existen normas de fondo del derecho comparado, que regulan los daños punitivos, que expresamente hacen referencia al término prevención.

El artículo 1621 del Código Civil de Québec establece: “Que cuando se prevea a un caso la aplicación de daños punitivos, su monto no podrá exceder de valor necesario para asegurar la función preventiva de estos”.

Esta norma quiere decir, que la condena debe contener un monto determinado, de utilidad para prevenir que los futuros infractores antes de cometer el hecho dañoso, evalúen continuar o desistir con su accionar. Se podría señalar, que el concepto de prevención, en este caso, además se vincularía con el análisis económico de la figura.

Díaz Fernández (2007) afirma

Las multas civiles, como toda pena, poseen función preventiva. La pena motiva a los sujetos al cumplimiento del mandato normativa no dañaras, inhibiéndolos de causar daños por la intimidación psicológica deriva de la posible aflicción punitiva en caso de desatención al precepto y, en caso de concretarse el daño, por la propia experiencia aflictiva que sufre el autor. La norma jurídica que contiene como precepto el mandato no dañaras, refuerza su elemento sanción, serás penado y repararas, siendo los sujetos abordados de manera más eficaz por la norma (p. 452).

En los autos *Whiten v. Pilot Insurance*, sentencia del año 2002 SCC 18, Número 27229, la Corte Suprema de Justicia de Canadá condenó a una aseguradora al pago de daños punitivos.

Entre los argumentos el Tribunal expresamente refiere a la función castigo que contiene el derecho civil, inclusive en el Derecho Consuetudinario o Derecho Anglosajón.

El Tribunal dijo

El castigo es un objetivo legítimo no sólo del derecho penal, sino también del derecho civil. Los daños punitivos sirven a una necesidad que no puede ser satisfecha ni por el puro civil ni por el puro derecho penal. El punto clave de los daños punitivos es que son otorgados únicamente cuando todas las otras penalidades han sido tomadas en cuenta y consideradas inadecuadas para lograr los objetivos de retribución, castigo y denuncia. La función punitiva sin duda, representa unos de los cuestionamientos mas relevante que se le hacen a la figura de daños punitivos, pues se entiende que la finalidad de responsabilidad civil es exclusivamente la de indemnizar a la víctima pero jamás aplicarle una multa (p. 18).

Con los daños punitivos se busca esencialmente castigar al autor de un hecho ilícito repudiable, grave, que denote el menosprecio por los derechos ajenos. Este castigo actúa en lo subjetivo, en lo interno del individuo, pues se supone que el futuro dañador debería evaluar la posibilidad de una sanción antes

de disponerse a obrar en contra de la ley. Esto es así con respecto a cualquier sanción, tanto penal como administrativa o civil como en este caso.

Kemelmajer de Carlucci (1993) enseña

Los *punitive damages* se conceden para sancionar al demandado – el sujeto dañador- por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo. Persiguen, entonces, una doble finalidad: punir, sancionar *-punishment-* y disuadir, motivar para que no se vuelva a cometer la misma conducta *-deterrence-* (p. 20).

Determinados sectores refieren a esta temática como la doble faz preventiva y sancionatoria de la figura de daños punitivos, asumiendo con naturalidad que los daños punitivos engloban ambas funciones.

Molina Sandoval (2011) afirma

...no cabe duda que la finalidad del instituto o móvil es de carácter sancionatorio, pues procura castigar determinadas conductas que lesionan al interés comunitario y que deben ser reprochadas por el derecho. Asimismo, también posee un jaez preventivo, pues como sostiene la doctrina, las punitivas procuran impactar de manera concreta en el espectro de las conductas de todos los integrantes de la comunidad. En consecuencia, se ha señalado el doble carácter de instituto, que su finalidad no es sólo de castigar a la demandada por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir, que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares (p. 2).

A lo expuesto, se le podría agregar una tercera función denominada reparación de daños sociales. El fin de esta función es reparar el daño sufrido por víctimas que no han participado de los litigios a través de la conformación de fondos solidarios que se componen de montos derivados de las condenas de daños punitivos. Estos serían los casos de daños colectivos, como surgen en el derecho ambiental.

Racimo (2005) enseña

Este instituto también se dirige a satisfacer otros objetivos secundarios. A partir de la multiplicación de veredictos por daños punitivos –originada en la década del 90- se ha llegado a considerar que existe un tercer objetivo principal que es la reparación de los daños societales (*societal damages*). Estas ideas se basan también en la legislación de ocho estados que contemplan la formación de fondos para destinar la indemnización por daños punitivos a rentas generales o a fondos específicos para compensar a víctimas que no han participado de los procesos (p. 9).

Concluimos que las funciones primarias de la figura de los daños punitivos son castigar y prevenir.

La indemnización por los daños causados, que por el mismo hecho dañoso corresponda, es independiente de las sanciones por daños punitivos. La separación de la sanción de daños punitivos, de las indemnizaciones, es una de las características propias de la figura de daños punitivos y responde a su esencia y origen.

En cuanto a la función de la figura destinada a dismantelar los beneficios económicos del infractor o dañador, mencionamos que la misma se aborda en el apartado 6.5.1. del Capítulo 6, cuyo título es la Culpa Lucrativa.

Estas particularidades descritas, vuelven más interesante la figura y despierta interés su investigación, pues los daños punitivos no son una indemnización, son una sanción de contenido penal que se aplica en el ámbito civil, cuyo fin es castigar al infractor y disuadir futuras conductas ilícitas, importada de un sistema legal distinto al nuestro.

## **2.7 Ámbito de aplicación**

Conforme nuestro derecho vigente, los daños punitivos se aplican exclusivamente en la órbita de la responsabilidad contractual, en el marco de las relaciones de consumo. Esto resulta ser una particularidad, ya que en su sistema de origen, la figura regiría esencialmente en el ámbito extracontractual. En la órbita contractual, se aplicaría de manera excepcional, siempre que exista fraude.

Kemelmajer de Carlucci (1993) afirma: “En EEUU, al igual que en Inglaterra, estas sanciones no se aplican en la órbita de la responsabilidad contractual. No obstante, se conceden si se prueba fraude” (p. 26).

Nuestra figura de daños punitivos modifica entonces parcialmente, el ámbito natural de aplicación de esta Institución.

En cuanto a la afirmación de que se aplican en la órbita contractual si existe fraude, hay que destacar que no existe, sobre este extremo, consenso en la doctrina nacional respecto de la internacional.

De Ángel Yagüez (2012) señala

En un valioso trabajo de Aída Kemelmajer de Carlucci, la autora, después de advertir que en Estados Unidos, al igual que en Inglaterra, los daños punitivos no se aplican en la órbita de la

responsabilidad contractual, puntualizó que, sin embargo se conceden si se prueba fraude. Pero me parece que los casos mencionados por la autora no son, en rigor ejemplos de *punitive damages*. Más bien creo que lo que en ellos se ventila era un problema de cálculo del llamado cumplimiento por el equivalente (p.109).

A nuestro modo de ver las cosas, los daños punitivos, en su sistema de origen rigen, sin lugar a dudas, en la órbita de la responsabilidad extracontractual, pero existen precedentes judiciales que dan cuenta que además los aplicaron en la órbita de la responsabilidad contractual, tal como lo mencionamos en el Capítulo 3, apartado jurisprudencia norteamericana, en donde a raíz de una sobreventa de pasajes se condenó a la empresa aérea al pago de daños punitivos.

Igualmente, este panorama en el Derecho Anglosajón no ha generado debate alguno, ni despierta ninguna preocupación.

Por último, dedicamos el Capítulo 4, al análisis del debate doctrinario nacional considerando, para tal fin, distintas voces de juristas locales que se dedicaron a defender o criticar a los daños punitivos.

Ambas posturas son sumamente válidas, pero nunca imaginamos que existía un debate internacional que involucra a especialistas de diferentes países que no opinan de igual manera respecto de algunos de aspectos jurídicos esenciales de los daños punitivos.

## **2.8 Otras sanciones en el derecho civil**

En la introducción al presente Capítulo, señalábamos que en el CCA existen otras figuras que contemplan disposiciones de carácter punitivo, que comprenden al derecho civil, societario, de familia, entre otros.

Ferrer (2011) afirma

Si nuestro Código Civil, desde hace más de cuarenta años, prevé la condena al pago de una obligación accesoria como sanción por la inconducta procesal y la dilación en el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero, nos preguntamos: ¿Cuál es el inconveniente en prever una sanción civil por la violación de la ley de defensa del consumidor? La respuesta es obvia: No hay inconvenientes en la inserción de los daños punitivos en nuestro régimen jurídico (p.3).

Para citar algunos ejemplos, podemos referirnos a la cláusula penal o las astreintes, o aquellas sanciones que recaen sobre los socios, o las sanciones del derecho de familia.

Ferrer (2011) enseña

Por otro lado, sin pretender ingresar al debate sobre la naturaleza jurídica de algunos institutos como son las cláusulas penales, las astreintes, los intereses sancionatorios y las sanciones a los litigantes maliciosos, creemos que todos estos institutos que existen desde hace años en nuestro sistema jurídico, participan más del carácter sancionatorio que resarcitorio; y pese a ello ningún escándalo jurídico o inconveniente grave parece haberse suscitado con su aplicación (p. 3).

El artículo 790 señala: “La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar una obligación”.

A su vez, el artículo 791, determina: “La cláusula puede tener como objeto el pago de una suma de dinero, cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las prestaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero”.

Por su parte, el artículo 804, en su parte pertinente, establece: “Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplan deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial”.

Si bien es cierto que la Cláusula Penal difiere de los daños punitivos en el sentido que se trata de un acuerdo de partes, es decir su fuente es el contrato, no dudamos de su carácter punitivo.

En el segundo caso, el incumplimiento de una manda judicial habilita el pedido de astreintes o multa civil. Aclaramos que es común que los jueces se refieren a las astreintes utilizando directamente el término de multa civil.

Estas disposiciones judiciales implican el pago de un monto de parte de quién no cumple con una manda judicial. Esto no exige mayor comentario ni análisis, salvo que en ambos casos hablamos de incumplimientos de las obligaciones de ley o contractuales.

Kemelmajer de Carlucci (1993) enseña

En nuestros días, en cambio, la pena privada aparece en las más diversas figuras del derecho de las obligaciones (astreintes), de familia (privación de la patria potestad), en el derecho sucesorio

(indignidad para suceder), en los contratos (cláusula penal); en el derecho laboral, en la obligación monetaria, urbanística, agraria, etc (p. 15).

Otro supuesto de daños punitivos está vinculado con el Derecho Societario, a través del artículo 133 de la Ley General de Sociedades (LGS).

El artículo 133 establece: Un socio no puede realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento expreso y unánime de los consocios. La violación de esta prohibición autoriza la exclusión del socio, la incorporación de los beneficios obtenidos y el resarcimiento de los daños.

En nuestra opinión, este artículo no solo representa a la figura de daños punitivos sino además a nuestro sistema de responsabilidad civil, ya que esta última se originó para resarcir a la víctima y castigar al dañador, conforme lo desarrollado en el Capítulo 6.

A través de este artículo se establece el resarcimiento del daño y la sanción de expulsión del socio, sumado a la incorporación de los beneficios económicos obtenidos por este a favor de la persona jurídica. Este panorama demuestra la vinculación inequívoca de la figura de daños punitivos con la responsabilidad civil. Ambas Instituciones confluyen en una misma reglamentación. Castigo y anulación de los beneficios económicos son las palabras claves de la figura de daños punitivos. En cuanto a la responsabilidad civil destacamos los conceptos de resarcimiento y sanción.

Alvarez Larrondo (2009) afirma

El artículo citado establece claramente dentro del marco del Derecho Comercial, una pena privada a favor de la persona jurídica lesionada. Es que la norma es terminante, al resarcimiento de los daños (reducción de ventas por actuación del socio en competencia, divulgación de secretos, etc), se le suma la incorporación a la sociedad de los beneficios obtenidos por el socio competidor con la actividad efectuada en provecho propio o de terceros. Y la finalidad es clara. Se busca expresamente desincentivar la práctica lesiva, imponiendo una sanción que no admite ecuación previa. Así, la sociedad afectada recibirá tanto lo que por derecho indemnizatorio le corresponde, como así también, las ganancias obtenidas por el competidor (p. 4).

En este caso, la norma habilita la exclusión del socio incumplidor y permite la incorporación al patrimonio societario de los beneficios que obtuvo este, al

mismo tiempo la persona jurídica es beneficiaria de la indemnización por daños que se determine.

La sanción recae sobre el socio infractor, materializada con su expulsión de la sociedad y por otra parte la incorporación de los beneficios económicos obtenidos por este socio a favor de la persona jurídica, todo esto sumado a la indemnización por daños y perjuicios.

Vemos que en este caso solo varía la especie de sanción, pero su esencia de castigo sigue intacta, con lo cual no resultaría tan extraño admitir que la sanción de daños punitivos sea en especie, como lo propone la doctrina citada en el apartado 2.4 de este Capítulo.

Otra norma que podría contener la figura de daños punitivos es la Ley General del Ambiente (LGMA).

Su artículo 28 establece

El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

En los autos caratulados “Di Tella Enzo Mario C/ Municipalidad de San Luis del Palmar S/ Medida Autosatisfactiva”, Expediente N° 60394/11, sentencia del Superior Tribunal Provincial, el Defensor Oficial de la Primera Circunscripción solicitó, ante un conflicto vinculado al destino final de los residuos urbanos, la aplicación del artículo 28 de la LGMA.

En su planteo el Defensor peticionó expresamente se condene a la accionada a cumplir con la indemnización pecuniaria establecida por el artículo 28 de la LGMA, con destino al Fondo de Compensación Ambiental, en la suma que se estime para responder por la remediación al medio ambiente dañado.

En este caso el funcionario judicial consideró que el artículo 28 de la citada norma contiene una indemnización de carácter pecuniario. Para este Defensor esta indemnización sería equivalente a la figura bajo análisis.

En nuestra opinión consideramos que esta norma en realidad refiere a una indemnización. Existe además otra diferencia con respecto al destino del monto,

pues el artículo 52 bis de la LDC lo destina al consumidor y la LGM a un fondo especial.

## **2.9 Conclusiones**

El conocimiento del origen de la figura de daños punitivos, su cuestión gramatical, los fines atribuidos, su naturaleza jurídica y ámbito de aplicación, serán en su conjunto, el punto de partida para realizar un estudio profundo de esta Institución del derecho, la que se caracteriza por su carácter controvertido al punto que tanto en su país de origen y en el de mayor trascendencia EEUU, aun se sigue discutiendo su vialidad, eficacia y vigencia.

En los países de tradición continental la figura directamente ha provocado la división de la doctrina en dos sectores. Por un lado, están los que apoyan los daños punitivos y celebran su incorporación al derecho de consumo y por otro, los que se oponen a dicha legislación, formulándole ciertas críticas.

También existen diferencias de opiniones entre doctrinarios de distintos países que se vinculan al ámbito de aplicación de los daños punitivos en los modelos jurídicos predominantes.

Sin embargo, en nuestro caso, los daños punitivos integraron dos proyectos de reforma del CCA aunque luego fueron suprimidos, al mismo tiempo son derecho positivo conforme el artículo 52 bis de la LDC.

La discusión en la Argentina acerca de los daños punitivos no es reciente, pues se viene debatiendo al respecto desde hace más de quince años. Existen antecedentes jurisprudenciales de la década del `90.

Asimismo, la figura fue analizada en diferentes encuentros académicos nacionales, anteriores y posteriores a la sanción del artículo 52 bis LDC.

En estos espacios de pensamiento científico, existió consenso generalizado para la incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo, propiciándose además que la figura integre nuestro régimen de responsabilidad civil, lo que hasta el momento no ocurrió.

Así las cosas, nos representa un desafío relevante el estudio de esta Institución del derecho, originaría de un país con el que no compartimos la misma tradición jurídica y que a pesar de su antigüedad, tanto en su lugar de origen

como de mayor propagación, aun se sigue cuestionado su conveniencia y finalidad o su supresión.

Por otra parte, existe una tendencia de incorporar los daños punitivos en diferentes países que siguen la tradición romana, circunstancia que genera arduo debate doctrinario y académico de interés para este trabajo de investigación.

Asimismo, el hecho de que dentro de la órbita del derecho civil puede subsistir una figura de contenido penal, nos obliga además a reflexionar sobre las funciones y finalidades de la responsabilidad civil.

En los capítulos siguientes se abordaran estas cuestiones con la profundidad propia de una investigación doctoral.

## CAPITULO 3

### LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

#### 3.1 Introducción

En el Capítulo 2 nos referíamos al origen pretoriano de la figura de daños punitivos. Señalamos que la figura nace en Inglaterra, en el Siglo XVIII, a través de dos fallos que son considerados por la doctrina Inglesa como el origen de los daños punitivos.

Posteriormente dijimos, que los daños punitivos adquieren mayor trascendencia en EEUU y que también se han propagado en otros países del Derecho Anglosajón. A través del presente Capítulo abordaremos la evolución y desarrollo de esta figura en los países señalados precedentemente.

También se efectuará un repaso por la situación que atraviesan Francia, España, Colombia, Uruguay, en cuanto a esta figura. Estos países se niegan a incorporar los daños punitivos a los distintos ordenamientos.

En España, los Tribunales, en forma unánime, rechazan los planteos de daños punitivos, bajo el argumento que la figura no se encuentra legislada.

Igualmente, sectores de la doctrina española consideran que los daños punitivos ya se encuentran incorporados al sistema jurídico español a través de la Ley Orgánica N° 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen Española. Este pensamiento se repite en Colombia y Uruguay.

Por su parte, la Corte de Casación Francesa adoptó el mismo criterio fijado por los Tribunales Españoles, agregando además, que la figura de daños punitivos es extraña y no responde a su tradición jurídica. Sin embargo, existió en Francia un proyecto de reforma del Código Civil Francés que contemplaba expresamente los daños punitivos.

En Latinoamérica el panorama no es muy diferente a lo que sucede en España y Francia, vale decir se cuestiona la figura en razón de tratarse de una institución ajena a nuestra tradición jurídica, afirmándose además, que los daños punitivos son exclusivos del derecho penal, que no compatibilizan con el derecho civil y que su aplicación violenta derechos constitucionales (Mayo, 2009, entre otros).

También se dice que aplicar esta figura implicaría enriquecimiento sin causa a favor de la víctima.

En nuestro país, antes de la sanción del artículo 52 bis de la LDC, los Tribunales locales, al igual que la Corte de Casación Francesa, rechazaban los pedidos de daños punitivos, argumentado vacío legal.

Esta situación se revirtió a partir del año 2008, con la incorporación del artículo 52 bis a la LDC.

Por otra parte, se destaca, que en EEUU como Inglaterra, la doctrina ha comenzado a cuestionar la procedencia y conveniencia de los daños punitivos.

Inclusive, el Poder Judicial Inglés y Norteamericano, ha limitado el alcance de condenas de daños punitivos, y en general los montos de las sentencias son disminuidos en las instancias superiores, sin que ello trascienda.

Así las cosas, surge entonces que la situación de los daños punitivos no es la misma en EEUU, Inglaterra y Canadá, que en el resto de los países de Europa y America Latina.

Incorporaremos al presente Capítulo doctrina y jurisprudencia extranjera como así también derecho positivo, a lo que sumaran proyectos de legislación que incluyeron la figura bajo estudio.

Conocer la experiencia de estos países en el estudio y tratamiento brindado a la figura de daños punitivos resultará de utilidad para debatir futuras normas que contemplen esta Institución del derecho.

## **3.2 Los daños punitivos en el Derecho comparado. Desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los daños punitivos en Inglaterra, EEUU, Canadá, Francia, España, Colombia y Uruguay. Convenio de Roma II**

### **3.2.1 Los daños punitivos Inglaterra**

En el apartado 2.2 del Capítulo 2 señalábamos que los casos *Wilkes v. Wood* y *Huckle v. Money*, ocurridos en el año 1763 son identificados como los que originaron los daños punitivos. Se trataron de abusos de parte de los funcionarios de la corona que habilitaron una pena ejemplar.

También debemos mencionar el caso *Rookes v. Barnard* dictado en el año 1964, es decir unos 200 años posteriores al dictado de los primeros antecedentes.

Este precedente trasciende por que la Corte Inglesa a través del mismo, fija ciertos límites para la aplicación de la figura de daños punitivos.

En los hechos, este caso se vincula al despido de un trabajador por influencia del sector sindical, encuadrándose la situación como interferencia dañosa. Lo que sucedió fue que el trabajador se desafilio de su gremio por diferencia de opiniones.

Los sindicalistas reaccionaron y exigieron que el empleador despidiera al trabajador bajo amenaza de huelga. Finalmente, el empleador despidió al trabajador previo a dar cumplimiento a los mecanismos legales de despido.

Con este antecedente, la Corte Inglesa, marcó límites a la figura de daños punitivos, autorizándolos solo en los siguientes casos:

1) Comportamiento arbitrario de la autoridad pública en contra tanto de un particular como de una sociedad empresario.

Para la tradición inglesa los servidores del gobierno son servidores a su vez del pueblo Inglés. No se acepta que ningún funcionario viole este principio.

2) El segundo supuesto que habilita la aplicación de daños punitivos tiene que ver con lo que nuestra doctrina denominamos la culpa lucrativa, es decir a los beneficios económicos considerados por el infractor.

3) El tercer supuesto que avala el Tribunal Inglés es justamente cuando la ley habilita la aplicación de daños punitivos. Esto podría ser considerado una rareza toda vez que son escasas las normas inglesas que habilitan la aplicación de daños punitivos.

Cierta doctrina opina que con este precedente, el Tribunal Inglés casi suprime la figura de daños punitivos.

Corderch (2003) afirma

Que en Inglaterra los daños punitivos casi fueron abolidos cuando en 1964, una sentencia de la Cámara de los Lores *Rookes v. Barnard* excluyó los *punitive damages* por considerarlos incompatibles con la naturaleza estrictamente compensatoria de la indemnización de daños y perjuicios (p. 142).

Según este mismo autor, los daños los daños punitivos, a partir de este precedente, se aplicaran en los siguientes casos: i) en todos los autorizados expresamente por la ley; ii) contra actos del gobierno y sus agentes que resultaran opresivos, arbitrarios o inconstitucionales, y iii) para expropiar al demandado los eventuales beneficios de su conducta (p. 142).

Otro antecedente que podemos citar es el caso *Cassell & Co. Ktd. V. Broome*.

En esa oportunidad, la Corte Inglesa formuló algunas aclaraciones vinculadas a la figura en estudio. En este orden el tribunal dijo que la conducta reprochable debía ser llevada cabo por funcionarios públicos, agentes municipales o de la policía; que el solo hecho de la existencia de beneficio económico a favor de dañador habilitaba la figura sin necesidad de establecer su monto.

También la Corte consideró, como una suerte de obrar doloso; refiriéndose a la conducta del autor que conoce su obrar dañoso y pesar de ello continúa infringiendo. En general, la literatura jurídica inglesa menciona estos antecedentes con la intención de demostrar que la figura nace en Inglaterra, hecho jurídico que no se cuestiona y que su impulsor fue la justicia de ese país, confirmándose su origen pretoriano.

### **3.2.2 Los daños punitivos en EEUU. Consideraciones generales**

En primer lugar conviene aclarar que la figura de daños punitivos en este país no recibe el mismo tratamiento en todos sus Estados. Se plantean diversos escenarios.

Existen Estados que la prohíben en determinados casos y otros que la prohíben en líneas generales. Por el contrario, también existen aquellos que directamente aplican la figura sin limitaciones.

A modo de ejemplo señalamos que los daños punitivos están prohibidos en el Estado de *Louisiana*. Esta decisión seguramente se podría vincular con el hecho que este Estado fue colonia francesa y su sistema legal es el Derecho Continental.

La jurisprudencia ha señalado: "No hay autoridad en la Ley de Louisiana para reparar daños punitivos en ningún caso, a menos que sea por algún error particular que un estatuto autoriza expresamente a imponer tal pena". Suprema Corte de Louisiana, *Mc Coy v. Arkansas Natural Gas CO*, 175 La 487, 143 So. 383, 385.

La ausencia de marco legal, es el argumento utilizado en los países de tradición romanistas para rechazar el pedido de daños punitivos, como veremos mas adelante.

También están prohibidos en los Estados de Massachusetts y Nebraska. En Alabama los daños punitivos se prohíben cuando son dirigidos contra las agencias estatales. En Kansas no se autorizan los daños punitivos en contra de fabricantes de medicamentos. Es decir, se plantean distintas situaciones en cuanto a la aplicación de daños punitivos según el Estado que se trate o bien contra quienes van dirigidos.

En el Estado de Washington también están prohibidos los daños punitivos.

La Suprema Corte de Washington dictaminó

No hay nada escatimado en la regla de compensación. El partido totalmente es compensado para toda la herida, hecho a su persona o propiedad, y para todas las pérdidas que él puede sostener por la razón de la herida, en la adición para recompensar por el dolor físico, si alguno ha sido infligido". (Spokane Truck & Dray Co. V. Hoefler, 2 Wash. 45, 25 P. 1072 de 1981)

Según López Herrera (2011) la corte del Estado de Washington consideró: "que la indemnización compensatoria cubre todos los daños que pueda haber sufrido el damnificado y, por lo tanto, no hay razón para otorgar nada mas" (p. 43).

Como consecuencia del federalismo Norteamericano resultarían ser los distintos escenarios que existen en cuanto a la aplicación de los daños punitivos en ese país. Igualmente hay que señalar que son pocos los Estados que rechazan la aplicación de esta figura.

En orden a los antecedentes jurisprudenciales podemos afirmar que la doctrina norteamericana no es pacífica cuando se refiere al primer antecedente que se dictó en relación a los daños punitivos.

Cierto sector opina que el primer precedente de daños punitivos se vincula al caso *Coryell v. Colbough* del año 1791. Este antecedente está relacionado con un incumplimiento de un esponsal a su promesa de matrimonio.

En referencia a este antecedente López Herrera (2011) afirma: "El jurado fue instruido a no estimar el daño por ninguna particular prueba de los daños o pérdidas reales, sino otorgar una condena que sirviera de ejemplo para prevenir tales ofensas en el futuro" (p. 34).

Sin duda los términos condena ejemplar y prevención nos remiten directamente a la esencia de la figura de daños punitivos.

Otro sector de la doctrina menciona al caso *Day v. Woodworth* de 1851, como el primer antecedente. El mismo surgió por el uso de una represa del molino entre vecinos.

En este antecedente, la Corte Suprema dijo

En muchas de las acciones civiles, como la difamación, la calumnia, la seducción, etc., el daño hecho a la demandante es incapaz de ser medido por una norma de dinero; y los daños evaluados dependen de las circunstancias, que muestra el grado de depravación moral o atrocidad de la conducta del acusado, y pueden ser denominados adecuadamente ejemplares o reivindicativo en lugar de compensatoria. En las acciones de transgresión, donde la lesión ha sido disolutos y maliciosa, o macroscópica e indignante, los tribunales permiten que los jurados para añadir a la compensación medido de la demandante, que habría tenido derecho a recuperar, tenían la lesión ha infligido sin un diseño o intención, algo más a modo de castigo o ejemplo, que a veces se ha llamado "dinero inteligente (p. 363).

El Tribunal también sentenció

Esto ha sido siempre deja a la discreción del jurado, como el grado de que el castigo sea infligida por lo tanto debe depender de las circunstancias particulares de cada caso. Debe ser evidente, también, que, ya que depende del grado de malicia, disoluciones, opresión o ultraje de la conducta del acusado, el castigo de su morosidad no puede ser medido por los gastos de la demandante en la persecución de su traje. Es cierto que los daños, evaluados a modo de ejemplo, por lo que pueden compensar indirectamente a la demandante por el dinero gastado en el consejo-honorarios; pero la cantidad de estos derechos no puede ser tomado como medida de castigo o un elemento necesario en su imposición (p. 367).

Del precedente se desprende que los daños punitivos no se aplican a cualquier hecho sino aquel hecho agravante que trasciende y que menosprecia los derechos del otro. No todas las acciones de daños habilitan el pedido de daños punitivos. El agravio invocado debe revestir gravedad extrema. Estas particularidades responden a la esencia de la figura en estudio.

López Herrera (2001) afirma

En este fallo surge clara la distinción a que se apuntara desde el principio: la indemnización común tiene como medida el perjuicio sufrido por la víctima, la indemnización punitiva, ejemplar o múltiple

tiene otros parámetros de medida que se relacionan mucho más con el victimario (p. 35).

Como dato a tener en cuenta. Si bien es cierto, que en este país se registran numerosos casos de condenas de daños punitivos, algunas de ellas trascienden por los montos elevados de la sentencia, también es verídico que estos importes luego son reducidos por los Tribunales de Alzada, aunque esto último no adquiere difusión ni estado público.

Sánchez Costa (2009) menciona como ejemplo

El famoso caso *Grimshaw v. Ford Motor Co*, en el que el jurado otorgó a los actores la suma de US\$ 2.500.000 de daños compensatorios y US\$ 125.000.000 en concepto de daños punitivos, monto este que luego fue reducido a la suma de US\$ 3.500.000 en razón de la desproporcionada desigualdad entre los rubros (p.1).

Otro pensamiento colectivo a nivel sociedad, tiene que ver con el hecho de que en EEUU los daños punitivos son como una regla general en el derecho de daños. Dicho de otra forma, se piensa, a nivel colectivo, que todos los hechos ilícitos que provocan daños habilitan el pedido de daños punitivos.

Esto último obviamente no es así, no todo hecho ilícito habilita la aplicación figura, el mismo debe estar investido de ciertas condiciones y particularidades.

Sánchez Costa (2009) señala

... fue del otro lado del Atlántico donde el otorgamiento de daños punitivos fue creciendo cada vez más, creándose en el imaginario popular la idea de que en Estados Unidos los daños punitivos son la regla y que en cualquier juicio la víctima de un daño es indemnizada con una suma exorbitante en dicho concepto (p.1)

Otro antecedente importante fue el caso *Gertz c. Robert Wiehc, inc. 418 US, 323, 350, 1974.*, mediante el cual la Corte Suprema Norteamericana conceptualiza la figura de daños punitivos y brinda consideraciones acerca de su contenido.

La Corte: “Los daños punitivos son multas privadas impuestas por jurados civiles a fin de castigar conductas reprochables y para disuadir que reiteren en el futuro” (p.12).

Este fallo es importante porque despeja dudas acerca del contenido y finalidad de la figura de daños punitivos.

Otro caso que trascendió en la Justicia de este país fue *Pacific Mutual Insurance Co. V. Haslip* de 1991 y por su importancia lo mencionamos.

En este antecedente, la Corte Suprema hizo referencia a dos conceptos: racionalidad y constitucionalidad de los daños punitivos.

En los hechos, surge que un empleado de *Pacific Mutual Insurance Co.*, que se desempeñaba como productor de seguros percibía los cheques por las primas de seguro de vida y salud de empleados municipales pero no se los entregaba a su empleador.

Una asegurada de profesión empleada municipal, se enfermó y al ser hospitalizadas advirtió que carecía de seguro. La actora reclamó por daños y perjuicios y pidió una condena de daños punitivos. Su planteo fue aceptado aplicándose a la aseguradora una multa por daños punitivos superior a la condena por daños compensatorios.

La Corte en este antecedente se refirió al método de cálculo de los daños punitivos aclarando que por si solo no es violatorio del debido proceso. Dijo que existen razones históricas que sostienen esta posición y que para cambiar esta tradición de más de doscientos años eran necesarias fundadas razones.

En este caso la Corte avaló el método de cálculo pero aclaró que no existe un monto de condena determinado que permita establecer que una condena de daños punitivos es inconstitucional. También analizó hasta que extremo es constitucional una condena de daños punitivos cuyo límite es la discrecionalidad de un jurado.

Señaló además el Tribunal, que las preocupaciones generales de razonabilidad y guía adecuada al jurado entran dentro del cálculo constitucional, ponderando además que se concedieron distintas apelaciones y protecciones procesales a favor del demandado. En definitiva, la Corte reafirma su tradición jurídica en cuanto los daños punitivos son constitucionales.

Lo que rescatamos de esta precedente es que una condena de daños punitivos es constitucional si es razonable en cuanto al monto de condena y si además se garantizó el derecho de defensa del imputado.

Este punto fue analizado, en el presente trabajo, bajo el título Constitucionalidad de la figura de daños punitivos. Es esencial que se respeten las garantías constitucionales del infractor y que la condena de daños punitivos no afecte su derecho de propiedad.

Existe otro caso posterior, donde la Corte Suprema Norteamericana vuelve sobre los extremos de racionalidad y constitucionalidad de los daños punitivos, nos referimos al caso *BMW of North America v. Gore*.

En esta oportunidad la Corte Norteamericana sentenció que las condenas por daños punitivos que son groseramente excesivas son inconstitucionales por violación del debido proceso.

Los hechos son los siguientes. El comprador de un vehículo de marca BMW detectó que su auto tenía un defecto en la pintura exterior. Esto se debía a que los vehículos de esa serie habían sufrido una lluvia ácida que afectó la primera capa de pintura.

La empresa reconoció el hecho pero consideró que no era necesario informar a los clientes pues el defecto no superaría el 3% del valor de la unidad además que el defecto no afecta la seguridad ni el confort de la unidad.

Según el demandante el obrar de la empresa automotriz implicó un evidente engaño al tiempo que disminuyó el valor del bien; el comprador logró probar que el defecto en la pintura superó el 10% del valor del bien.

El Tribunal de Alabama estimó que la reparación del bien ascendía a U\$S 4000 dólares y dispuso que esa suma se multiplique por los 983 vehículos vendidos por esta empresa en EEUU. Ese cálculo arrojó la suma de U\$S 3.932.000 en concepto de daños punitivos. La Corte Estatal de Alabama redujo a U\$S 2.000.000 y luego el Máximo Tribunal Federal consideró que la condena era groseramente excesiva lo que afectó el derecho constitucional del debido proceso.

Agrega la Corte Federal: “Que la condena es violatoria del debido proceso cuando es groseramente excesiva, lo que implica que la misma trasciende el interés legítimo del Estado en castigar conductas ilegales, afectando la disuasión del castigo” (p.18).

En líneas generales, la jurisprudencia norteamericana, confirma su tradición jurídica vinculada a la aplicación de daños punitivos, pero dejó claro en que casos procede y bajo que circunstancias, resaltando que se deben garantizar los derechos del infractor al tiempo que los montos que se fijan por este rubro no pueden afectar el debido proceso, propiciando sentencias que contengan condenas justas.

En síntesis, tanto la Corte Inglesa y como la Norteamericana fueron las encargadas de delinear la figura, determinar su alcance y procedencia, afirmando su constitucionalidad siempre que no se violenten los derechos del infractor.

### **3.2.3 Los daños punitivos en Canadá**

La Suprema Corte Canadiense también se ha manifestado en relación a los daños punitivos, delineando la figura y confirmando su procedencia en el ámbito civil.

En el caso *Whiten v. Pilot Insurance* del año 2002, la Corte de este país analiza la finalidad de los daños punitivos, reconociendo que la figura tiene por fin aplicar un castigo; aclarando que este castigo no es exclusivo del derecho penal sino que además procede en el derecho civil.

En cuanto a los hechos, se destaca, que se trato de un caso donde el asegurador obrando de mala fe se negó a cubrir la póliza de incendio.

La vivienda de los *Whiten* se incendió por completo. La aseguradora, en primer lugar, sospechó que el incendio fue intencional, lo que luego fue descartado por una investigación privada de la firma.

Sin embargo, la aseguradora no pagó el seguro especulando que la situación económica de los asegurados los obligaría a aceptar una oferta más baja.

Este Tribunal dijo

El castigo es un objetivo legítimo no sólo en el derecho penal, sino también del derecho civil. Los daños punitivos sirven a una necesidad que no puede ser satisfecha ni por el puro derecho civil ni por el puro derecho penal ... El punto clave de los daños punitivos es que son otorgados únicamente cuando todas las otras penalidades han sido tomadas en cuenta y consideradas inadecuadas para lograr los objetivos de retribución, castigo y denuncia (p.18).

A nuestro modo de ver las cosas, opinamos que este fallo es ejemplar, al confirmar no solo viabilidad de los daños punitivos en el ámbito civil, sino además su importancia ante determinadas circunstancias.

### **3.2.4 Los daños punitivos en el sistema continental. Caso de Francia**

La figura de daños punitivos no solo ha trascendido en el Derecho Anglosajón, sino también ha incursionado, con resistencia, en el sistema de Derecho Continental.

En los países de tradición continental, la figura genera debate permanente a nivel doctrinario y/o académico.

Por momentos, esta discusión es mas intensa hasta quedar en el olvido para luego volver a retomarse, circunstancia que se repite a lo largo del tiempo.

La Corte de Casación Francesa, ha dicho que los daños punitivos son una institución ajena al sistema romanista y que además su naturaleza es de carácter penal. También dijeron los jueces que los daños punitivos carecen de legislación y que por tal motivo no se podría habilitar una condena de esta naturaleza.

Esta teoría, formulada por la Corte de Casación Francesa, para rechazar la figura tal vez sea, la de mayor difusión, siendo considerada por distintos países del sistema Continental.

Sánchez Costa (2009) afirma

En este sentido, la Corte de Casación tiene dicho que los daños punitivos son ajenos a dicho sistema de responsabilidad civil destacándose que no pueden ser incorporados al mismo por tener una naturaleza penal, que cumplen un función distinta (castigar) de la que debe cumplir el derecho civil (reparar). Dijo la corte también que por más grave que sea una falta se debe indemnizar solo el daño, todo el daño pero nada mas que el daño (*le dommage et tout le dommage, mais rien que le dommage*), de lo contrario se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa hacia la víctima (p. 2).

Esta posición asumida por la Corte Francesa, se vincularía con los principios generales de la responsabilidad civil, pues en el sistema continental, sabemos que el que ejecuta un daño está obligado a su reparación pero no es pasible de una sanción.

Sin perjuicio de lo antes dicho, existió en Francia un proyecto de reforma del CCA que contemplaba la figura de daños punitivos, nos referimos al denominado proyecto Catalá.

Esta iniciativa de reforma del Código Civil Francés fue encomendada por el ex presidente Chirac a un Profesor Universitario de apellido Catalá con motivo de cumplirse doscientos años de la sanción del Código Civil Francés.

El artículo 1371 del proyecto establecía lo siguiente

El autor de una culpa manifiestamente deliberada, especialmente de una culpa lucrativa, puede ser condenado, además de daños y perjuicios compensatorios, a daños y perjuicios punitivos, con facultad para el juez de beneficiar al Tesoro Público. La decisión de otorgar tales daños y perjuicios debe ser especialmente motivada y su cuantía desglosada de los demás daños y perjuicios concedidos a la víctima. Los daños y perjuicios no son asegurables.

Como comentario al proyecto podemos señalar lo siguiente.

1) Culpa manifiestamente deliberada y culpa lucrativa: nos remitiría a la circunstancia de que no cualquier hecho habilita la figura de daños punitivos sino más bien un hecho grave o aquel accionar culposo que implica además un beneficio económico para el dañador.

Ambos extremos se encuentran en sintonía con la naturaleza de la figura, pues la misma exige que los hechos sean graves. Cuando se menciona culpa lucrativa tal vez se estaría refiriendo el proyecto a los beneficios económicos obtenidos por el empresario dañador, tal como lo explicamos en el Capítulo 6.

2) El juez queda facultado a destinar la multa a favor del Estado.

En cuanto a este punto consideramos que sino se destina la multa a favor lado que sino se destina a la víctima la multa quizás muchos reclamos no se promuevan.

3) Los daños punitivos no son asegurables. Esta decisión la compartimos, pues lo contrario sería dar vía libre para que se produzcan daños, viéndose garantizada la impunidad del autor de hecho.

Si bien el proyecto aun no se aprobó, claramente el artículo 1371 tipificaba la figura de daños punitivos, como una sanción complementaria a la indemnización por daños y perjuicios que se fije por el mismo hecho, de aplicación en el Derecho Civil.

Sin perjuicio de lo expuesto, en este país, a nuestro modo de ver las cosas, ya se habrían legislado los daños punitivos, a través de la Ley del 5 de Julio de 1985, cuyo artículo 16 establece: “La aseguradora deberá en el término de ocho meses ofrecer el monto de la indemnización, vencido ese plazo la suma que se ofrezca o que fije el juez producirá de pleno derecho el doble de interés”.

El término “doble” nos estaría remitiendo a la figura de daños punitivos, a la circunstancia de un castigo ejemplar.

### **3.2.5 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales - Convenio de Roma II**

A través de este Convenio, se buscó armonizar las distintas normas vinculadas al derecho de daños.

Hay que tener en cuenta que muchas veces el hecho generador del daño se produce en un país y el daño en otro, por eso la importancia de este documento. En este marco, podría suceder que una condena de daños punitivos dictada fuera de Europa, se intente ejecutar en alguno de los países que integran la comunidad europea.

El primer texto del proyecto de Roma II establecía: La aplicación de una disposición de la ley designada por el Presente Reglamento que conduzca a la indemnización de daños e intereses no compensatorios, tales como los daños e intereses ejemplares o punitivos, es contraria al orden público comunitario.

Finalmente, este texto fue sustituido mediante la aprobación del Reglamento 864/2007, quedando redactado de esta manera el artículo: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición del presente reglamento si esta aplicación es manifiestamente contraria al orden público”.

Desconocemos los motivos de esta modificación. Sin embargo, según cierta doctrina, la supresión fue intencional para evitar la ejecución de sentencias extranjeras que contengan daños punitivos.

López Herrera (2012) afirma

Es evidente que entre el proyecto y la versión final hubo negociaciones que posibilitaron la eliminación de la mención de los daños punitivos del articulado y su incorporación como simple referencia en la Exposición de motivos. La intención obvia es que se interprete que el orden público puede ser invocado para negarse a reconocer fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera que hubiere condenado a pagar daños punitivos (p. 15).

En definitiva, en la Comunidad Europea, la ejecución de una sentencia extranjera que contenga una condena por daños punitivos, podría ser rechazada por violación del orden público.

Sin perjuicio de lo expuesto, destacamos para la presente investigación, que es evidente que la figura se instaló en el ámbito de este Organismo, generando seguramente debates.

### 3.2.6 Los daños punitivos en España

La Jurisprudencia Española es unánime en señalar que la figura carece de marco legal; por tal motivo cualquier planteo debe ser rechazado, tal como sucede en Francia.

Por otra parte, existen sectores de la doctrina española que opinan que los daños punitivos ya integrarían el derecho español a través de distintas normas.

Vale recordar, además que el sistema de responsabilidad civil español sigue la tradición continental, el cual establece, que el autor del ilícito está obligado a reparar el daño y no mas que eso.

El artículo 1902 del Código Civil Español establece: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

En este orden, se visualizan sentencias en donde se reitera que el sistema de responsabilidad civil solo incluye la satisfacción de los daños y perjuicios.

En la causa 7846/2005, al Sala Civil del Máximo Tribunal Español ha dicho

Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual hay que aplicar, ciertamente el artículo 1106 CC, pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento, por cuanto el resarcimiento por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado incumplimiento, pero no procurar una ganancia o enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados daños punitivos ni tiene ahora función la idea de una pena privada (p. 8).

De Ángel Yagüez (2012) enseña

La jurisprudencia sigue un criterio, por así decirlo tradicional, esto es, el de que la obligación de reparar a la que se refiere el artículo 1902 del Código Civil no va más allá de la satisfacción de los daños y perjuicios (y probadamente) sufridos por la víctima. Y no faltan sentencias que expresamente aluden a la improcedencia de una indemnización que tenga cabida en el estricto sentido de daños punitivos (p. 151).

Sin embargo, para cierto sector de la doctrina española, existirían normas en el sistema español que contendrían la figura de daños punitivos en su articulado.

A modo de ejemplo podemos citar las siguientes leyes españolas.

El artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Española establece lo siguiente: “Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentaran, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 110, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos ...”

De Ángel Yagüez (2012) afirma: “El artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, que ciertamente tiene todas las trazas de constituir un caso de daño punitivo, en tanto en cuanto se impone al empresario una indemnización que excede el daño sufrido por el trabajador” (p. 111).

Otra norma que podría contener la figura de daños punitivos es la Ley de Protección Civil del Honor, de la Intimidación y de la propia Imagen, cuyo artículo 9 reformado mediante Ley 5/2010, establece

La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. c) La indemnización de los daños y perjuicios causados. d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos. Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

En nuestra opinión, con este artículo se está reeditando un antiguo debate vinculado al carácter punitivo del derecho de daños específicamente. Nos hemos referido a esta cuestión más arriba, citando jurisprudencia que avala esta postura. Sin duda, esta cuestión está ligada íntimamente al carácter punitivo de la responsabilidad civil.

Gómez Tomillo (2013) enseña

El desembarco de los daños punitivos, finalmente, creemos que se ha producido, lo cual nada dice acerca de la bondad intrínseca de

este nuevo compañero de viaje. Pero, efectivamente, parece claro que la voluntad del legislador ha sido la de incorporar esta figura o algo afín y cercano a ella, en orden de acabar con la rentabilidad que indignamente logran ciertas personas a costa de intromisiones intolerables en los derechos de la personalidad de otras, y todo ello siempre explotado y magnificado por los medios de comunicación. Una justificación que, justo es que sea dicho, es loable (p. 103).

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley de Marcas, podría contener la figura de daños punitivos al establecer

El derecho conferido por el registro de la marca sólo se podrá hacer valer ante terceros a partir de la publicación de su concesión. No obstante, la solicitud de registro de marca confiere a su titular, desde la fecha de su publicación, una protección provisional consistente en el derecho a exigir una indemnización razonable y adecuada a las circunstancias, si un tercero hubiera llevado a cabo, entre aquella fecha y la fecha de publicación de la concesión, un uso de la marca que después de ese período quedaría prohibido.

Otro artículo vinculado a la figura es el 140.2 de la Ley de Protección de Propiedad Intelectual, cuyo texto establece

La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

De esta norma surge una indemnización que es más amplia pues comprende además del daño directo la ganancia que dejó de percibir a causa del ilícito.

A nuestro modo de ver las cosas, esta indemnización, nos remitiría a la figura bajo estudio.

Gómez Tomillo (2013) señala

... cuando el art. 140 del TRLPI alude a las ventajas o ganancias obtenidas por el infractor como criterio para la fijación de la indemnización, lo que persigue realmente es compensar al titular de los derechos de propiedad intelectual cuando los beneficios obtenidos por aquel sean superiores al daño concreto que ha sufrido; pero eso, no cabe duda, es diferente al planteamiento que se deriva de los *punitive damages*, aunque pueda tener ciertas conexiones (p. 85).

Del análisis de esta normativa podríamos concluir que efectivamente los daños punitivos integran el derecho español, dispersos en distintas normas. Esta

circunstancia no debería generar preocupación en cuanto podemos afirmar que el sistema de responsabilidad civil continental posee una faz punitiva.

### **3.2.7 Los daños punitivos en Colombia**

Colombia tampoco ha legislado los daños punitivos. En este país, la víctima de un hecho ilícito tiene derecho a la reparación integral del daño sufrido pero no más que eso.

No se contempla la posibilidad de reclamar daños punitivos. Teoría de la responsabilidad civil pura, sistema romanista, también adoptado por nuestro codificador como lo hemos señalado oportunamente.

El artículo 16 de la Ley 446 señala: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá a los principios generales de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

El artículo 2431 del Código Civil Colombiano establece: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito”.

En este contexto, aquel que causa un daño solo estará obligado a su reparación y no más que eso. Es decir, Colombia vivió el proceso vinculado a separar o erradicar la faz punitiva de la responsabilidad civil.

García Matamorros y Herrera Lozano (2003) afirman

En Colombia el sistema jurídico, tanto en materia constitucional como en civil y penal, resulta incompatible con la institución de daños punitivos, en la medida en que la legislación en materia de responsabilidad parte de un principio indemnizatorio, que rechaza de base la posibilidad de que el juez llegue a penalizar al autor del daño y sobrepase los límites de los perjuicios materiales y morales efectivamente ocasionados (p. 3).

En cuanto a la opinión de la doctrina colombiana sabemos que existen voces que opinan que la aplicación de daños punitivos implica incurrir en la figura de enriquecimiento ilícito. Otros consideran que se trata de una sanción de carácter penal y su ámbito natural de aplicación no es justamente el civil sino el penal. Estos argumentos son los utilizados por los opositores a nivel local.

Orjuela Castañeda (2012)

En Colombia, el objeto de la responsabilidad civil es conservar el equilibrio patrimonial de los particulares, sin ejercer una función reguladora de la conducta social; mientras el objeto de la responsabilidad penal es el de ejercer una potestad punitiva, como mecanismo de control y regulación social del comportamiento humano más gravoso e intolerable. Por lo tanto, por lo tanto la responsabilidad patrimonial no es fuente de riqueza y el daño debe tener una justa medida resarcitoria, ya que no es posible sobre indemnizar a la víctima, pues se estaría incurriendo en enriquecimiento sin causa (p. 18).

En resumen, lo que sucede en Colombia, es similar a lo que ocurre en España y Francia. Sin embargo, los daños punitivos ya integrarían los sistemas jurídicos de dichos Estados.

### **3.2.8 Los daños punitivos en Uruguay**

La situación respecto de esta figura en Uruguay es similar a lo que sucede en los países ya mencionados de tradición romana.

Al igual que lo que opina la doctrina española, en Uruguay se piensa que la falta de legislación es una vaya insalvable para que se haga lugar a pedidos de esta naturaleza.

Para la doctrina de este país, la ausencia de una norma implicaría poner en riesgo garantías constitucionales.

Caumont, Larrañoga y Saux (2012) afirman: “No estando prevista la regulación de los daños punitivos dentro de la sistemática legal del Código Civil, luce desaconsejable y pone en riesgo de vulneración derechos amparados en garantías constitucionales” (p. 213).

Se repiten voces que señalan que la ausencia de marco legal, veda cualquier posibilidad de aplicar la figura.

Cocchiarale y Carabajal (2006) enseñan

Aceptado el instituto desde el punto de vista axiológico, no dejamos de reconocer que en nuestro Derecho su efectiva aplicación se encuentra con barreras difíciles de franquear. La barrera más infranqueable es la ausencia de normas generales que permitan imponer sanciones ante la comisión de los ilícitos mencionados *ut supra*. Estamos de acuerdo con la doctrina mayoritaria en que la solución más integral a la problemática planteada pasaría por su acogimiento legislativo (pp. 652 y 653).

Por otra parte, otro sector de la doctrina Uruguaya considera que los daños punitivos resultan ser una herramienta de disuasión para determinados supuestos, propiciando el dictado de normas que contemplen la figura.

Ordoqui Castilla (2009) afirma

Sería aconsejable que la aplicación de penas o multas civiles contara con respaldo legislativo ... No es posible que queden sin consecuencias, al menos patrimoniales o sancionatorias, los importantes beneficios que se pueden obtener con graves inconductas en perjuicio de la sociedad, que no están referidos y contemplados en las condenas resarcitorias que eventualmente puedan disponerse (p. 514).

Caumont, Larrañoga y Saux (2012) señalan

...que en ciertas circunstancias, es una eficaz herramienta de prevención por disuasión respecto de la eventual reiteración de conductas especulativas ... coadyuva a destruir la racionalidad económica que permitió que el daño se ocasionara, dado que en tales circunstancias el daño punitivo arruina este negocio y permite prevenir (p. 416).

En este marco, cierta doctrina uruguaya hace hincapié en los beneficios económicos a favor del infractor, lo que se denomina la culpa lucrativa.

Cocchiarale y Carabajal (2006) afirman

Que es indispensable un cambio que admita la recepción de este Instituto. Estamos convencidas que los daños punitivos constituyen un instituto interesante para la sociedad posmoderna y de gran utilidad en la práctica para dismantelar los efectos de numerosos ilícitos que por su gravedad deberían suponer para los responsables consecuencias patrimoniales mayores a la del simple resarcimiento de dichos daños, que la mera reparación es insuficiente para prevenir y hacer cesar al dañador en su conducta ilícita. La conveniencia de la incorporación ha sido sostenida por la mayoría de la doctrina argentina y uruguaya (p. 652).

También la doctrina uruguaya opina que la figura de daños punitivos debe integrar la legislación en materia ambiental, señalando que las multas civiles serían útiles para prevenir el daño al medio ambiente. Propician además que las sanciones en este ámbito se gradúen considerando la gravedad del hecho y la conducta del dañador.

Díaz Fernández (2007) enseña: "Estas multas se presentan favorables a la materia ambiental. En particular cuando los sujetos dañan el medio ambiente con

plena conciencia, tornándose el daño en un beneficio económico a costas de una cuota de ambiente” (p. 453).

En materia legislativa podemos señalar que en el año 2009 se presentó un proyecto de ley por ante la Cámara de Representantes de Uruguay que contemplaba la incorporación de la figura de daños punitivos en el ámbito de la responsabilidad civil.

Los argumentos del proyecto fueron

El presente proyecto se hace eco de la necesidad de establecer en forma general el instituto llamado "daños punitivos"... Se trata de sanciones económicas que, ante la insuficiencia de la reparación, persiguen una finalidad disuasiva de comportamientos merecedores de reproche jurídico y causa adecuada de daños. .. La finalidad ejemplarizante de estas sanciones busca evitar la reiteración de daños por parte del o los responsables condenados y también por parte del resto de los integrantes de la sociedad, los que ante la realidad de un sistema jurídico que no sólo repara sino que también sanciona evitarán incurrir en ilícitos ... Pensemos en los casos de condenas a empresas que reiteradamente incumplen normas laborales. La eventualidad de una condena ingresa en los cálculos posibles de pérdidas y debido a su escaso importe no disuade de incurrir en ilícito (p. 11 y 12).

Si bien esta iniciativa no se convirtió en ley es importante mencionar algunos aspectos de la misma. En anexo único se acompaña el texto de ley.

El documento consta de tres artículos operativos. En el primero, faculta al juez a disponer de sanciones económicas fijando un tope máximo. Luego el proyecto establece pautas de graduación y el destino de la condena.

Al respecto formulamos las siguientes opiniones. La primera vinculada a que el proyecto define la figura como sanciones económicas y no como daños punitivos.

Señalamos en esta investigación, que la cuestión gramatical genera controversias. El proyecto denomina de manera distinta a la figura, despejando cualquier debate en cuanto a la denominación de los daños punitivos.

La segunda opinión tiene que ver con el hecho que la norma establece un tope para la sanción, circunstancia que hemos criticado en el presente trabajo de investigación.

Propiciamos que no deben existir montos mínimos ni máximos y que la cuantificación de la condena surge de las circunstancias fácticas del caso y de la valoración que realice el magistrado del mismo.

Destacamos la enumeración de ciertas pautas para la graduación de la sanción tales como la gravedad del daño producido, la posición del o los responsables en el mercado, la reincidencia de los mismos y el beneficio económico obtenido.

Este fue un aspecto positivo del proyecto, ya que este detalle, que no es excluyente de otras consideraciones, le habría permitido al magistrado contar con herramientas para justipreciar la pena, sin perjuicio de las circunstancias que el mismo valore o considere por su cuenta.

De esta numeración es importante destacar la que contempla la anulación del beneficio económico que percibe el empresario con su accionar contrario a la ley. Cuando analizamos los fines de la figura dijimos que busca castigar y prevenir. También agregamos que persigue anular los beneficios económicos que surgen del obrar que provoca daño.

Esto es fundamental, de no ser así, en definitiva, implicaría que sería rentable provocar daños a los consumidores. Aquel que obtuvo beneficios con su accionar ilícito seguramente, se convertirá en reincidente.

Por el contrario, si le anulamos las ganancias obtenidas, lo razonable sería que disminuyan las posibilidades de que el empresario vuelva a incurrir en el mismo hecho, pues ya no existiría la principal motivación, la que naturalmente se vincula con el hecho de generar ganancias, a cualquier costo o riesgo.

La propuesta además establecía que la multa se destinaría a las instituciones sociales que el tribunal determine. Este asunto ha sido objeto de debate en nuestra doctrina. Nuestra postura es diferente, pues consideramos que el destinatario del beneficio debe ser la víctima, tal como lo plantea nuestro derecho positivo.

Este proyecto no fue extenso en su contenido, pero preciso en determinados aspectos controvertidos de la ley. Podríamos señalar que el texto del documento, simplifica, aclara y puntualiza aspectos que nuestra ley no contempla.

Igualmente hay que considerar una diferencia sustancial entre el artículo 52 bis de LDC y este proyecto, que consiste en que nuestra figura rige exclusivamente en el derecho del consumo y el proyecto estaba destinado a aplicar los daños punitivos en el ámbito de la responsabilidad civil en sentido amplio.

A modo de reseña podemos mencionar que en Uruguay, se observaría un

panorama similar al que se vive en nuestro país, en cuanto se observa la iniciativa para incorporar la figura de daños punitivos en el campo de la responsabilidad civil, pero dicho paso no se logra, al menos por el momento.

### **3.3 Conclusiones**

De lo expuesto se desprende que la situación de los daños punitivos se presenta en distinta medida en los diferentes sistemas jurídicos más conocidos, ya sea Derecho Anglosajón o Continental.

En Inglaterra y en Estados Unidos la justicia local fijó pautas de habilitación y graduación de los daños punitivos, inclusive hasta se la delimitó a determinados presupuestos.

Asimismo, la jurisprudencia, también fue la encargada de brindar una definición del concepto de daños punitivos y de validar su carácter constitucional bajo determinadas circunstancias y exigencias. A nivel doctrinario, se ha planteado, si es conveniente mantener la vigencia de esta figura o directamente debería ser suprimida.

Respecto de los países que integran el sistema jurídico el Derecho Continental, tales como España, Francia, Colombia y Uruguay, la situación que se observa es diferente. Los pedidos de daños punitivos son rechazados por falta de legislación, invocándose, además que la figura pertenece a otro sistema jurídico extraño al Sistema Romanista.

Por otra parte, en estos países, se alzan voces que consideran que los daños punitivos ya integrarían dichos ordenamientos jurídicos, a través de distintas normas vinculadas al honor o de protección del medio ambiente o las propias astreintes, entre otras figuras, tal es el caso de España o Colombia. También se observa una tendencia de incorporar la figura al sistema de responsabilidad civil a través de la modificación de los Códigos Civiles o de leyes especiales. Los ejemplos mencionados son Francia y Uruguay, aunque las propuestas no fueron aprobadas por los organismos legislativos.

## **CAPITULO 4**

### **DEBATE DOCTRINARIO EN ARGENTINA. PRIMEROS ANTECEDENTES JUDICIALES. TRATAMIENTO ACADEMICO DE LA FIGURA DE DAÑOS PUNITIVOS**

#### **4.1 Introducción**

La figura de los daños punitivos en la Argentina no es una cuestión reciente, existen antecedentes jurisprudenciales que ya han cumplido más de veinte años.

A estos precedentes históricos, en su mayoría pertenecientes a la década del `90, le debemos sumar distintos encuentros académicos que también se desarrollaron durante ese período y que abordaron la figura de daños punitivos.

Por su parte, como antecedente legislativo más reciente, debemos incluir dos proyectos de reforma del CCA, el primero del año 1998 y el segundo de 2012, ya que ambos contaban con la figura de daños punitivos.

Ninguno de los proyectos fue aprobado, en cuanto a la figura de daños punitivos, desconocemos los motivos. Igualmente, respecto del último documento de reforma, el del año 2012, podemos señalar que existen, a nuestro modo de ver las cosas, ciertas dudas si la figura realmente no fue incorporada de manera tácita. Esta cuestión junto a los proyectos de reforma se abordarán en el Capítulo 5, apartado 5.5.1

Sin perjuicio de lo expuesto, a partir del año 1998, los daños punitivos se convierten en derecho positivo con la entrada en vigencia del artículo 52 bis de la LDC. Desde que se comenzó con la divulgación de la figura de daños punitivos en la década del `90, se ha generado un debate permanente e inagotable que involucra a gran parte de la doctrina nacional.

Las distintas opiniones dividieron a nuestros pensadores jurídicos en dos sectores antagónicos. Un grupo se manifiesta a favor de la figura de daños punitivos afirmando que los mismos representan una herramienta fundamental para la defensa de los derechos del consumidor.

El otro, opositor, asegura que su aplicación violenta derechos constitucionales, que la función que cumplirían los daños punitivos es llevada a

cabo por el derecho penal o en su caso por el derecho administrativo y que el dictado de una sentencia configurarían un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima.

Este sector también propicia el rechazo, por considerar que la figura no responde a nuestra tradición jurídica.

Por lo tanto, a través de este Capítulo se pretende dar cuenta de los primeros antecedentes jurisprudenciales y encuentros académicos, a lo que se sumará el pensamiento de la doctrina nacional, para concluir que los daños punitivos pueden armonizar con nuestro sistema de responsabilidad civil sin violentar derechos de raigambre constitucional.

Del estudio de los antecedentes históricos jurisprudenciales nacionales y del pensamiento doctrinario obtendremos un conocimiento profundo que nos permitirá entender distintos aspectos jurídicos de la figura, relevantes para el desarrollo de esa investigación.

## **4.2 Primeros antecedentes jurisprudenciales nacionales**

A partir de la década del `90 se dictaron los primeros fallos rechazando la figura de daños punitivos.

El argumento utilizado por los Jueces de manera unánime fue que no se contaba, por aquel entonces, con legislación que contemple la figura de daños punitivos.

Otros magistrados, los menos, si bien rechazaron los pedidos, dijeron que era necesario contar con una ley que contemple la figura. Citamos los siguientes casos.

En la causa “Beiroa Rodolfo Roberto c/Aerolíneas Argentina Sociedad del Estado”, en la que intervino la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, dictando sentencia con fecha 22 de diciembre de 1992, se resolvió un pedido de daños punitivos. Es un caso de sobreventa de pasajes aéreos.

En los hechos el Sr. Beiroa adquirió el 28/12/87 dos pasajes aéreos de parte de Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado, que iban a ser utilizados por él mismo y su hijo para realizar un viaje de Buenos Aires – Miami – Buenos Aires. Luego compró un pasaje para su esposa.

El vuelo de ida a EEUU se cumplió con normalidad. El problema surgió al regreso, ya que el avión de regreso no contaba con lugar para estos pasajeros por sobreventa de pasaje. El vuelo estaba pactado para el día 24/7/88 y recién se concretó dos días después a través de una empresa aérea chilena.

En consecuencia, el actor reclamó incumplimiento doloso, daño moral y daños punitivos. En su reclamo adujo que la demora le ocasionó diversos daños y perjuicios.

Su reclamo fue rechazado por el Juez de Grado y no así por el Tribunal de Alzada quien revocó el fallo de primera instancia condenando al pago de una indemnización por parte de la demandada. El pedido de daños punitivos fue rechazado.

Entre los argumentos de la Cámara de Apelaciones se mencionan dos fallos de la Justicia Norteamericana.

El primero antecedente norteamericano que se cita es el caso *Archibald C/Pan Am*, donde se aplicaron daños punitivos por un hecho similar y el segundo caso citado es el fallo *Neder Ralph c/Allenghany*, en este último se determinó que la sobreventa implica una conducta maliciosa lo que habilitó la condena de daños punitivos.

En lo que respecta, a nosotros nos interesa lo señalado por el Camarista Dr. Vázquez, quien dijo

... la reparación relativa al agravio moral persigue a mi entender un doble carácter, es decir que tanto cumple con una función ejemplar imponiéndose al responsable a título punitivo, sin perjuicio de reconocer su condición preponderantemente resarcitorio y con ello se trate de proporcionar a la víctima una compensación por haber sido injustamente herido en sus íntimas afecciones (conf. esta sala, causas 5002 y 6117 del 14/11/89; 6066 del 7/2/90; 6411 del 20/3/90; 6621 del 10/5/90; 7168 del 14/12/90, entre muchas otras).

Consideramos oportuno citar este precedente ya que se vincula directamente con la figura bajo estudio por dos motivos. El primero de ellos, es que la Alzada, citó jurisprudencia extranjera por la que se condena al pago de daños punitivos y por otra parte el precedente reedita una antigua discusión doctrinaria que señala que el daño moral tiene una doble finalidad, por un lado buscaría aplicar una sanción ejemplar al infractor y por otra parte resarcir a la víctima.

Otro antecedente es el caso “Craien Miguel Ángel c/ Coca Cola S.A.”, sentencia de fecha 5/12/1995. En este precedente intervino la Cámara Nacional Civil, Sala F.

En los hechos resultó que el actor al abrir una botella de Coca Cola, encontró una colilla de cigarrillos. En ese contexto, el Sr. Craien promovió una acción por daños y perjuicios al considerar que se trató de una situación desagradable y solicitó daños punitivos.

Esta acción fue rechazada, tanto en primer grado como en la Alzada, ya que se invocó la reiterada doctrina de nuestra Corte Suprema de la Nación que señala que si no existe daño no hay indemnización.

Este precedente es importante ya que los jueces intervinientes se refieren expresamente a esta figura, señalando la falta de normativa vigente que contemple la figura impide un pronunciamiento a favor de la misma.

También rescatamos del fallo que los jueces resaltan que los daños punitivos son un Instituto propio del Derecho Anglosajón, de carácter limitado en Gran Bretaña y que incluso en Estados Unidos, han generado opiniones en contra al punto de existir Estados que los prohíben.

Sin embargo, los magistrados dedicaron un párrafo en la sentencia señalando que era imprescindible legislar específicamente sobre el tema.

Otro precedente que no podemos dejar de mencionar es la causa caratulada “G., F. M y otro c/Centro Médico Lacroce y otros”, dictada en el año 1996.

Se trató de un caso de mala praxis por una operación defectuosa. La actora fue sometida a un legrado evacuador uterino a fin de remover el embrión muerto. Como resultado de la intervención quirúrgica, la mujer sufrió severos daños físicos.

En la acción de daños y perjuicios promovidos por la actora, se pidió además que se condene a la demandada al pago de daños punitivos. Aquí se repite el mismo cuadro vinculado al vacío legal de la figura de daños punitivos.

Es decir, el planteo de daños punitivos fue rechazado por ausencia de legislación que avale la figura. Otro antecedente fue Giampaolletti Elena H. c/Telefónica de Argentina S.A., sentencia de fecha 20/12/2001.

Similar al caso anterior, la Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III rechazó el pedido de sanciones ejemplares ya que los daños punitivos carecen aun de consagración legal en nuestro sistema.

En la causa “Power Tools S.A. c/Capurro y Asociados S.A. y otro”, la Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, con fecha 9/5/1996, si bien el Tribunal rechaza el pedido de daños punitivos, reconoce que el actor tenía derecho a reclamar una condena ejemplar. En este caso se discutió el uso indebido de una marca registrada.

En su momento, la ausencia de norma que contemple la figura fue el argumento utilizado por los Tribunales para rechazar los pedidos de daños punitivos. Sin embargo, fue positivo el hecho de que se promovieran estos pedidos, pues quizás los mismos permitieron que se instalara la figura en el ámbito judicial.

#### **4.3 Lineamientos generales de doctrina nacional. Constitucionalidad**

Los daños punitivos implican debate y división de la doctrina nacional, este panorama se observa desde el mismo momento en que se comenzó con la iniciativa de incorporar la figura a nuestro ordenamiento.

Nuestra doctrina, en su mayoría, le ha dedicado a los daños punitivos algún artículo. Existen opiniones a favor y en contra, aunque en rigor de verdad estamos en condiciones de afirmar que las que apoyan la figura son la mayoría de las voces. La diversidad de opiniones, nos brindan distintos conceptos de valor, útiles para conocer en profundidad esta institución jurídica.

En cuanto a las diferentes posturas encontramos aquellos que se oponen a esta Institución ya que consideran que los daños punitivos no responden a nuestra traducción jurídica y que además rompen con nuestro esquema de responsabilidad civil, cuya base es que el autor del daño va a indemnizar a la víctima pero no va a sufrir una pena.

Bustamante Alsina (1994) señala

... que la cuestión de los daños punitivos es extraña a nuestro sistema de responsabilidad civil, y que la restauración de la pena privada importa un retroceso en la evaluación del régimen sancionatorio de los ilícitos, sean estos civiles o penales, y quiebra la coherencia de los ámbitos jurídicos en los cuales se producen (p. 7).

Enrolados en este sector, se suman voces que aseveran que al tratarse los daños punitivos de una pena, su ámbito natural es el derecho penal o administrativo, pero nunca sería el civil.

Mayo (2009) considera extraña la figura de daños punitivos en nuestro sistema: "...no porque provenga del sistema *Common Law* ... sino porque introduce dentro del derecho privado una sanción que es más propia de la ley penal o administrativa y no de aquél derecho" (p. 1270).

También los detractores de la figura cuestionan su constitucionalidad, afirmando que su aplicación violenta derechos de raigambre constitucional.

Bustamante Alsina (1994) afirma

Por nuestra parte pensamos que no son de aplicación en nuestro sistema de responsabilidad civil ni puede propiciarse de *lege ferenda*, ninguno de los principios jurídicos que en otras legislaciones foráneas pueden dar sustento a penas civiles o sanciones represivas, retributivas o ejemplares en el ámbito del derecho privado. Las legislaciones de todos los países que tienen origen en la tradición escrita del derecho romano a través del derecho continental europeo, no toleran la aplicación de este tipo de sanciones en el derecho privado y las reservan exclusivamente a los ilícitos penales que por su carácter público tienen un régimen particular de estrictas garantías en la administración de la justicia represiva (p. 7).

Otros doctrinarios señalan que no era necesario legislar sobre esta materia, ya que existen normas de carácter penal y administrativas que cumplen con la misma finalidad que se pretende al aplicar la figura de daños punitivos.

Mayo (2009) afirma

Es así que hablamos de la inconsistencia de los daños punitivos, que realmente podrían funcionar como multas administrativas con un tinte solidario, y no como fuente de ganancia del consumidor. Nadie desconoce la voracidad económica que tienen algunos productores de bienes y servicios, lo que los lleva a fabricar, promocionar y vender, como encantadores de serpientes, porquerías, objetos inútiles, defectuosos, etc., o simplemente, continuas modificaciones para generar la expectativa de nuevos consumos, pero el saneamiento no se logra inventando institutos ajenos al derecho privado, sino aplicando las normas administrativas en forma coherente, dura y justa (p. 1270).

En una posición intermedia, existen voces que si bien rechazan la figura reconocen las buenas intenciones del legislador al momento de la sanción el artículo 52 bis de la LDC.

Sánchez Costa (2009) enseña

La intención fue loable, nada mejor que una legislación que intente proteger a los consumidores y usuarios de las conductas que más repugnan a la convivencia social ... Sin embargo, se debió tener en cuenta que nuestra legislación ya contenía soluciones para prevenir y castigar este tipo de conductas, ya sea en el derecho penal o en el derecho administrativo. En vez de ejercer la originalidad con institutos que rompen con el esquema de responsabilidad civil de nuestro derecho, bien se podría dar cumplimiento a las normas que siempre estuvieron al alcance de nuestra mano (p. 7).

Otros sectores de la doctrina solicitan prudencia al momento de tratarse esta figura, pues la califican de compleja y controvertida.

Picasso (2007) afirma

...la simple constatación de que la consagración de los llamados "daños punitivos" implicaría una pequeña revolución en el derecho privado argentino invita a la prudencia a la hora de evaluar la conveniencia de transpolar a un sistema de base romano-germánica un instituto concebido en el seno del *Common Law*. Todo ordenamiento jurídico es un conjunto de normas y principios íntimamente entrelazados entre sí, que funcionan como un juego de engranajes. En ese contexto, la extirpación de una pieza aislada de uno de ellos para incorporarla a otro cuyas bases son claramente distintas es una operación que requiere del máximo cuidado, y que sólo debe llevarse a cabo en caso de absoluta necesidad (p.1).

También existen posiciones doctrinarias que aseguran que la discusión acerca de los daños punitivos es reeditar antiguos debates vinculado a la función punitiva del derecho de daños, en particular con la figura de daño moral.

Pizarro (1989) señala: "La punición del daño. Una faceta generalmente olvidada del derecho de daños. Llama la atención la poca importancia que nuestra doctrina ha prestado a la faz punitiva del derecho de daños" (p. 289).

Esta doctrina se mantuvo durante prolongado tiempo en nuestro país y por supuesto fue motivo de debate y tal vez lo siga siendo en la actualidad.

En el punto 4.2 de este Capítulo, hemos citado el fallo "Beiroa Rodolfo Roberto c/Aerolíneas Argentina Sociedad del Estado", donde se hace mención directamente a esta postura.

El otro sector de la doctrina, por cierto el mayoritario, opina que la incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo es el camino adecuado pues los fines que persigue la figura no podrían ser alcanzados con la aplicación de una sanción del Código Penal u otra de carácter administrativa.

Agrupados en este sector, encontramos otras voces que señalan que los daños punitivos armonizan con nuestro ordenamiento y no existe óbice alguno para su futura inclusión en el ámbito de la responsabilidad civil. En decir, este sector confirma nuestra hipótesis de trabajo.

El mismo grupo agrega que no solo los daños punitivos son viables en nuestro sistema sino que además era necesaria la introducción del artículo 52 bis de la LDC.

Las opiniones a favor son numerosas y no puede ser de otra forma, si consideramos que la figura se incorpora al ordenamiento para la defensa de los derechos de los consumidores.

Estas voces coinciden que para determinadas situaciones o hechos no existe otra figura jurídica a considerar, celebrando la decisión del legislador de brindarle a la parte más débil de la relación de consumo de una herramienta que contrarreste el desequilibrio que existe entre los actores consumidor versus empresario. El sector más vulnerable, claramente es el consumidor o usuario.

Pizzaro (1989) enseña

Estamos persuadidos de su importancia como instrumento útil (aunque perfectible) para el desmantelamiento de los efectos de numerosos ilícitos que, por su gravedad, debieran generar mayores consecuencias patrimoniales para el responsable que las que transitan el plano puramente resarcitorio ... Los nuevos problemas sociales se pueden resolver mediante la utilización de técnicas inspiradas en la experiencia jurídica extranjera ... (p.3).

La producción de bienes y servicios se encuentra concentrada en grandes monopolios. Resulta complicado y casi imposible para el consumidor enfrentarse a estos grupos poderosos que cuentan con recursos para financiar estudios jurídicos especializados sobre la materia.

El desequilibrio natural entre las partes componentes de la relación de consumo es evidente, por ello la intención del legislador de achicar esa brecha mediante el dictado del artículo 52 bis de LDC, entre otras medidas.

Para contribuir con la intención de disminuir las desigualdades de estos actores es necesario que los magistrados asuman un rol activo y comprometido con esta problemática.

Alferillo (2009) enseña

El juez en este tiempo, está convocado a contribuir con la efectivización de los derechos de los más débiles ante el incontenible avance de las asimetrías sociales y económicas producidas por distintas causas, entre las que se destacan: las nuevas tecnologías de producción y la concentración del poder económico (p.5).

La importancia de la figura en el ámbito del derecho del consumo es relevante, pues en este ámbito existe un desequilibrio natural entre las partes.

Álvarez Larrondo (2009) afirma

Es que el instituto bajo estudio se plantea ante el desdén evidenciado por el empresario para con el destinatario de bienes y servicios (débil de conocimientos técnicos sobre los bienes ofertados); se plantea ante la ganancia proyectada como resultado de la mentira o el abuso, en una relación de costo beneficio que torna conveniente la lesión en base a la cuantificación y proyección de los eventuales reclamos; se plantea ante la predilección por la ganancia en desmedro de la salud y la seguridad de los consumidores. Ante todo ello es que se erige el nuevo instituto a fin de poner coto al negocio de violar la ley, convirtiéndolo por su intermedio en deficitario. Porque de eso estamos hablando aquí, de dismantelar el negocio de dañar, de defraudar (p. 3).

Más opiniones se suman a favor de la figura de daños punitivos. En este contexto, ciertos juristas reconocen además la importancia de la aplicación de los daños punitivos para anular los beneficios económicos de los que lucran con el acto de dañar.

Este tema se aborda en el apartado 6.5.1. del Capítulo 6, cuyo título es la Culpa Lucrativa.

Prevot (2009) opina que en determinados supuestos

La reparación del perjuicio resulta insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad, pues subsiste un beneficio de tinte económico, a favor de quien delinque. De allí entonces, la predica conveniencia de importar del *Common Law*, los denominados daños punitivos y dotar a la responsabilidad civil de cierto cariz punitivo” (p. 4).

Otras opiniones pregonan que los magistrados deben interpretar correctamente el alcance de los daños punitivos, para que se cumpla con la finalidad prevista en la figura.

Esto es importante, pues ya hemos mencionado en este trabajo de investigación, que el artículo 52 bis de la LDC sería deficiente en cuanto su redacción.

En este sentido, puntualmente mencionamos en el apartado 5.3 Capítulo V, que la técnica legislativa no fue buena, por lo cual resulta fundamental la interpretación correcta que formule el juzgador acerca de la figura de daños punitivos.

Pettis y Basavilbaso (2009) señalan

Los daños punitivos constituyen, en sí mismos, un progreso, un avance en pos de ese objetivo que es el de brindarle al Juez la mayor cantidad de herramientas para posibilitar el cumplimiento del anhelado propósito de hacer Justicia en el caso concreto [...] No debemos olvidar, por otra parte, que el cambio es muchas veces resistido, y, para peor, que el concepto de Justicia es siempre variable y subjetivo. Pero ello no ha de hacernos perder de vista que la falla no está en la herramienta sino, en todo caso, en las manos de quien la toma (p. 8).

Más voces reclaman que es necesario contar con una legislación clara y precisa sobre el particular.

Nallar (2007) enseña

De todo lo dicho en los párrafos anteriores se deduce la necesidad en este tema —tan novedoso para el derecho de raíz continental europea y tan conflictivo, aun en los países que lo tienen profundamente arraigado— de una legislación precisa y de interpretación restrictiva, y no una norma aislada sumamente amplia y genérica (p. 8 y 9).

Las normas precisas son esenciales para alcanzar el precepto constitucional de afianzar justicia. Por el contrario, leyes ambiguas o imprecisas podrían derivar en erróneas interpretaciones que impliquen el dictado de sentencias injustas.

Vitolo (2013) señala

Desde nuestro punto de vista debemos señalar que la cuestión no se centra tanto en si deben admitirse —o no— los daños punitivos en nuestro régimen legal, como determinar la forma en que el mismo es legislado, los alcances dados a las normas específicas y las

garantías que se otorguen a los demandados (p. 6).

De igual manera, si algún magistrado contara con alguna duda acerca de los alcances de la figura, podrá recurrir a la copiosa literatura jurídica que existe con referencia a los daños punitivos. Las numerosas opiniones inclusive, aquellas que se oponen a la figura, son útiles para conocer en profundidad los daños punitivos.

Brun (2004) afirma

A pesar de las objeciones que hemos hecho a la terminología y a la forma de regulación de esta "multa civil", coincidimos en el espíritu de la reforma, pero nuevamente remarcamos que es indispensable en este tema una legislación precisa, concreta, y de interpretación restrictiva (p. 9).

En síntesis, podemos afirmar que la figura de daños punitivos armoniza con nuestro sistema jurídico y no existiría inconveniente para su incorporación al sistema de responsabilidad civil.

Los daños punitivos resultan ser una herramienta fundamental en tiempos donde predomina un marcado desequilibrio entre las partes que integran las relaciones de consumo. Los argumentos considerados por los detractores pierden sustento cuando se analiza que el fin de los daños punitivos es proteger al más débil, ósea al consumidor.

Chabas (2009) afirma: "No hay que proteger al consumidor, sino al débil" (p. 1).

Sin llegar a equivocarnos, el débil es el consumidor o el usuario; en contrapartida, el fuerte es el empresario o productor de bienes o servicios. Este último se encuentra en ventaja con respecto del primero.

#### **4.3.1 Constitucionalidad**

Señalábamos que los detractores de la figura aseguran que los daños punitivos violarían derechos constitucionales tales como principio de reserva, *non bis in idem*, *in dubio pro reo*, la prohibición de autoincriminarse o el derecho de propiedad.

Picasso (2008) afirma que con aplicación de los daños punitivos: "Se violan el principio de reserva (artículo 18 CN), ya que la consagración legislativa de los

daños punitivos requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso, no bastando con una genérica y abierta cláusula general” (p.123).

Por el contrario, durante las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en la ciudad de Santa Fe en el año 1999 se dijo

Las penas privadas no están alcanzadas por las garantías constitucionales propias del proceso penal (vgr., *non bis in idem*, prohibición de autoincriminación, personalidad de la pena) ... Es preciso en cambio, que ellas no sean excesivas y que resulten respetadas las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa (p. 28).

Ahora bien, si al imputado o infractor se le garantiza su derecho a ofrecer y controlar la prueba, de recurrir a instancias superiores, de designar abogado defensor, etc., es imposible admitir que una condena de daños punitivos podría ser violatoria de sus derechos.

Este debate acerca de la constitucionalidad de la figura es puramente académico o doctrinario pues hasta el momento no ha trascendido ninguna sentencia mediante la cual se decrete la inconstitucionalidad del artículo 52 bis de la LDC.

En líneas generales, es sabido que cualquier sanción que se aplique tanto en el fuero penal, civil o administrativo, para que resulte válida se deben respetar las garantías constitucionales del imputado previstas en nuestra Carta Fundamental.

Sánchez Costa (2009) afirma: “... por más que con los daños punitivos se quiera cumplir el más noble de los objetivos, ello no significa que las garantías constitucionales del debido proceso puedan ser dejadas de lado” (p. 4).

Si se garantizan los derechos del infractor ninguna sanción debería ser tachada de inconstitucional.

Sprovieri (2009) enseña: “No vemos agravio constitucional alguno en la multa civil, en la medida en que se garantice el derecho de defensa, entendido como la posibilidad para el demandado de ser oído y producir prueba al respecto” (p. 17).

La constitucionalidad de la figura, cualquier como cualquier pena implica el respeto por las garantías previstas en la CN.

En nuestra opinión, entendemos que los opositores a la figura, cuando plantean su inconstitucional en realidad están expresando su oposición a que una pena de origen anglosajona, se aplique en el derecho privado.

Creemos que esta circunstancia es la que más afecta a este sector, que busca de alguna manera, sumar argumentos de rechazo respecto de esta Institución del Derecho.

Los detractores, nunca aceptaran que los daños punitivos, por ser extraños a nuestro sistema, se integren al ámbito de la responsabilidad civil, cualquier argumento para revertir este panorama resultará estéril.

#### **4.4 Congresos, Jornadas, Encuentros**

Los primeros congresos académicos que abordaron la figura se desarrollaron en la década del `90. Fueron varios encuentros, destacamos los siguientes.

Podemos citar entonces, las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se llevaron a cabo en Santa Fe, entre los días 23 al 25 de septiembre de 1999. El tratamiento brindado a la figura de daños punitivos en esta Jornada fue novedoso para su época.

Hay que destacar, que este encuentro se desarrollo en el año 1999, es decir antes de la sanción del artículo 52 bis de la LDC y contó con la participación de juristas y docentes Uruguayos.

Probablemente las conclusiones arribadas en esta Jornada, habrían sido consideradas por el legislador al momento de sancionarse el artículo 52 bis de la LDC. En este contexto, la Comisión Nº 10 precedida por el jurista Pizzaro, contó con la presencia de un jurista Uruguayo, el Profesor Arturo Caumont, en representación de la Universidad de la República de Uruguay.

Las conclusiones y las distintas posiciones se retranscriben a continuación, a lo que se suman breves comentarios jurídicos de nuestra parte.

La Comisión dijo: “La sanción o punición de ciertos ilícitos contractuales o extracontractuales mediante la imposición de penas privadas no es ajena a nuestro derecho vigente, y se manifiesta en institutos como la cláusula penal, los intereses punitivos, sancionatorios, astreintes, entre otros” (p. 12).

Hemos citado doctrina nacional e internacional que coincide con este pensamiento, que en definitiva confirma la finalidad punitiva de nuestro sistema de responsabilidad civil.

El ámbito de aplicación de la figura, como se abordó en el Capítulo 2, es el contractual. Distinto hubiera sido si se aprobaba la incorporación de la figura al CCA, pues en ese caso, el ámbito se extendía además al extracontractual.

La Comisión agregó: “El actual sistema normativo en materia de penas privadas es insuficiente y requiere de una pronta reforma legislativa que las recepte con mayor amplitud” (p. 12).

Argumento insignia considerado por nuestro legislador, al momento de justificar la sanción del artículo 52 bis de LDC.

Dijo también la Comisión: “No estando prevista la regulación de condenaciones punitivas o daños punitivos o multas civiles dentro de la sistemática legal del código civil, su admisión por vía jurisprudencial pone en riesgo garantías y derechos constitucionales” (p. 12).

Sin duda alguna, la vía legislativa era el camino para la incorporación de la figura al sistema jurídico. Recordemos que los primeros antecedentes jurisprudenciales eran rechazados justamente por carecer la figura de una ley que la reglamente.

Nuestro sistema es esencialmente codificado, a diferencia de lo que ocurre en el sistema legal de gestación de la figura de daños punitivos, donde el precedente es obligatorio. En nuestro caso, la jurisprudencia integra un listado de fuentes del derecho, junto a ley, a la costumbre, etc.

La Comisión recomendó: “Es aconsejable la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas legales, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero” (p. 12).

Respecto de que se trata de una pena que contiene una suma de dinero es lo que señala el artículo 52 bis de la LDC, no obstante, hemos citado doctrina que opina que la condena bien podría ser un pago en especie.

En cuanto al requisito de procedencia vinculado a hechos graves, podemos decir que por aquel entonces, la doctrina ya interpretaba correctamente el alcance de la figura de daños punitivos, pues la misma nace para castigar hechos graves.

La Comisión propuso

Las penas privadas no están alcanzadas por las garantías constitucionales propias del proceso penal (verbigracia, *non bis in idem*, prohibición de autoincriminación, personalidad de la pena, etc.). Es preciso, en cambio, que ellas no sean excesivas y que resulten respetadas las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa (p. 12).

Lo que la Comisión estaba diciendo es que si se respetan las garantías constitucionales, los daños punitivos no pueden ser tachados de inconstitucionales.

Agregamos, que las condenas que se dicten por este rubro, no deben lesionar el derecho de propiedad de infractor. Como cualquier condena, las garantías constitucionales no pueden ser violentadas. Lo contrario tacha de inconstitucional la sentencia y atenta contra el principio preambular de afianzar justicia.

La Comisión aclaró

Las penas privadas tienen por finalidad prevenir graves inconductas futuras ante el temor que provoca la sanción; reflejar la desaprobación social frente a éstas; en su ámbito específico, proteger el equilibrio de mercado; y dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente los de carácter lucrativo (p. 12).

En esta investigación, nos hemos referido que los daños punitivos tienen una función de prevención. También brindamos un análisis económico a través de la denominada culpa lucrativa, mediante la cual, el empresario obtiene beneficios económicos a sabiendas de que con su accionar daña o puede dañar, conforme se explica en el apartado 6.5.1 del Capítulo 6. Esas ganancias ilícitas, son las que cuestiona la Comisión, pues no resulta admisible que el empresario lucre con el daño.

La Comisión propuso: “Las penas privadas sólo pueden ser aplicadas a petición de parte. Pueden ser sujetos pasivos de las penas privadas tanto las personas físicas como jurídicas, públicas o privadas. Como regla las penas privadas no son asegurables” (p. 12).

Opinamos en igual sentido, no es conveniente permitir la contratación de seguros. Coincidimos con los legitimados pasivos de los daños punitivos.

La Comisión señaló lo siguiente

Deben considerarse como pautas orientadoras para la fijación de la cuantía de la condenación punitiva, entre otras, los siguientes: a) la

índole de la conducta del dañador; b) el beneficio obtenido por éste; c) su caudal económico; d) la repercusión social de su conducta o del daño ocasionado; e) la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperable si no mediara condena pecuniaria; f) la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado; g) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva o irrazonable; h) la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación; i) la actitud de dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena (p. 12).

Estas pautas son orientativas, cada caso posee su particularidad, y debe ser evaluado en forma independiente.

A su vez la Comisión advirtió: “Es plausible la regulación específica de las multas civiles que efectúa el Proyecto de Código Civil de 1998 en su artículo 1587” (p. 12).

El siguiente agregado fue suscripto sólo por el jurista Tale Camilo

Sin embargo el enunciado propuesto debe corregirse de modo tal que: a) exprese la aplicación judicial en términos imperativos cuando medie pedido de parte; b) se elimine la ambigüedad que puede suscitarse respecto de su aplicabilidad a las personas jurídicas por culpa de sus dependientes; c) exprese la no asegurabilidad de la sanción; d) se elimine la vaguedad del destino del importe de la multa (p. 12).

Agregado de Galdós Jorge, Piaggio Aníbal y Vetrano Alejandro, al artículo 1587 proyectado

Si la aplicación simultánea de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un mismo hecho provocara un exceso irrazonable de punición, el juez civil podrá dejar sin efecto la multa administrativa, incluirla o computarla a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez civil podrá decretar la inaplicabilidad al caso de la multa civil (p. 12).

Para nuestro derecho interno, esto es lo que se denominó punición excesiva, cuya normativa fue incorporada al nuevo Código Civil Argentino a través del artículo 1714.

Por su parte, Caumont, integrante de la Comisión 10 señaló que

Debe reafirmarse el carácter polidimensional de las penas privadas en el sistema de derecho civil uruguayo. 2. Las propiedades multidimensionales de las penas privadas en el derecho civil uruguayo están marcadas básicamente por su función sancionatoria y por su función de garantía o de aseguramiento por riesgos de

incumplimiento. 3. Sin perjuicio de ello y como resultado de la investigación propuesta en esta ponencia, debe entenderse técnicamente que la función de garantía está eliminada al no ser íntegra, cuando opera el mecanismo de reducción al tenor del artículo 1370 del Código Civil oriental, porque el abatimiento de la sanción a prorrata de lo cumplido parcialmente resulta configurar en definitiva una reducción de la multa no obstante la inejecución puesto que un cumplimiento parcial constituye finalmente una hipótesis de incumplimiento desde la perspectiva de la integralidad sustancial del interés del acreedor y de la correspondiente infracturabilidad óptica del incumplimiento en sí mismo (p. 13).

Consideramos que algunas de las cuestiones debatidas en este encuentro quizás hayan sido tenidas en cuenta por el legislador al momento de sancionar el artículo 52 bis de la LDC, pues estas hoy integran la norma vigente.

En otro encuentro académico, denominado Jornadas Nacionales de Abogados celebradas en la ciudad de San Salvador de Jujuy en el mes de abril de 2000, nuevamente se abordó la figura de los daños punitivos.

En estas Jornadas, la Comisión N° 8 analizó las multas civiles, justificando su procedencia y constitucionalidad desde una perspectiva económica del derecho. Además, se concluyó que la responsabilidad civil también tiene una función preventiva y sancionatoria, lo que confirma parte de nuestra hipótesis.

En las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en la localidad de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, entre los días 27 al 29 de septiembre de 2007, la Comisión N° 2, denominada Cuantificación de la indemnización por daño personal dijo

... Rige en nuestro sistema el principio de reparación plena o integral del daño injustamente causado. No corresponde apartarse del mismo, salvo previsión normativa en contrario que en todos los casos deberá superar el test de constitucionalidad en su aplicación al caso en concreto ... *De lege ferenda* 1. Posición A: Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos y con reflexión del destino que debe darse a las indemnizaciones ... Posición B: Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos con destino a la víctima, en los cuales la cuantificación tenga en miras el patrimonio del agente dañador (p. 8).

De este encuentro se puede deducir que para estos juristas existía la posibilidad, por aquel entonces, de incorporar la figura de daños punitivos al sistema jurídico, siempre que se dicte una ley específica.

Utilizaron el término indemnizaciones punitivas, que no es el más apropiado. Si hubiera prosperado este término, se podría haber generado confusión en cuanto a la finalidad de la figura. De igual forma la norma vigente no utiliza este vocabulario.

En oportunidad de celebrarse en el año 2009, las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y el V Congreso Nacional de Derecho Civil, la comisión de Derecho interdisciplinario y derechos del Consumidor señaló

La multa civil del artículo 52 bis de la ley 24.240 presenta importantes deficiencias técnicas, pero éstas pueden ser corregidas por una aplicación racional y prudente por parte de los magistrados. Una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios informadores del Derecho Privado y el resguardo de derechos constitucionales. En consecuencia, es necesario atender a los siguientes efectos: Los daños punitivos proceden únicamente en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos (p. 16).

También se dijo

Los denominados daños punitivos se adicionan a las indemnizaciones por daños que eventualmente pueda haber experimentado el damnificado. Debe interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el artículo 52 *bis* presupone coautoría o complicidad, por lo que no puede ser condenado a su pago aquel proveedor cuya conducta no encuadra en los requisitos para la aplicación de la figura. Destinar la multa civil al consumidor no genera indebido enriquecimiento (p. 16).

De lo expresado por esta Comisión se destacan las siguientes cuestiones.

1) Los daños punitivos proceden solo ante hechos graves que menosprecien derechos individuales o de incidencia colectiva.

2) Se aplican además en los casos donde el proveedor ha obtenido beneficios económicos con su accionar. Esto es lo que se conoce como culpa lucrativa o ilícitos lucrativos como refiere la comisión.

En este supuesto el fin de la figura de daños punitivos buscaría dismantelar este proceder.

3) En cuanto a la legitimación pasiva los daños punitivos recaen sobre el proveedor identificado como autor del hecho, quien a su vez responderá por los actos de sus dependientes.

4) Los daños punitivos se adicionan a los otros rubros indemnizatorios sin ningún inconveniente.

5) Que se destine la multa al consumidor o usuario no implica enriquecimiento sin causa. Esto si es importante toda vez que se discute doctrinariamente que la multa a favor del damnificado implica incurrir en la figura de enriquecimiento sin causa.

Estos encuentros académicos representaron para su época un aporte científico de utilidad para conocer en profundidad la figura de daños punitivos. Se destaca el abordaje de la figura de enriquecimiento sin causa o las condiciones de habilitación del pedido de daños punitivos o el carácter accesorio de la figura y la prohibición de contratar seguros, entre otros extremos jurídicos analizados.

Algunos de estos puntos hoy integran el derecho vigente. En otros casos la discusión sigue vigente y tal vez sean necesarios nuevos encuentros académicos para despejar dudas.

#### **4.5 Conclusiones**

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales históricos podemos concluir que la falta de legislación en la materia fue utilizada como argumento para que los Tribunales rechazaran de manera pacífica los primeros pedidos de daños punitivos.

Igualmente, en algunos casos, se recomendó la tipificación de los daños punitivos, argumentándose tal pedido en el hecho, que los mismos resultaban necesarios.

Desde una mirada optimista, estas presentaciones judiciales, sumadas a los diferentes encuentros académicos y/o doctrinarios, al menos, permitieron instalar la figura y abrir su debate. Luego vino la sanción del artículo 52 bis de LDC., aunque con un texto defectuoso. Igualmente fue un gran avance este paso.

La discusión doctrinaria resulta un valioso aporte científico para la interpretación y análisis de esta figura del derecho.

Son tan válidas las opiniones en contra como las a favor, pero las primeras pierden sentido ante el hecho vinculado a que la figura de daños punitivos se incorporó al sistema legal para brindarle al consumidor una herramienta destinada a contrarrestar el desequilibrio natural que existe entre este y el empresario.

Difícil pensar que exista algún argumento que pueda dar por tierra el fin considerado para la reglamentación del artículo 52 bis de LDC.

## CAPITULO 5

### LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO

#### 5.1 Introducción

Con la aprobación de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor sancionada en el año 1993, se origina un nuevo escenario a favor de los consumidores y usuarios.

A esto hay que sumarle los artículos 42 y 43 de la CN, que prevén los nuevos derechos de usuarios y consumidores, incorporados a través de la reforma Constitucional del año 1994. Finalmente hay que considerar Ley Nacional Nº 26.361 que modifica la LDC, introduciendo los daños punitivos al derecho del consumo a través del artículo 52 bis.

El reconocimiento de los derechos del consumidor o usuario, a través de leyes especiales, su jerarquización y rango constitucional, a nuestro modo de ver las cosas, implica un cambio de paradigma de la figura del consumidor. Con la reforma del año 1994, este deja de ser un objeto del derecho para convertirse en sujeto del derecho, adquiriendo derechos pero también obligaciones.

Álvarez Larrondo (2009) enseña

... el Constituyente del 94' haya optado por consagrar como pilar fundamental del sistema regulador del mercado al Derecho del Consumo, el cual ha venido a romper con todo lo conocido, ampliando el número de fiscales de la ley, descargando el control no sólo en el Estado y en los inactivos empresarios, sino también en los consumidores y los nuevos organismos públicos de control con competencia en la materia, a nivel nacional, provincial o municipal, incluyendo a partir de la reforma de la ley 26.361 al Defensor del Pueblo de la Nación (p. 2).

En esta línea, se afirma en general, que el consumidor representa a la parte más débil de la relación contractual y en contrapartida se considera al proveedor o empresario como el sector más poderoso.

También hay consenso en la doctrina nacional en cuanto que existe un desequilibrio natural entre estas partes.

Este pensamiento ya había sido puesto de manifiesto en el año 1994 cuando se trató dicha reforma constitucional y también se mencionó al aprobarse las Leyes 24.241 y 26.361, como veremos a continuación.

Según los legisladores, este plexo normativo se aprobó para contrarrestar ese desequilibrio existente en la relación de consumo.

Por su parte, la doctrina nacional también se ha ocupado de estudiar las desigualdades que se observa en las relaciones contractuales del consumo.

Garrido Cordobera (2011) afirma

El derecho parte de igualdad ante la ley, y esto exige trato de igual en igualdad de condiciones (conforme al artículo 16 CN Argentina), pero los hombres no somos iguales, ni siquiera puede considerárenos fungibles y aun en la masificación mantenemos el principio de identidad, por lo que en realidad estamos frente a una ficción de las que se consideran ficciones necesarias. El hecho de que una parte tenga menos poder de negociación que otra puede ser decisivo; el mero consentimiento de las partes, si ellas están en situaciones demasiado desiguales no basta para garantizar la justicia del contrato ... La debilidad de una posición dominante determina soluciones especiales ... El orden público de protección tiende a resguardar a una de las partes contratantes considerada la más débil y a mantener el equilibrio interno del contrato haciendo la justicia del contrato o mejor dicho a la justicia conmutativa (p. 5).

Mediante el presente Capítulo analizaremos las distintas normas vigentes que refieren a los derechos de los consumidores y usuarios, para concluir que efectivamente existen desigualdades entre estos actores al momento de contratar y que los daños punitivos resultan ser una herramienta útil para mitigar las mismas.

En cuanto a los cambios del CCA, analizaremos los distintos proyectos de reforma de este cuerpo legal y lo que en definitiva se aprobó para arribar a la conclusión que los daños punitivos integrarían el nuevo texto legal, al menos de forma tácita.

## **5.2 Nuevos derechos de usuarios y consumidores. Base constitucional**

Los derechos de incidencia colectiva son los previstos en los artículos que van desde el 36 al 43 de la CN, identificados como los nuevos derechos y garantías. Dentro de esta categoría de nuevos derechos figuran los derechos de los usuarios y consumidores.

A partir de la reforma de la CN del año 1994 la protección de los derechos de los consumidores y usuarios adquiere rango constitucional. Este nuevo panorama, tendría que ver con la intención del legislador de contrarrestar el

desequilibrio natural que existe entre las partes integrantes de la relación de consumo.

En la Convención Constituyente celebrada entre el 18 y 19 de Agosto de 1994, en la ciudad de Santa Fe, se dijo

El derecho del consumidor nace del reconocimiento de que es necesario restablecer el marco de equilibrio en la relación de consumo. Este marco de equilibrio desfavorable al consumidor y favorable al proveedor surge de una debilidad estructural por parte del consumidor en la relación de consumo. Debemos decir que el derecho del consumidor busca elevar al consumidor, para encontrar la necesaria nivelación en la relación, a fin de que ambas partes se encuentren realmente en la misma situación para contratar (p. 4171)

También los constituyentes manifestaron lo siguiente

En su larga evolución el derecho reconoció en su momento la debilidad intrínseca del trabajador en lo que hace a su relación laboral. De allí surgió un derecho tuitivo de las relaciones del trabajo, que ha sido reconocido y que hoy tiene una consagración expresa. De la misma manera el derecho, en su permanente renovación, reconoce hoy la debilidad intrínseca del consumidor frente al proveedor (p. 4171).

Estos argumentos fueron el sustento del artículo 42 de la CN, cuyo texto establece

Los consumidores de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, a condiciones de trato equitativo y digno.

Y también del párrafo segundo del artículo 43 de la CN que reglamenta lo siguiente

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

La incorporación de estos dos artículos a la CN, implica, un cambio ideológico, que favorece a este nuevo sujeto, el consumidor.

Álvarez Larrondo (2009) afirma que esto surge como

...la lógica consecuencia del nuevo régimen de política económica fijada por el Estado a partir del artículo 42 de la Constitución Nacional ... Recordemos que para alcanzar el ideal de mercado justo, el Constituyente resolvió quitar del centro de la escena al comerciante (y con él a sus leyes de lealtad comercial y defensa de la competencia) para ubicar en su lugar al consumidor y a las asociaciones que los nuclean (p. 4).

Paralelamente con el auge del consumo este nuevo actor social y jurídico fue adquiriendo relevancia, lo que obligó al legislador a introducir reformas en nuestro ordenamiento legal.

Esta nueva figura buscó su lugar y reconocimiento, con el fin de hacer valer sus derechos.

Gelli (2008) señala

La declaración y reconocimiento de los derechos de los usuarios y consumidores implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución histórica del 1853-60 y hasta en la concepción social de la Ley Suprema, incorporada en 1957 con los derechos sociales del artículo 14 bis (p. 580)

No debemos olvidar que consumidores somos todos, incluidos los empresarios, tal como lo dijo el ex Presidente Norteamericano John Kennedy en su discurso de carácter público ofrecido en el Congreso Norteamericano, el día 15 de marzo de 1962. Sin duda, todos intervenimos en una relación de consumo alguna vez o en forma reiterada o periódica.

Más arriba hacíamos referencia al reconocimiento de este nuevo actor por parte del legislador. Este reconocimiento vino acompañado de distintas herramientas jurídicas de defensa de los derechos de los consumidores, entre ellas, el artículo 52 bis de la LDC.

La intención del legislador de contrarrestar el desequilibrio natural de las relaciones de consumo se observa en las distintas argumentaciones de cada una de las normas que se dictaron.

Aun resta mucho trabajo por realizar, las desigualdades en este campo existen, pero los avances son importantes, nadie podría negar esta afirmación.

### 5.3 El artículo 52 bis de LDC. Su crítica

Mediante la Ley Nacional N° 26.361, aprobada en el año 2008, se modifica la LDC, incorporándose a esta última el artículo 52 bis, cuyo texto establece lo siguiente

**Daño Punitivo.** Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

Como se desprende de las versiones taquigráficas que a continuación retranscribimos, en esta oportunidad nuevamente el legislador vuelve sobre la necesidad de contrarrestar el desequilibrio natural que existe entre el consumidor y usuario y/o proveedor.

Este pensamiento nos remonta directamente al año 1994 cuando se reformó la CN y se incluyeron los artículos 42 y 43.

La versión taquigráfica del debate de aprobación del artículo 52 bis de la Ley 26.361 es reflejo de intención del legislador de brindar herramientas al consumidor, destinadas a disminuir diferencias o desigualdades entre los actores que integran la relación de consumo.

A continuación, algunas referencias de los legisladores informantes.

En su oportunidad, la Senadora Córdoba señaló

... este proyecto viene a fortalecer la posición de la parte más débil en la relación de consumo, que todos sabemos que es el consumidor y el usuario, para establecer una situación de equidad y de equilibrio que es necesaria en el libre juego de las reglas de mercado (p. 391).

Otros legisladores también se expresaron en igual sentido, pues todos consideraron que existe un desequilibrio natural entre las partes.

El Senador Guistiniani dijo

A pesar del avance que se produjo con el artículo 42 de la Constitución Nacional, la integración de la Ley 24.240 al plexo

normativo jurídico y las muy buenas modificaciones que se están introduciendo existe una necesidad de protección de los usuarios. Venimos de una realidad todavía en debate. La cultura del neoliberalismo, las privatizaciones y la desregulación determinó una transferencia gigantesca de recursos hacia algunas empresas concentradas de capital nacional e internacional (p. 428).

Las palabras desigualdad y protección son una constante en los discursos de los distintos legisladores.

También se reitera el concepto de expansión del consumo masivo o la necesidad de contrarrestar las abultadas ganancias de los empresarios.

En esta línea, la Senadora Negre de Alonso afirmó

Esta legislación surge como una necesidad frente a la maximización de la ganancia y de la rentabilidad, de la mano del capitalismo salvaje que va dejando pobreza. Así es que falta una legislación logre darle equilibrio a este tipo de relaciones ... El verdadero objetivo para que esta ley se cumpla es educar a la población ... Sin duda esa fue la preocupación del legislador al modificar la primera norma, pues tal vez la Ley 24.240 sola, no logró contrarrestar ese desequilibrio de las partes a la hora de negociar (p. 430 y 432).

Otro concepto que queremos rescatar tiene que ver con la educación, resulta fundamental que el consumidor conozca acerca de sus derechos.

Queda pendiente brindar mayor publicidad respecto de los derechos de los consumidores. Esta actividad recae sobre los organismos públicos de defensa de los derechos de los consumidores.

No obstante, en general, se ocupan de esta tarea, las Organizaciones No Gubernamentales de defensa de los derechos del consumidor, realizando una buena labor, pero poseen limitantes, como la carencia de recursos.

Lorenzetti y Schötz (2003) señalan

La relación de consumo, protegida por la Ley 22140 (LDC), es percibida por el legislador como genéticamente desequilibrada, en virtud de que una de las partes –el comerciante o el empresario-, cuenta con medios técnicos y experiencias muy superiores a las del consumidor. Entre estos medios técnicos a su disposición el empresario cuenta con asesoramiento legal calificado y experto que le permite configurar la relación jurídica de tal modo que el consumidor no puede variar esos contenidos obligacionales aparentemente secundarios ligados al núcleo del precio y otras pocas condiciones esenciales de la operación. En pos de este motivo fue fundamental que el legislador ha intentado predeterminar ciertos elementos de la relación e consumo de manera tal que se

restablezca el equilibrio de una conmutación genéticamente desbalanceada (p. 7).

Para concluir, hemos señalado que el empresario o proveedor cuenta con otras posibilidades, pues dispone de recursos suficientes para hacerse asistir por estudios jurídicos especializados en la materia, entre otras ventajas.

El desequilibrio entre las partes existe, por ello es fundamental seguir avanzando en esta materia, se requieren de más mecanismos de asistencia a favor de los consumidores. Nuestras iniciativas se detallan en el Capítulo Conclusiones, apartado Propuestas.

Que el consumidor conozca acerca de sus derechos es fundamental; para tal fin se necesitan campañas publicitarias.

Las Organizaciones No Gubernamentales de defensa de los derechos de los consumidores cumplen un relevante rol en orden a la difusión de los derechos de este sector, no así las Instituciones Públicas de defensa de los derechos de los consumidores. Estas últimas no ocupan el lugar que deberían ocupar, tal vez les falta el acompañamiento de las autoridades políticas.

### **5.3.1 Crítica al artículo 52 bis de la LDC**

Este artículo ha sumado críticas en cuanto a la técnica legislativa utilizada en su redacción, pues la misma es imprecisa y no responde a la esencia de la figura de daños punitivos. Este concepto forma parte de nuestra hipótesis de investigación.

Según el texto de ley, los daños punitivos se aplican al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales.

Álvarez (2008) afirma: "... para ser impuesto el daño punitivo, debe tener un elemento repugnante, indignante, antisocial ..." (p. 3).

La figura de daños se origina para castigar conductas graves vinculadas a hechos de los cuales surja un menosprecio hacía los derechos de los consumidores o usuarios. El mero incumplimiento del contrato o de las obligaciones legales no habilita el pedido de daños punitivos, tal como marca la ley.

Sprovieri (2010) enseña

De seguirse ciegamente la norma, sin mayor interpretación se caería en la generalización de sanciones ante el mero incumplimiento. Ello además de injusto, convertiría a la sanción, excepcional para toda la doctrina en un instituto ordinario, que perdería toda virtualidad para disuadir conductas similares al futuro (p. 4).

Podría decirse que esta doctrina se adelantó a lo resuelto en la causa “Gramajo Salomón Juan Pablo contra Telefónica Móviles de Argentina S.A (Movistar)”, que tramitó por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 11 de Salta, en donde se dictó una condena que contiene el pago de daños punitivos por incumplimiento contractual. Este precedente fue analizado en el Capítulo 1.

En definitiva, este requisito de habilitación del pedido de daños punitivos previsto en el artículo 52 bis de LDC, no es consecuente con la esencia de la figura de daños punitivos ni con su origen pretoriano.

Los proyectos de reforma del CCA del año 2008 y 2012 fueron orientados de distinta manera, pues las normas planteaban para la habilitación del pedido de daños punitivos grave menosprecio o indiferencia del proveedor hacía los derechos de la víctima.

La crítica es válida, pero también es cierto, que este artículo establece en su primer párrafo que la multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Una interpretación válida del artículo 52 bis de la LDC en cuanto a la habilitación del pedido de daños punitivos sería considerar este párrafo.

En esa inteligencia, no existiría margen de error respecto de la habilitación del pedido de daños punitivos al conjugar armónicamente ambos párrafos.

López Herrera (2011) en referencia a este artículo enseña: “Sólo cabe responder que el artículo debe ser leído en su conjunto, y que las pautas para graduar la condena también deben ser tomadas para evaluar su procedencia” (p. 378).

De todas formas, la doctrina fue quien se ha encargado de aclarar en que casos o bajo que circunstancias se habilita un pedido de daños punitivos.

La reciente jurisprudencia mencionada en el Estado del Arte es reflejo de que nuestros Tribunales han comprendido el alcance y la finalidad de los daños punitivos, pues en general se aplica la figura acorde su esencia.

#### **5.4 Propuestas de reforma del Código Civil Argentino de 1998 y 2012 y su comparación con el artículo 52 bis LDC**

Las propuestas de reforma del CCA año 1998 y 2012 contemplaban la incorporación de la figura de daños punitivos a dicho cuerpo legal.

El artículo 1587 del Proyecto de reforma del Código Civil de 1998 establecía

El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o puede haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.

Por su parte, el artículo 1714 del proyecto de reforma año 2012 señalaba

El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menoscabo hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

Además al proyecto se sumaba el artículo 1715, estableciendo

Si la aplicación de condenas pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcial, la medida.

En líneas generales, ambos proyectos guardan simetría en cuanto a sus contenidos, pero difieren respecto de lo establecido en el artículo 52 bis de la LDC.

En cambio, existen diferencias conceptuales, entre los artículos 1587 y 1714 pertenecientes al Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 y anteproyecto año 2012 respectivamente, con el propio artículo 52 bis de la LDC que valen la pena destacar.

El artículo 52 bis establece

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

En primer lugar, lo primero que destacamos, es que los proyectos estaban destinados a proteger los derechos de incidencia colectiva y el artículo 52 bis de la LDC es específico para consumidores y usuarios.

En este sentido, la Comisión redactora del proyecto de reforma año 2012 explica concretamente el motivo de esta decisión.

La Comisión dijo

La decisión ha sido, finalmente, aplicarla exclusivamente a los derechos de incidencia colectiva y mantener la norma especial en relación a las relaciones de consumo. Las razones son varias: a) no hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. Por lo tanto es mejor diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo. Siempre habrá tiempo para ampliar a los otros supuestos mediante supuestos mediante leyes especiales, pero no se puede avanzar a ciegas en materia política legislativa. b) el campo de aplicación es muy amplio y significativo, de modo que se permite un desarrollo de instituto mediante la jurisprudencia y doctrina que va a permitir definir con mayor claridad sus perfiles. Es lo que ha sucedido en los países donde se ha aplicado; c) no hay buenos ejemplos sobre una regla general en código civil; d) se ha preferido optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada tragedia de los bienes comunes; es decir, no hay incentivos individuales para su tutela (p. 566).

Aclarado esto, las otras diferencias serían las siguientes. El artículo 52 bis de la LDC exige para la habilitación del pedido de daños punitivos que exista un incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor.

Esta condición fue criticada arduamente por la doctrina, tal como lo analizamos más arriba. Por su parte, los proyectos de ley exigían para la habilitación del pedido de daños punitivos la existencia de hechos graves.

La figura para su procedencia, desde lo dogmático, requiere la existencia de hechos graves de los cuales surja un menosprecio hacía los derechos de terceros.

El incumplimiento de las obligaciones legales no responde a la esencia y naturaleza de esta Institución. Para este caso, la vía legal sería la figura de incumplimiento contractual.

López Herrera (2011) enseña

Es contrario a la esencia de los daños punitivos y a más de doscientos años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no cumplió sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos es hace falta algo más. El elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos (p.378)

Otra diferencia que se puede resaltar es que en ambas propuestas de reforma del CCA el destino de la multa es determinado por auto fundado; para la norma, el juez quedaba facultado a otorgarle el destino que considere conveniente según su criterio.

Por su parte, el artículo 52 bis de la LDC prevé que la multa sea destinada directamente a favor del damnificado.

Esta prescripción de la norma abrió un nuevo debate, pues existen sectores que proponen distintos destinos de la multa y se oponen a que la misma sea adjudicada al consumidor.

Existen voces que opinan que el juez es quien debería determinar el destino de la multa, por auto fundado conforme los proyectos de ley.

En contraposición, los que apoyan lo previsto por el derecho vigente, ven en esta decisión una especie de incentivo para que los damnificados reclamen por sus derechos.

Colombres (2008) afirma

La ley 26.361 vino a cerrar el debate, al mandar a aplicar al juez la multa civil a favor del consumidor. Estamos de acuerdo con la solución propiciada por la norma. En primer lugar vemos, en el beneficio que se le concede al consumidor –víctima- actor, un premio a su lucha, a su compromiso, a su paciencia (los que

pleiteamos habitualmente sabemos el largo camino que se recorre hasta la consecución de una sentencia firme) y por que no, a arriesgar –no obstante ya haber sido dañado- su capital en miras a perseguir el culpable ... Por otro lado, de no mediar ese posible plus económico y al corresponder los daños punitivos a instancia de parte, ¿porqué un consumidor se arriesgaría a solicitarlos?. Creemos que, en caso de que el destino de la multa civil migrara a otras manos, a la hora de iniciar el proceso (si es que lo inicia, ya que muchas veces las conductas desaprensivas por parte del proveedor no causan un daño en el consumidor que amerite iniciar un proceso (p. 2).

A modo de ejemplo, conocemos que existen supuestos en donde los proveedores de servicios aplican pequeñas subas en los resúmenes de facturas. Naturalmente la sumatoria global de estos montos implica importantes ingresos para las empresas que se pueden repetir todos los meses. Difícilmente un usuario afectado por estas circunstancias recurrirá a la justicia si el destino de la multa no es a su favor.

Colombres (2008) señala

Ahora bien, si tomamos en cuenta al universo de consumidores que puede afectar comprendemos que se trata de un negocio millonario, pensemos en aquellas tarjetas que incluyen en sus resúmenes de cuenta conceptos o cargos no pactados con los clientes, especulando con que muy pocos de ellos se percaten del mismo y que, de aquellos que lo hagan – dado el ínfimo de los montos (muchas veces \$1)- un número muy reducido iniciará una acción judicial (p. 3).

Otro punto a analizar del Proyecto de reforma del año 2012 es cuando señala que solo se aplican daños punitivos ante grave menoscabo de los derechos de incidencia colectiva quedando a cargo del magistrado determinar cuando se configura esta conducta ilícita.

Es decir, queda exclusivamente al arbitrio del juez la determinación de la conducta grave. Dijimos que el artículo 52 bis de LDC también prevé que la sanción se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, siendo en definitiva el juzgador quien va a determinar cuando se configura un hecho grave. Es decir, existe simetría en este punto entre los proyectos de ley y el derecho vigente.

Otra cuestión a considerar es la vinculada a la legitimación activa, según el proyecto de reforma año 2012, pueden petitionar la multa los legitimados para defender los derechos de los consumidores.

En nuestra opinión, tal vez habría sido interesante detallar quienes son los legitimados para solicitar daños punitivos y de esa forma evitar planteos judiciales que dilaten los procesos. El artículo 52 bis de la LDC legitima obviamente al consumidor.

Como aspecto positivo del Proyecto de Reforma del año 2012 señalamos que no se establecían topes máximos ni mínimos respecto de las multas.

En cambio, el artículo 52 bis de la LDC remite al artículo 47 inciso b, el cual establece montos mínimos y máximos de condena según el siguiente texto: Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso: ...b) Multa de Pesos cien a pesos cinco millones. Nos oponemos a la fijación de montos máximos y mínimos.

Por su parte, el proyecto de Reforma año 2012 enumeraba distintas circunstancias que el magistrado debe evaluar al momento de establecer la condena, tal como: las características del caso, la gravedad de la conducta, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

Esto último no está contemplado en el artículo 52 bis de la LDC. Esta norma no brinda tales precisiones. Por esta circunstancia, también recibió críticas el artículo 52 bis.

Rúa (2009) afirma

Tampoco se advierte, salvo excepciones, una debida fundamentación en las sentencias en cuanto a las variables consideradas a la hora de calcular la cuantía del daño punitivo. Todo ello es clara demostración de las falencias técnicas que presenta la norma, no sólo en cuanto a los requisitos de procedencia sino también con relación a las pautas a considerar para la graduación de la pena (p. 22).

Adherimos al pensamiento que señala que cuanto mas precisa es la norma menos margen de error puede existir en su interpretación y posterior aplicación.

Rúa (2009) afirma

Tampoco se advierte, salvo excepciones, una debida fundamentación en las sentencias en cuanto a las variables consideradas a la hora de calcular la cuantía del daño punitivo. Todo ello es clara demostración de las falencias técnicas que presenta la norma, no sólo en cuanto a los requisitos de procedencia sino también con relación a las pautas a considerar para la graduación de la pena (p. 22).

Como afirmábamos al principio del apartado, existen entre los proyectos de reforma y el propio artículo 52 de la LDC diferencias sustanciales.

El artículo 52 bis de LDC es perfectible, pero igualmente celebramos su existencia pues representa la incorporación de la figura de daños punitivos a nuestro sistema legal, lo que en definitiva implica un avance en la defensa de los derechos de los consumidores.

## **5.5 El proyecto de reforma del año 2012 y lo que se aprobó finalmente. Nuevo Código Civil Argentino**

Resulta de interés para el presente trabajo, mencionar algunos de los planteos que efectuó la comisión redactora del Proyecto de Reforma año 2012 sobre la figura de daños punitivos.

Los argumentos señalados por la Comisión redactora representan en alguna medida, lo que opina cierta doctrina nacional. Si bien en definitiva, el proyecto no se aprobó en cuanto a la figura de daños punitivos, no obstante vale la pena analizar algunos conceptos verditos por los miembros de la Comisión.

Lo primero que consideró el grupo de trabajo fue lo más básico y consistió en determinar la conveniencia o no de incorporar al derecho civil la figura de daños punitivos. Se inclinaron por el sí. Además, la Comisión da indicios de la naturaleza jurídica de esta figura y reconoce su extraño origen y su controvertida vigencia. Todos estos temas fueron desarrollados en otros Capítulos de esta tesis.

La Comisión redactora dijo

El instituto que referimos proviene de un campo ajeno a la responsabilidad civil, tradicionalmente enfocada en la reparación. Es culturalmente distinta, porque su desarrollo se ha producido en Estados Unidos de América, y no en el área Latinoamericana o europea que han sido influencias en nuestro derecho. Es todavía

novedoso donde se aplica, porque está en constante revisión (p. 565).

El hecho que los daños punitivos están siendo revisados en Inglaterra y EEUU, ya lo habíamos señalado en el apartado 3.2 del Capítulo 3.

Sin perjuicio de este reconocimiento, en su proyecto, la Comisión no deja de mencionar que los daños punitivos son derecho positivo, es decir, se estaba refiriendo obviamente al artículo 52 bis de la LDC.

Finalmente, como dijimos, se resuelve incorporar la figura al proyecto de reforma del CCA, para ser aplicada exclusivamente respecto de los derechos de incidencia colectiva.

Los argumentos utilizados por la Comisión para decidir sobre este punto son los siguientes.

La Comisión afirmó

La decisión ha sido, finalmente, aplicarla exclusivamente a los derechos de incidencia colectiva y mantener la norma especial en relación a las relaciones de consumo. Las razones son varias a) no hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. Por lo tanto es mejor diseñar una norma que abra la puerta este Instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo. Siempre habrá tiempo para ampliar a los otros supuestos mediante leyes especiales, pero no se puede avanzar a ciegas en materia de política legislativa. b) el campo de aplicación es muy amplio y significativo, de modo que se permite definir con mayor claridad sus perfiles. Es lo que ha sucedido en los países donde se ha aplicado. c) No hay buenos ejemplos sobre una regla general en un código civil. d) se ha preferido optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada tragedia de los bienes comunes, es decir, no hay incentivos individuales para su tutela (p. 566).

En resumen, el proyecto contemplaba la aplicación de los daños punitivos en el ámbito civil solo cuando se vean afectados derechos de incidencia colectiva. En el caso que se trate un consumidor, deberá recurrir vía artículo 52 bis de LDC.

Otro punto que se analiza es la denominación que se le asignará a la figura de daños punitivos. La comisión se decide por nombrar los daños punitivos como sanción pecuniaria disuasiva.

La Comisión dijo

Ha sido estudiado en la doctrina argentina bajo el nombre de daños punitivos, siguiendo en este aspecto a la práctica anglosajona. Esta expresión es equívoca: por un lado se repara y no tiene la finalidad punitiva, y por otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador. Para evitar estos problemas, y luego de muchas discusiones, se adoptó el nombre de sanción pecuniaria disuasiva (p. 565).

Señalábamos en el apartado 2.3 del Capítulo 2 que la figura de daños punitivos genera controversia hasta en su denominación. Desconocemos cual fue el pensamiento de la Comisión redactora respecto del establecimiento del concepto de esta figura, tal vez quiso brindar una denominación que se ajuste a la finalidad de la figura, adaptada a nuestro pensamiento jurídico.

Asimismo, este grupo de trabajo, define la naturaleza jurídica de los daños punitivos al establecer que denominara la figura como sanción pecuniaria disuasiva.

La Comisión dijo: “La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada” (p. 567).

Que el término sanción es inequívoco. La naturaleza de la figura es de carácter penal. En el apartado 2.6 del Capítulo 2 afirmábamos que la finalidad de la figura es sancionar al autor de un hecho ilícito y por ende su naturaleza jurídica es de carácter penal.

La Comisión analiza otros aspectos de la figura de daños punitivos. Para la Comisión los daños punitivos no se aplican de oficio, sino a petición de parte, otorgando una amplia legitimación para peticionar la figura.

Cita algunos ejemplos de quienes están legitimados para peticionar daños punitivos. Que sea amplia la lista de legitimados era muy positivo, cuando esto no ocurre se desperdicia tiempo en largas discusiones judiciales para determinar quienes están legitimados para peticionar en distintos casos.

En el mismo apartado se aclara que la finalidad de la figura es disuasiva de la conducta de quien actúa con grave menosprecio hacía los derechos de incidencia colectiva y que la regla general es que el daño se resarce por equivalencia o por satisfacción, pero el juez no puede apartarse de la prueba o usar su prudencia.

En definitiva, la comisión se estaba a refiriendo a la finalidad de persuasión de la figura y a las condiciones de su procedencia. Este extremo, fue analizado en el Capítulo 2, apartado 2.6.

La Comisión aborda dos temas complejos. El primero cual sería el destino de la multa. En este sentido, considera que el juez por auto fundado es quien debe decidir al respecto. Esta facultad se repite en nuestro ordenamiento de forma.

El otro punto que refieren es acerca de la asegurabilidad de los daños punitivos. En este sentido resuelven que la sanción no es asegurable.

La Comisión dijo:” Dogmáticamente la sanción no es asegurable” (p.568).

Coincidimos con este criterio, tal como lo señalamos en el apartado 6.7. del Capítulo 6.

En resume, sin duda, la Comisión abordó todos aquellos puntos que dieron lugar a arduos debates doctrinarios, intentando reglamentar la figura de modo que compatibilice con nuestra tradición y pensamiento jurídico, sin dejar de reconocer que la figura es novedosa, aun en el sistema de origen, confirmando que la misma se encuentra en proceso de revisión en el Derecho Anglosajón.

### **5.5.1 Lo que finalmente se aprobó**

El proyecto de reforma del año 2012 contemplaba dos normas de interés para este trabajo. El 1714 denominado sanción pecuniaria disuasiva cuyo texto establecía

El juez tiene atribuciones para aplicar a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quién actúa con grave menosprecio hacía los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, la repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

También de interés, preveía el artículo 1715, denominado punición excesiva, que señalaba

Si la aplicación de las condenas pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o

excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcial, la medida.

El primer artículo, sanción pecuniaria disuasiva, fue suprimido cuando el Anteproyecto se convierte en Proyecto en la Cámara Alta, solo se preserva el artículo que refiere a la punición excesiva y se incorpora otro artículo denominado facultades del juez.

El nuevo CCA quedó redactado así: Artículo 1714. "Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto".

Y se agrega al texto legal, el artículo 1715. "Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida".

Ahora bien, el legislador suprimió el artículo 1714 del proyecto de reforma año 2014 que preveía la sanción pecuniaria disuasiva, pero incorpora una norma en el nuevo texto legal que refiere a la punición excesiva.

Dicho en otras palabras, lo que no se entiende de esta situación es que el legislador por un lado elimina la figura de daños punitivos del nuevo CCA pero al mismo tiempo incorpora el artículo 1715 que prevé la punición excesiva.

Entonces, si el nuevo CCA refiere a la punición excesiva, y detalla que existen sanciones administrativas, penales y civiles, la pregunta que podríamos hacernos es: ¿los daños punitivos integran el nuevo CCA?

De la hermenéutica de los artículos señalados precedentemente podría surgir que los daños punitivos integran el sistema de responsabilidad civil argentino, a pesar que el artículo específico por el cual se los incorporaba a dicho cuerpo legal, fue suprimido del nuevo texto de ley.

Por otra parte, en nuestra opinión, consideramos que no era necesario reglamentar la punición excesiva pues sabemos que existe en nuestro sistema el principio de razonabilidad previsto en el artículo 28 de la CN, que veda la posibilidad del dictado de sentencias arbitrarias e ilegales.

La figura de daños punitivos, no busca, ni violentar el derecho de propiedad ni el debido proceso legal, ni cualquier otra garantía constitucional.

Falcón (2008) enseña

En efecto la ley propone un juego armónico donde concluyen las normas de derecho privado, cobrando un papel fundamental la interpretación, que consiste en buscar el sentido de la norma jurídica, medir su extensión y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas ... En este sentido cabe destacar que es precisamente en el art. 28 de la CN que la doctrina y la jurisprudencia argentina han fundado el llamado principio de razonabilidad de las leyes ... En efecto la razonabilidad de las Leyes ... no es mas que el debido proceso como garantía innominada de la Constitución Argentina (p. 4).

Otro posible escenario que analizamos en el presente trabajo vinculada a esta cuestión, tiene que ver con el hecho que el legislador tal vez consideró, que no era necesario tipificar la figura de daños punitivos en la órbita de la responsabilidad civil, ya que esta última, se originó también para castigar al infractor. Es decir, no era necesario validar una característica esencial y propia de la responsabilidad civil.

En rigor de verdad, no tiene ningún sentido incorporar un texto que ratifique el sentido punitivo de nuestra responsabilidad civil, ampliamente conocido. Las preguntas a formularnos serían entonces ¿era necesario legislar la figura a través de la reforma o se da por entendido el carácter punitivo de la responsabilidad civil?. ¿Con el nuevo enfoque brindado al nuevo CCA se reedita la faceta punitiva de la responsabilidad civil?.

En síntesis, y por lo que se desprende de la reforma del CCA, para la Comisión, si fue un momento oportuno para reglamentar la punición excesiva, pero no para incorporar textualmente la figura.

En esta línea, será interesante realizar un seguimiento de la evolución de la jurisprudencia del fuero civil o comercial, mediante la cuál se confirme alguno de los tres escenarios que se observa, tal como la incorporación tácita de la figura de daños punitivos, o la omisión intencional de la misma o directamente la negativa del legislador dejarla fuera de la órbita de la responsabilidad civil en el nuevo CCA.

También resultará valioso el aporte que efectúe el sector académico y la doctrina nacional sobre este punto.

## 5.6 Proyección de los daños punitivos en el ámbito civil

Fueron dos los intentos frustrados de incorporar expresamente la figura de daños punitivos al CCA, sin éxito hasta el momento.

Sin embargo, podríamos señalar que tal vez hoy, los daños punitivos, ya se encontrarían incorporados a la órbita civil mediante la aprobación del artículo 1715 denominado de punición excesiva.

Es evidente que el paso vinculado a legislar expresamente los daños punitivos en el ámbito civil, por el momento no va a suceder, salvo que este asunto integre las propuestas de reforma que deberá redactar la Comisión de reforma de CCA tal como se desprende del Decreto Nacional N° 182/2018.

Si a futuro se tipifica la figura, el nuevo texto de ley debería contemplar aquellos aspectos positivos y válidos del derecho vigente con los que surgieron de los proyectos de reforma del CCA, analizados precedentemente, descartando aquellos puntos oscuros, ambiguos o imprecisos como por ejemplo, la errónea técnica legislativa que se desprende de la redacción del artículo 52 bis de LDC.

Sánchez Costa enseña

... es criticable que la introducción al ordenamiento jurídico argentino hay sido por medio de la Ley de Defensa del Consumidor. En este punto la técnica legislativa es absolutamente cuestionable, ya que si existía la voluntad política para incorporar dicho instituto a nuestro derecho, dicha inclusión debió ser acompañada por una reforma integral del sistema de responsabilidad civil, para que los daños punitivos puedan ser aplicados a la generalidad de los casos y no solamente en los casos de derecho del consumidor (p. 6).

En este contexto, consideramos que el camino a seguir sería una ley especial que reglamente la figura de daños punitivos en el ámbito civil, o través de la próxima reforma del CCA, si es que la Comisión redactora de la propuesta así lo determina.

## 5.7 Conclusiones

La sanción de la LDC y la reforma Constitucional del año 1994 fueron dos hechos relevantes en materia de derechos del consumidor, a lo que debe sumarse la incorporación del artículo 52 bis a la LDC.

Este cambio de paradigma implicó que el consumidor deje de ser objeto del derecho para ser sujeto del derecho, que goza de derechos, pero también recaen

sobre él obligaciones. Consideramos que efectivamente existe un desequilibrio natural a la hora de contratar, que se registra entre la figura del consumidor y el empresario.

Este panorama resulta contrario al principio de igualdad previsto en el artículo 16 de la CN, por lo que toda herramienta que se brinde para mitigar estas diferencias es bienvenida.

El reconocimiento de rango constitucional otorgado al derecho del consumo más la sanción del artículo 52 bis de la LDC resultan ser dos hechos concretos para contrarrestar los efectos de este desequilibrio en la relación de consumo.

En cuanto a la reforma del CCA del año 2012 no advertimos cuales fueron los motivos por los cuales se suprimió la figura de los daños punitivos en el CCA. El artículo 1714 de la Reforma del CCA, que contemplaba la multa pecuniaria, resultaba ser una herramienta de defensa, a favor de los titulares de derechos de incidencia colectiva. De haberse aprobado la reforma, los daños punitivos se trasladaban desde un ámbito específico a uno más amplio y general.

En cuanto al artículo 1714 denominado de punición excesiva, legislado en el nuevo CCA, entendemos que no era relevante su incorporación ya que existen principios jurídicos, normas y mecanismos que impiden que un juez dicte sentencias arbitrarias o ilegales que lesionen derechos de propiedad o violenten el debido proceso. Además, siempre existe, la posibilidad de revisión de la sentencia de grado por parte de un Tribunal de Alzada.

Por otra parte, podemos llegar a considerar que si se legisló la punición excesiva es porque se incorporó la figura de daños punitivos de forma tácita al nuevo ordenamiento o bien el otro panorama que surge, es que el legislador consideró que no resultaba necesario tipificar la función punitiva originaria de la responsabilidad civil, intacta desde su origen.

Es decir, el legislador dio por sentado la función punitiva de la responsabilidad civil y por ende no valía la pena legislar los daños punitivos. Si quedó claro que el legislador buscó evitar el exceso en la aplicación de la figura, a través de la reglamentación de la punición excesiva.

Si se determina que los daños punitivos no fueron incorporados tácitamente a la reforma del CCA o que se desconoce y/o se niega la faz punitiva de la responsabilidad civil, no existirá otra posibilidad que esperar que una ley especial incorpore la figura al ordenamiento civil o la nueva reforma de este

cuerpo legal, para el caso que la Comisión designada incorpore esta figura en su temario.

## **CAPITULO 6**

### **RESPONSABILIDAD CIVIL- VIABILIDAD Y CONVENIENCIA DE LA FIGURA DE DAÑOS PUNITIVOS – ANÁLISIS ECONOMICO**

#### **6.1 Introducción**

En este Capítulo nos vamos a referir a la responsabilidad civil, a sus orígenes y funciones, demás características, con la intención de demostrar que la misma fue concebida no solo para indemnizar a la víctima sino también para castigar al infractor.

Mencionamos más arriba que ciertos sectores de la doctrina nacional cuestionan que la figura de daños punitivos integre la responsabilidad civil por el hecho de que esta última solo habría sido concebida para indemnizar a la víctima, pero nunca para aplicarle un castigo al infractor.

Martinotti (2001) enseña

Las sanciones represivas (punitivas) son las utilizadas por el derecho penal para perseguir la punición de los actos reprobables, que le fuera encomendada, y organizada por el Estado en interés social. Por el contrario la responsabilidad civil, organizada en interés de los particulares víctimas de un daño, tiene como finalidad la reparación del perjuicio en provecho de la persona lesionada. Los daños punitivos persiguen el castigo y la disuasión, fines propios del derecho penal por lo que exceden el marco de la responsabilidad civil (p. 2).

Durante el desarrollo de este Capítulo, nos referiremos a las funciones de indemnizar a la víctima y castigar al infractor asignadas originariamente a la responsabilidad civil.

Esta cuestión, vinculada a la función punitiva de la responsabilidad civil, quizás haya sido rescatada con la reforma de nuestro CCA al incorporarse el artículo 1714 denominado de punición excesiva, es decir, nuestro sistema de responsabilidad civil incluye sanciones.

Llamativamente este artículo integra el Título V, denominado otras fuentes de las Obligaciones, del Capítulo 1 Responsabilidad Civil. La última reforma al CCA incorpora la punición excesiva en el mismo Capítulo donde se reglamenta la responsabilidad civil.

Este nuevo panorama tal vez implique, un cambio en nuestra tradición en materia de responsabilidad civil o directamente signifique volver a las fuentes.

Por su parte señalamos, que nuestro Codificador Vélez Sarsfield, no fue ajeno al pensamiento mayoritario vinculado que la responsabilidad civil solo busca indemnizar a la víctima y no más que eso.

El artículo 1714 del CC quizás sea consecuencia de un giro en materia de responsabilidad civil, volviéndose a las funciones originarias. Que se legisle este artículo en el Título donde se reglamenta la responsabilidad civil confirmaría nuestra postura vinculada a que la responsabilidad civil además de indemnizar castiga al infractor.

Sin perjuicio de lo expuesto, afirmábamos más arriba, que ciertos sectores de la doctrina aseguran que los daños punitivos no podrían integrar nuestro sistema de responsabilidad, pues consideran que nuestro esquema de responsabilidad fue pensado solo para indemnizar a la víctima y no más que eso.

Intentaremos demostrar con el desarrollo de este Capítulo, que la responsabilidad civil se generó, no solo para indemnizar a la víctima, sino que además buscó castigar al dañador.

Conocer las funciones originarias y la composición de la responsabilidad civil podría resultar útil para confirmar la viabilidad de los daños punitivos en nuestro sistema de responsabilidad civil.

Alcanzado este objetivo, el paso siguiente será proponer la incorporación de los daños punitivos al sistema de responsabilidad civil, pues pretendemos que el presente trabajo además de representar un aporte al conocimiento científico contenga una propuesta concreta en esa línea.

La misma se formula en razón de haberse demostrado una de las hipótesis de investigación, en cuanto no existe óbice legal para incorporar los daños punitivos a la órbita del derecho civil.

Otro concepto que pretendemos desarrollar es la denominada culpa lucrativa, por medio de la cual, muchas veces lleva al empresario a adoptar conductas que merecen un castigo especial, ya que lucran con el daño.

Seguidamente nos referiremos a la importancia de los montos de las condenas, para finalizar con una referencia a la cuestión vinculada a la asegurabilidad de los daños punitivos, siendo este otro aspecto de debate de la figura bajo estudio.

## 6.2 Orígenes de la responsabilidad civil. Sus funciones

La responsabilidad civil nace con dos funciones: indemnizar a la víctima y castigar al infractor, aunque posteriormente en su evolución, se produjo la separación de ambas.

Diez Picazo y Ponce de León (2000) enseñan: "...toda la evolución del derecho europeo continental consistió a lo largo de los siglos, en separar las normas con función indemnizatoria de la primitiva función punitiva que pudieran haber tenido" (p. 111).

Se reiteran voces que confirman la faz punitiva de la responsabilidad civil desde el origen.

Colombres (2008) afirma: "... Por cierto que nosotros pensamos que esta función punitiva en cierto aspecto viene cumpliendo la responsabilidad civil desde prácticamente su origen" (p. 4)

Otras opiniones ratifican que fue intencional la separación de la función punitiva del ámbito de la responsabilidad civil.

López Herrera (2004) enseña: "El gran mérito de Domat y Pothier junto con otros autores de antes de la codificación según Mazeaud- Tunc, fue haber separado casi por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal ..." (p. 7).

Nuestro Codificador Vélez Sarsfield no fue ajeno a este pensamiento cuando estableció el ex artículo 1109, primer párrafo, cuyo texto decía: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos".

Bustamante Alsina (1994) señala

El autor culpable del daño sólo está obligado a la reparación del mismo, pero en modo alguno a sufrir una pena o castigo. Si hubiera actuado con dolo o a sabiendas y intención de dañar la persona o los derechos de otro habrá cometido un delito civil (art. 1072 Cód. Civil). En este supuesto intencional tampoco está sujeto a otra sanción que no sea la reparación del daño, aunque la extensión del resarcimiento debido alcanza hasta las consecuencias puramente casuales cuando debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (p. 23).

En esta línea, encontramos autores calificados que resultan ser muy categóricos a la hora de afirmar que la finalidad de la responsabilidad civil es solo indemnizar a la víctima.

Mayo (2009) afirma

...debe recordarse que la reparación de los daños tiene un límite: el daño sufrido, y nada más, salvo el supuesto especial en que el víctima se haya enriquecido con el hecho ilícito y deba entregarlo a quien es su titular, del damnificado. Todo lo demás es demagogia jurídica, y puede dar lugar a especulaciones o maniobras malsanas (p. 1087).

No estamos de acuerdo con esta opinión, la literatura jurídica en su mayoría confirma que la responsabilidad civil tiene una faceta punitiva que se integra a la finalidad de resarcir a la víctima del daño.

Brun (2004) enseña

Podemos afirmar que la doctrina nacional mayoritaria reconoce que se va haciendo camino un movimiento de ideas en torno a la función que debe desempeñar el Derecho de Daños, yendo de la función específica, natural, privada e individual, es decir resarcitoria, hacia otra de tipo solidarista que incluya también la función preventiva, disuasoria y sancionadora (p. 4).

Otros autores aportan como teoría que la responsabilidad civil en el Derecho Romano estaba ligada indiscutiblemente a la responsabilidad penal. Esto quiere decir que ambas responsabilidades estaban integradas, al menos en el pasado histórico del Derecho Romano.

Gross (2009) afirma

La mayoría de los tratadistas señalan que el Derecho Romano no pudo establecer, como fenómeno aislado, el concepto reparación: de esa manera, no pudo nunca el Derecho Romano, formular una teoría independiente de la Responsabilidad Civil, pues estaba ligada de otra manera, al concepto de responsabilidad penal (p. 60).

Ciertos doctrinarios no discuten este panorama, pero aseguran, que la función indemnizatoria de la responsabilidad civil es la primordial.

Este pensamiento jurídico es de interés para esta investigación en cuanto confirma que la responsabilidad civil posee dos funciones, pero excede a este trabajo determinar cual de las dos funciones es más importante, de hecho, en definitiva, no tiene ninguna relevancia jurídica hacer hincapié en este aspecto.

Prevot (2009) enseña

En los ordenamientos jurídicos de corte continental, el verdadero y propio resarcimiento surge históricamente cuando el ilícito civil logró liberarse –de una vez por todas- de su vertiente punitiva. Como consecuencia de ello, y prescindiendo de que – en sentido no técnico- todo resarcimiento es contemplado por el responsable como una pena que se le impone, en nuestro entorno cultural es un lugar común excluir la finalidad punitiva de la responsabilidad civil (p. 4).

Otras voces refieren que la figura de daños punitivos implica reeditar antiguos debates vinculados a la faz punitiva del derecho de daños. Esta opinión no hace más que confirmar que efectivamente la responsabilidad civil nació no solo para indemnizar sino también para castigar al infractor.

Pizarro (1989) señala

Estamos persuadidos de su importancia como instrumento útil (aunque perfectible) para el desmantelamiento de los efectos de numerosos ilícitos que, por su gravedad, debieran generar mayores consecuencias patrimoniales para el responsable que las que transitan el plano puramente resarcitorio ... Los nuevos problemas sociales se pueden resolver mediante la utilización de técnicas inspiradas en la experiencia jurídica extranjera ... La punición del daño: una faceta generalmente olvidada del derecho de daños. Llama la atención la poca importancia que nuestra doctrina ha prestado a la faz punitiva del derecho de daños (p. 287, 288 y 289).

Más voces confirman la multiplicidad de funciones de la responsabilidad civil, entre ellas la función punitiva. Esta concebida desde su propio origen.

Galdos (2011) afirma: "... la responsabilidad civil cumple tres funciones esenciales: prevenir, reparar, disuadir y sancionar, aunque estoy convencido que la función prevalente es la reparación del daño" (p. 1 y 2).

Garrido Cordobera (2007) enseña

Que la indemnización puede tener una triple función, a saber la de ser satisfactoria para la víctima, punitiva para el responsable y preventiva frente a terceros, por lo que el derecho de daños no debe temer introducir la noción de pena cuando esta sirva a la función preventiva (p. 3).

Otros doctrinarios van mas lejos y opinan que poco importa si la figura de daños punitivos armoniza o no con nuestro sistema de responsabilidad civil, si estamos frente a una herramienta útil. No parecería acertado este pensamiento,

no obstante, podemos confirmar la viabilidad de la figura en el ámbito de la responsabilidad civil.

Sprovieri (2009) afirma

Nos parece que la armonía del sistema de responsabilidad civil no puede servir como fundamento para renunciar a una herramienta útil a aquellos fines. Lo que verdaderamente importa es que la multa civil resulte armónica en nuestro ordenamiento jurídico considerado en su conjunto; poco importa que se compadezca –con la pulcritud que algunas autorizadas opiniones pretenden– con el esquema resarcitorio de la responsabilidad civil (p. 17).

Estamos convencidos que la responsabilidad civil cuenta con una función punitiva, aunque no podemos dejar de reconocer que desde la antigüedad, se buscó separar la función indemnizatoria de la función punitiva. Nuestra tradición jurídica iniciada por el Codificador Vélez es concordante con ese pensamiento histórico.

Ferrer (2011) dice

La incorporación de los daños punitivos al régimen jurídico argentino implica un cambio de paradigma en el derecho de daño, cambio que en la doctrina ha generado no poca resistencia. Decimos que se trata de un cambio de paradigma porque nuestro sistema tradicional de daños se basa en el concepto de "resarcimiento" y no de "sanción". Nuestra cultura jurídica siempre ha sostenido que el dañador sólo debe resarcir el daño causado y no otro ... El sistema ha sido así siempre resarcitorio y la modificación introducida por la ley 26.361 (Adla, LXVIII-B, 1295) ha producido un cambio en ese sistema tradicional (p. 2).

Opinamos que los daños punitivos armonizan con nuestro orden jurídico en su conjunto y no surge que la figura genere fricción con el sistema de responsabilidad civil o con otras las leyes civiles, pues consideramos verídico que la responsabilidad civil, desde su origen buscó castigar al infractor, además de indemnizar a la víctima.

Kemelmajer de Carlucci (1993) señala: "...la contraposición entre las dos ramas fundamentales del sistema (el Derecho Penal, punitivo; el Derecho Civil, reparador) es sólo aparente y temporal porque lo cierto es que la realidad muestra una serie de situaciones en las que ambos órdenes se cruzan" (p. 13).

Agrega esta misma autora

Este despertar está no solo conectado a la dudosa conveniencia de la fidelidad del legislador civil al modelo resarcitorio, sino también a

la impotencia declarada del legislador penal para hacer frente al fenómeno de la criminalidad creciente. No puede ignorarse que en el Derecho Penal hay una tendencia a la despenalización de ciertos delitos (por ej. hurto de supermercados), cuya regulación se traslada al campo de las indemnizaciones; muchos penalistas consideran que la verdadera respuesta a este tipo de conductas debe estar en el derecho civil (p. 15).

Consideramos que no existiría inconveniente algún en incorporar los daños punitivos a nuestro ordenamiento civil, pues la función punitiva desde sus orígenes integró la responsabilidad civil, circunstancia que confirma nuestra hipótesis de trabajo de investigación.

### **6.3 Conveniencia de los daños punitivos**

Los daños punitivos resultan ser una herramienta necesaria en tiempos donde el consumo de bienes y servicios se encuentra en plena expansión y los productores de estos bienes y servicios se concentran en grandes monopolios, gozando de inmenso poder económico e influencia en el mercado.

Junyent Bas y Garzino (2011) afirman

De tal modo, hoy en la sociedad globalizada, con la actuación de grandes corporaciones y la situación de vulnerabilidad del consumidor o usuario, el daño punitivo se alza como una herramienta eficaz para evitar la reiteración de conductas reprochables, verbigracia los conocidos "microdaños", que de otro modo serían moneda común en el mercado. En síntesis, será labor del juez determinar en el caso concreto los presupuestos de procedencia de la multa civil, explicando las pautas cualitativas y cuantitativas consideradas para fundamentar la condena (p. 11).

En la producción de bienes y servicios existen ciertas situaciones o conductas despreciables que exigen una respuesta más contundente por parte del derecho, pues la violación de los derechos de consumidores y usuarios resulta obscena.

Picasso (2007) enseña: "...es indudable que determinadas situaciones exigen del ordenamiento jurídico una respuesta más enérgica que la simple reparación del daño causado" (p. 1154).

En determinados casos graves, el resarcimiento solo, no alcanza para restablecer la tranquilidad y la paz social. La respuesta del derecho para estos supuestos de gravedad, debe ser contundente. Además, el castigo debe ser

ejemplar, de modo tal, que los futuros infractores evalúen de antemano si realmente es conveniente cometer la falta o el daño.

Álvarez Larrondo (2009) afirma: “Existen situaciones intolerables e irritantes en las que el resarcimiento no silencia las repercusiones de inequidad e inseguridad que estos hechos acarrearán. Tales situaciones se verifican cuando se producen graves perjuicios, con serio menosprecio a los intereses ajenos” (p. 4).

En tiempos actuales, muchas empresas, con el fin de ser más competitivas ofrecen productos que no cumplen con las pautas de seguridad o de calidad reglamentadas.

Conociéndose esta circunstancia, igualmente, los bienes y servicios son volcados al mercado, exponiendo a diferentes riesgos a los consumidores.

Estas actitudes exigen una respuesta más enérgica y contundente por parte del ordenamiento legal y es aquí donde deben aplicarse daños punitivos.

Álvarez Larrondo (2009) señala

... creíamos en el siglo pasado, y lo hacemos con mayor firmeza en el actual, que estos daños propios de la posmodernidad merecen la repulsa del ordenamiento jurídico. Y para ello, la herramienta esencial y obligada no es otra que la del daño punitivo (p. 3).

El contexto económico y social del siglo XVIII que dio lugar a la redacción del CCA, fue cambiando y hoy nos vemos obligados a modificar nuestras normas para que se ajusten a los tiempos actuales.

El caso de China y otros países del Este Asiático, son ejemplo de un nuevo paradigma mundial. En estos Estados, las multinacionales elaboran productos que se distribuyen y comercializan en todo el mundo.

A este cuadro de situación, hay que sumarle distintas políticas públicas que promocionan el consumo masivo en los distintos países. Pensemos en un reclamo por un producto defectuoso que incluya a estas empresas multinacionales. ¿Como se posiciona un consumidor frente a este nuevo escenario?. Recordemos la solidaridad que establece la LDC en cuanto a los distintos actores que integran la cadena de producción y comercialización de bienes y servicios.

Álvarez Larrondo (2009) afirma

Es que no podemos seguir pensando con la lógica del admirable Vélez Sarsfield, y abrazarnos a estructuras normativas propias de una lógica económica y social de finales del siglo VIII...De allí que

resulte fundamental entender la autonomía y avance del Derecho del Consumo, y reconocerle la verdadera relevancia que le asignó el Constituyente del 94 (p. 3).

A sabiendas de lo que estaba sucediendo, el Constituyente del año 1994 reconoció a este nuevo actor, el consumidor, le concedió derechos y le brindó herramientas para su defensa. Lo transformó en un sujeto del derecho que goza de rango constitucional.

Todas las medidas que se adoptaron, a favor de la defensa de los derechos de los consumidores, a nuestro modo de ver las cosas, fueron válidas, pero faltan otras, como las que mencionamos en el Capítulo Conclusiones, apartado Propuestas.

#### **6.4 El destino de la multa. Enriquecimiento sin causa**

El destino de los daños punitivos a favor del damnificado es una decisión que generó amplio debate doctrinario. Señalábamos que el artículo 52 bis de la LDC, establece 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.

Si los peticiona el interesado, consumidor, es natural que sea el mismo el destinatario de los daños punitivos. Por su parte, señalábamos que los proyectos de reforma del CCA, difieren en el tratamiento que le otorga el derecho vigente al destino de la multa.

El artículo 1587 del Proyecto de reforma del CCA de 1998 señalaba

El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o puede haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.

A su vez, el Proyecto de reforma del CCA año 2012 en el artículo 1714 establecía

El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menoscabo hacia los derechos de incidencia colectiva ... La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

En ambos proyectos de reforma del CCA se coincide en el hecho de que faculta al juez a determinar por auto fundado el destino de la multa. Esto no quiere decir que igualmente, de haberse aprobado, el juez destine la multa a favor del consumidor.

En cambio, en el derecho de vigente, la multa se destina a favor del damnificado, pues así se dispuso. Que se destine la multa a favor del consumidor es valioso pues actúa como estímulo a favor de los damnificados para que reclamen por sus derechos y denuncien los abusos que muchas veces comenten los empresarios.

Los que se oponen a que el destinatario del monto sea el damnificado aseguran que de darse esta situación se estaría incurriendo en la figura de enriquecimiento ilícito.

Álvarez Larrondo (2009) afirma que otorgar el destino de la multa a favor del damnificado: "Da lugar a un enriquecimiento sin causa del consumidor." (p. 4)

Por su parte, el mismo autor agrega

No se ha tenido en consideración que ese enriquecimiento sin causa se expandiría con alcances absurdos no bien se produjera un mecanismo de carioquinesis de la multa, y varios consumidores o usuarios pretenderían que, por una misma causa generadora, se la fijara independientemente a favor de cada uno de ellos (p. 6).

Existen posiciones intermedias que señalan, que el monto debería ser repartido entre el damnificado para que cubra los gastos del juicio y el resto asignarlo al fondo especial que prevé la misma ley. Podríamos decir que esta es una postura intermedia, igualmente válida para analizar este punto controvertido de la figura de daños punitivos.

Alterini (2009) afirma

La multa civil no debió ser fijada a favor del consumidor. Al establecer tal destino se da sustento a las críticas que se fundan en el enriquecimiento sin causa del consumidor beneficiario de la multa, quien sólo tiene un derecho personal a ella en la limitada medida de los gastos que realizó para permitir a la justicia tomar conocimiento de la falta cometida y sancionar al autor ... Por lo cual hubiera sido preferible deferir el destino de la multa a la decisión del juez en cada caso, o haberla asignado directamente al Fondo especial creado por el artículo 47 para la educación del consumidor y la ejecución de ciertas políticas (p. 6).

Otros juristas propician un fin solidarista y no individualista de la multa, destinando la totalidad de la multa a favor de la sociedad.

Sprovieri (2010) enseña

Si la finalidad de la multa es solidarista y no individualista, si se persigue un ideal de justicia, la sociedad toda debe estar legitimada para recibir una parte de la condena punitiva, aun reconociéndole a la víctima una importante porción para incentivar la denuncia de las conductas reprochables (p. 15).

Sin perjuicio de lo expuesto, lo concreto es que nuestro derecho vigente establece que la multa se destine a favor del damnificado. Esta decisión quizás responda al cambio de paradigma originado a partir de la reforma del año 1994, pues desde ese momento se colocó al consumidor en el centro de la escena, reconociéndole derechos y brindándole herramientas para defensa.

Sprevieri (2010) asegura que

El destinatario de la multa debe ser la víctima. Acierta en esto sin duda la reforma de la ley 26361. De lo contrario pocos o ninguno se tomarían la molestia de perseguirla. ¿Quién se arriesgaría a complicar su proceso de daños incorporando una discusión de interés público que en nada lo beneficia?. Tales sujetos altruistas son ya muy escasos en la sociedad actual (p. 18).

Si la multa no fuera destinada a favor del damnificado, difícilmente este recurra a la instancia judicial, con todo lo que eso significa. En primer lugar, el consumidor deberá contar con recursos para hacer frente al pago de tasa de justicia y honorarios de abogados. Asimismo, deberá disponer de tiempo para asistir a las audiencias y demás exigencias del sistema procesal.

Colombres (2009) señala

La Ley 26.361 vino a cerrar el debate, al mandar a aplicar al juez la multa a favor del consumidor. Estamos de acuerdo con la solución propiciada por la norma. En primer lugar vemos, en el beneficio que se le concede al consumidor –víctima- actor, un premio por su lucha, a su compromiso, a su paciencia (los que pleiteamos habitualmente sabemos el largo camino que se recorre hasta la consecución de una sentencia firme) y por que no, a arriesgar –no obstante ya haber sido dañado- su capital en miras a perseguir al culpable (p. 3).

Por otra parte, destinar la multa a favor del damnificado es concordante con nuestro ordenamiento jurídico en general. Por ejemplo, en el caso de las astreintes, la multa es favor de quién las solicitó.

Esta decisión, del legislador es acertada, de no ser así, muchos hechos no se denunciarían y los empresarios podrían salir victoriosos e impunes en su accionar, lucrando con el daño, situación esta impensada en el contexto actual de altos niveles de consumo y de globalización de la producción y comercialización de bienes y servicios.

#### **6.4.1 Enriquecimiento sin causa**

Cierta doctrina afirma que si la multa es a favor del damnificado se incurre en la figura de enriquecimiento sin causa. Con la sanción del nuevo CCA se incorpora el artículo 1794 que tipifica la figura de enriquecimiento sin causa.

El artículo establece lo siguiente: “Toda persona que sin una causa lícita se enriquece a expensas de otro, está obligado, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido”.

Antes de la reforma del nuevo CCA, no existía una norma similar a la invocada, si contábamos con distintos artículos que brindaban ciertas pautas vinculadas a esta figura.

Por tal circunstancia, antes de la modificación del CCA, respecto de esta figura, era sumamente válida la opinión de la doctrina, que de algún modo se ve reflejada hoy en el artículo 1794 del nuevo Código Civil.

López Meza (2009) afirma: “Que por la figura de enriquecimiento sin causa: se concede acción a una persona que ha hecho gastos, mejoras o aportes que, de no serle reconocidos, lo empobrecerían incausadamente en beneficio de otro que, correlativamente, se enriquecería a su costa” (p. 1).

En líneas generales, tanto si consideramos el nuevo artículo del CCA o el pensamiento de la doctrina anterior a la reforma, surge que la figura de enriquecimiento ilícito brinda una acción de reintegro a favor de aquel que vio disminuido su patrimonio sin justificación.

López Meza (2009) asegura que

El enriquecimiento sin causa es un aumento patrimonial que el derecho, por algún motivo no convalidado; dicha ineficacia del enriquecimiento a los ojos del derecho no es otra cosa que una sanción al acto que lo produjo, lo que constituye una aplicación a la teoría de la causa, pues lo que se cuestiona es la causa de atribución patrimonial más que ella en sí misma (p. 1).

Consideramos que la palabra clave es la falta de justificación o base legal. En el caso de los daños punitivos la disminución del patrimonio del dañador surge como consecuencia de su obrar contrario a la ley, demostrado en un proceso que se le brindó las garantías legales.

Una condena de daños punitivos no encuadraría en la figura de enriquecimiento pues ha existido un proceso legal sustanciado a raíz de una infracción por parte del empresario.

Igualmente, llegado el caso es mejor que el damnificado vea incrementado su patrimonio que dejar impune el accionar de un empresario inescrupuloso que lucra con el daño.

Sprovieri (2010) afirma: “Nos parece preferible correr el riesgo de enriquecer al individuo, que al fin de cuentas ha servido a la sociedad- si logramos que no queden impunes conductas que exigen condigna sanción” (p. 18).

Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que de ninguna manera una condena de daños punitivo podría encuadrar en la figura de enriquecimiento sin causa. Propiciamos que la multa se destine a favor del damnificado como premio a su voluntad y perseverancia para la obtención de justicia.

Opinamos que más denuncias y castigos, implicara menos empresarios sin escrúpulos o que al menos antes de provocar daño lo analicen mejor.

## **6.5 Cuantificación de la condena de daños punitivos y las fórmulas. La culpa lucrativa**

Podríamos afirmar que en principio la LDC, no aporta precisiones de como el Juez debe calcular el monto de la condena de daños punitivos, carece de herramientas para determinar el monto de la condena de la condena.

Recordemos que el artículo 52 bis de la LDC establece

“...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 corresponda...”.

Como se desprende de esta normativa, la ley solo le brinda al juzgador ciertas pautas generales para fijar la condena de daños punitivos. Esta falta de precisión en cuanto a las pautas de graduación de la sanción generó críticas.

Irigoyen Testa (2011) afirma: “Así, de la literalidad del artículo no surge una directriz legal adecuada, que indique con claridad cuales son las variables específicas que le magistrado debe considerar, y cómo tiene que interrelacionarlas” (p. 3).

Otros doctrinarios aseguran que esta situación se debe a un error en la técnica legislativa.

Sánchez Costa (2009) enseña que: “Dentro de las críticas mas significativas y recurrentes podemos mencionar ... la vaguedad del término circunstancias del caso ... (p. 2)”.

Por el contrario, cierto sector de la doctrina nacional, asegura que este artículo brinda las herramientas necesarias para justipreciar el monto de la condena por daños punitivos, ya que se debe tener en cuenta las pautas de graduación previstas en el artículo 49 de LDC cuyo texto establece

En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

Alterini (2008) afirma

Me parece adecuado que para fijar el monto de la multa civil se tome en cuenta la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, aunque habría preferible considerar puntualmente –como dispone el artículo 49 para las sanciones previstas en el artículo 47- el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los principios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho (p. 6).

Si bien el artículo 49 debe ser considerado al momento de justificarse las sanciones que prevé el artículo 47 de la LDC, a nuestro modo de ver las cosas, no habría inconveniente alguno en que un Juez dicte una sentencia condenando al pago de daños punitivos, considerando en su decisorio cualquiera de las circunstancias enumeradas en dicha norma.

Otro sector de la doctrina plantea la posibilidad de determinar la cuantía del monto de la condena recurriendo a fórmulas matemáticas.

Irigoyen Testa (2011) señala: “Creemos firmemente que la expresión simbólica (fórmulas) es preferible a la expresión retórica para elaborar cálculos con cierta complejidad, en que se ponderan variables relacionadas” (p.3).

La fórmula propuesta por este doctrinario se compone así

Una persona debería ser considerada —al menos— culpable cuando no previene un daño esperado cuyo valor es mayor a la inversión en precaución requerida para evitarlo. O más precisamente, cuando causa un daño esperado ineficiente sin invertir en la cuantía óptima necesaria para prevenirlo. La fórmula de Hand se puede escribir de esta manera:  $phH < L$  Donde, L representa la precaución necesaria para prevenir el daño esperado;  $phH$  es el daño esperado;  $ph$  es la probabilidad de que el daño acaezca; H es el valor del daño que podría acontecer. Por ejemplo, si un dañador no invierte \$9 (L) para evitar un daño esperado de \$10 ( $ph$  H) (es decir, una probabilidad del 10%,  $ph$ , de que ocurra un daño de \$100, H), el mismo debería ser considerado, al menos, culpable.<sup>2</sup>

Fórmulas o tablas similares se utilizan en el derecho laboral o en el ámbito de la ley de accidentes de trabajo.

Estas fórmulas, que en definitiva se nutren de las circunstancias fácticas, podrían ser consideradas como una opción, aunque tienen un lado negativo, en cuanto el empresario podría conocer con anterioridad, el monto de una eventual condena por daños punitivos producto de su infracción.

Sprovieri (2010) afirma

Las pautas de cualificación de la multa pueden resultar un atractivo resorte doctrinario, pero no deberían ser parte de la regulación legal. Es adecuado en este aspecto el art. 52 bis, ley 24240, cuando refiere a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso como pautas de graduación de la sanción. Es de la esencia de la multa civil que su posible monto no pueda ser contabilizado de antemano por quien pretende dañar a tercero, la indeterminación termina beneficiando al instituto y su finalidad preventiva (p. 18).

De todas maneras, el Juez ante un hecho concreto está obligado a fundar su decisorio conforme lo prescribe el artículo 43 inciso 4º del CPCCN.

La aplicación de distintas fórmulas, deberán ir, llegado el caso, acompañadas de los argumentos jurídicos que dan sustento a la sentencia de dictada que comprende el monto de la condena.

### 6.5.1 La culpa lucrativa

En ciertos supuestos los empresarios consideran, que resulta más rentable no cumplir con un estándar de calidad, que afrontar un eventual juicio por daños y perjuicios.

Dicho de otra forma, puede ocurrir que en ciertos casos, el productor de bienes realiza un estudio de costos y beneficios del cual surge que es más beneficioso no modificar un estándar de seguridad de algún producto que puede provocar un daño, especulando con el hecho de que enfrentar eventuales juicios implicará menores costos que las modificaciones necesarias. Esto se conoce doctrinariamente como culpa lucrativa.

Álvarez (2012) enseña: "...la culpa lucrativa ocurre cuando quien conoce que su producto puede dañar, realiza un cálculo estadístico previo, y como los daños a solventar serán menores a las ganancias, lo mismo decide introducirlo al mercado" (p.2).

En este caso, la figura de daños punitivos intentaría además de castigar al infractor, dismantelar los beneficios que recibe el empresario por su práctica abusiva.

Barocelli (2013) afirma

...celebramos que los jueces apliquen las multas civiles en pos de disuadir las conductas contrarias a nuestra Constitución Nacional, con miras a disuadir contrarias al ordenamiento normativo, ejemplarizar al conjunto de proveedores y prevenir daños a los consumidores y a la sociedad en su conjunto, ya que muchas veces a las empresas infractoras le resulta más lucrativo indemnizar a los pocos damnificados que puntualmente han reclamado la aplicación de la ley, que desistir de la practica abusiva (p. 5).

Estas prácticas por parte de algunos empresarios son recurrentes. Las motivaciones de este sector son la rentabilidad y las ganancias provenientes de sus operaciones y negocios comerciales. El éxito empresarial se mediría en razón de cuanto se ganó. Para alcanzar el mismo, pareciera que cualquier práctica es válida.

Gómez Tomillo (2012) enseña que: "... el juego de la reparación del daño le es claramente más ventajoso que el cese de su actividad, porque la indemnización a pagar, en su caso, sería mucho menor que le beneficio obtenido" (p. 69).

El caso *Grimshaw v. Ford Motor C.* del año 1981, conocido como Ford Pinto, es reflejo de la culpa lucrativa.

En este precedente, la Corte de California condenó a la empresa Ford a pagar la suma de U\$s 2.156.000 por daños y perjuicios y U\$s 125.000.000 en concepto de daños punitivos.

En los hechos, la serie denominada vehículo Ford Pinto poseía una falla de construcción en la ubicación del tanque de nafta, que lo convertía en una unidad peligrosa ya que si lo colisionaban en la parte trasera era muy probable que se incendiara.

La empresa Ford conocía acerca de estas circunstancias pues había ordenado la elaboración de un informe vinculado a calcular los montos necesarios para realizar las modificaciones en los vehículos y los costos para enfrentar eventuales juicios.

Con este informe en mano, la empresa automotriz se decidió por no realizar los cambios en los automóviles. La Cámara de Apelaciones le atribuyó al fabricante haber incurrido en consciente menosprecio de la probabilidad de dañar a miembros del público consumidor y por ende confirmó la condena de daños punitivos. Este caso deja entrever hasta donde puede llegar la ambición del empresario al punto de despreciar la vida humana.

En función de lo antes dicho, algunos autores refieren al negocio de dañar, pues entienden que muchas veces los empresarios prefieren asumir algún riesgo de provocar un daño para que su negocio se eleve o sea más rentable.

Sánchez Costa (2009) afirma

A la hora de fijar daños punitivos se tiene en cuenta en obrar del autor del daño, el cual debió haber actuado con dolo, desidia y generalmente, con la mezquindad de no importarle generar daños a terceros porque los beneficios económicos que le reportan las consecuencias del daño comparados con las indemnizaciones que podrá afrontar o los gastos de prevención son mucho mayores. Es decir, dañar es parte del negocio. (p. 3)

Por lo expuesto, somos de la opinión que a través de la figura de daños se podrán dismantelar eventuales acciones de este tipo; pues sería razonable pensar que el empresario, reflexione antes de dañar, ya que las modificaciones necesarias para cumplir con las normas de seguridad implicaran costos menores a los que surjan de enfrentan condenas por daños punitivos.

## 6.6 Los montos de las condenas. Montos mínimos y máximos

Hemos señalado que dogmáticamente las condenas que se dicten por daños punitivos no pueden contener ni montos exorbitantes que lesionen derechos patrimoniales ni tampoco montos mínimos que impidan que se cumpla con una de las finalidades de la figura que es la prevención de nuevos hechos análogos. Ni una cosa ni otra.

Recordemos que los daños punitivos poseen como una de sus finalidades disuadir la conducta de un futuro infractor, lo que se logra con la graduación del monto de la condena. Si el monto de la condena es irrisorio obviamente no se cumple con dicha función.

Sprovieri (2010) enseña: "... cualquiera sea la pauta de valoración, la multa debe ser de cierta significación. La multa civil se relaciona con una sanción dineraria de importancia de cuantía elevada, ya que si fuera una suma módica no cumpliría su cometido disuasorio" (p. 14).

Este concepto de disuadir, ha sido considerado expresamente en el Derecho Norteamericano.

Alterini (2008) afirma

En el Derecho de los Estados Unidos de América *The Restatement of Torts 2nd* contempla lo que denomina los *punitive damages*, estableciendo que sirven para penar a una persona por su conducta ofensiva, y para disuadir a ella, y a otros como ella, de obrar una conducta similar ..." (p. 6).

Difícil es pensar que una condena de bajo monto cumpla con esta función de disuadir conductas futuras lesivas. Por el contrario, si el monto de la condena es exorbitante tampoco es válido ya que podría lesionar los derechos patrimoniales del victimario.

En este sentido, es muy importante la actividad jurisdiccional, es necesario que las sentencias que se dicten sean reflejo del cumplimiento del mandato preambular de afianzar justicia.

Gelli (2008) enseña

... el derecho judicial – también derecho positivo- ha evolucionado desde el reconocimiento del valor interpretativo –en ocasiones limitado- de sus cláusulas (en referencia al preámbulo) hasta la aceptación de su valor legal, otorgando a sus objetivos – en especial el de afianzar la justicia- plena operatividad ... (p. 7,8 y 9).

Si la sentencia es justa, la paz social esta garantizada, para lo cual es fundamental la actividad que desarrolle el juzgador.

Si la condena no es justa se generan tensiones dentro del seno de la sociedad, las que pueden acarrear serias consecuencias.

### **6.6.1 Montos mínimos y máximos fijados por ley**

Independientemente del método o fórmula que se utilice para calcular el monto de la condena de daños punitivos hay que tener presente lo previsto en el artículo 52 bis último párrafo cuyo texto señala: “La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

Por su parte el artículo 47, inciso “b” establece: “Sanciones. Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso: ...b) Multa de pesos cien (\$ 100) a pesos cinco millones (\$ 5.000.000)...”

Este artículo no fue ajeno a críticas por parte de nuestra doctrina, la que no acepta que se fijen montos.

Alterini (2008) afirma

La multa civil de cinco millones de pesos sería ridícula si se aplicara en un megacaso de daños masivos como el del síndrome tóxico de aceite de colza producidos en España en la década de los años ochenta, cuya enorme magnitud determinó al Tribunal Supremo a pronunciar una condena indemnizatoria de tres mil millones de euros (p. 6).

En el ámbito académico también la norma fue objeto de debate y existieron expresiones en contra de la fijación del monto máximo.

En el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores, realizado en la Universidad de Buenos Aires, entre los días 23 y 25 de Septiembre de 2010, por unanimidad se resolvió proponer que se derogue el tope máximo.

Por el contrario, existen otros sectores que consideran positivo el hecho de que la ley haya fije un límite máximo como forma de evitar condenas exorbitantes

que hagan peligrar la continuidad de la empresa y cargar con sentencias arbitrarias.

Sánchez Costa (2009) enseña que

También habría superado este proyecto los problemas presentados en los Estados Unidos, donde la exorbitancia de los daños punitivos puede llevar a la quiebra a dejar afuera del mercado a los demandados, por lo que el límite de la fijación de los daños punitivos estaría dado por el enriquecimiento del autor del daño.

Probablemente, el legislador consideró que al fijar un monto máximo se evitarían sentencias injustas o arbitrarias. En este sentido, opinamos que las condenas no pueden contener un monto exiguo porque no se cumplirá con una de las finalidades de la figura que es persuadir al futuro infractor ni poseer un monto exagerado, ya que la misma podría lesionar derechos de raigambre constitucional.

Lo que se pretende es que la condena de daños punitivos cumpla con sus finalidades de castigar hechos graves y prevenir futuros daños, sin lesionar los derechos del infractor o victimario.

Admitir que una sentencia de daños punitivos lesione los derechos patrimoniales o los que fueran del infractor no es el fin buscado por la figura ni por el derecho en general. Ni una cosa ni la otra. Que se haga justicia, sin lesionar derechos del dañador.

## **6.7 Asegurabilidad de los daños punitivos**

En nuestro ordenamiento jurídico, las sanciones, no son asegurables, pues así lo establece el derecho vigente.

El artículo 112 de la Ley General de Seguros (LGS) establece: “la indemnización debida por el asegurador no incluye las penas aplicadas por autoridad judicial o administrativa”.

Esta disposición es considerada de orden público y en consecuencia los daños punitivos, por su carácter de pena, no podrían ser asegurados.

En esta misma línea, así se expedía la comisión redactora del proyecto de Reforma del CCA año 2012: Dogmáticamente la sanción no es asegurable (p. 568).

Idéntica postura ya se había adoptado con anterioridad en las XXII Jornadas de Derecho Civil realizadas en la Provincia de Córdoba en el año 2009.

En este encuentro, la comisión 3 concluyó categóricamente que los daños punitivos no son asegurables (p. 8).

Resulta adecuado lo establecido en el artículo 112 de LGS, pues los contratos de seguros están destinados a cubrir el factor riesgo, pero no para garantizar un obrar premeditado que agravia/desprecia los derechos de las víctimas.

Admitir lo contrario implicaría sustituir, por una póliza de seguros, la persona que debe responder por su obrar contrario a derecho. De permitirse tal circunstancia, el patrimonio del infractor quedaría impune.

Por el contrario, que la multa se dirija directamente contra el patrimonio del infractor hace a la finalidad de prevención que persigue la figura, pues la próxima vez, el empresario debería evaluar si infringe o no la ley, ya que responde con su patrimonio.

Por otra parte, la multa, en muchos casos tendrá como fin, además desmantelar los beneficios económicos obtenidos con el hecho dañoso. Si existe una póliza de seguros esto no ocurriría.

Gregorini Clusellas (2011) enseña: “De permitirse asegurar la sanción disuasiva facilitando al asegurado trasladarla y considerarse cubierto por el seguro, el sentido punitivo/disuasivo se perdería” (p. 6).

En nuestra opinión, los daños punitivos no son asegurables, pues una norma específica expresamente así lo determina.

Coincidimos con el pensamiento doctrinario, en cuanto rechaza que una cobertura de seguros permita que el infractor quede impune ante un hecho grave. Lo contrario sería autorizar al empresario a dañar libremente, sin consecuencias. Tampoco es razonable que un seguro cubra hechos ilícitos. De darse esta circunstancia la esencia de la LGS se vería afectada y su finalidad incumplida.

En este contexto, si se permite contratar seguros, directamente pierde sentido la existencia de la figura de daños punitivos.

## 6.8 Conclusiones

Sostenemos que la figura de daños punitivos se integra adecuadamente al ámbito de la responsabilidad civil, pues quedó demostrado que esta, desde su concepción misma, además de indemnizar a la víctima buscó castigar al infractor.

Si la función indemnizar está prevalece por encima de la función castigar o la primera posee mas valor o importancia que la segunda, no está bajo discusión, pero lo que si vale la pena destacar es que la responsabilidad civil desde sus orígenes persiguió al infractor con el fin de aplicarle una sanción por el daño ocasionado.

Colombres (2008) afirma

En efecto, con sólo ojear lo prescripto en los Códigos decimónicos (el francés de 1804, italiano de 1865 –igual que el de 1942-, español de 1889 y argentino de 1871) podemos observar que se contempla un distinto trato al deudor contractual (igual que al extracontractual que actúa con culpa (negligencia, impericia, imprudencia, etc.) que al que causa un daño con dolo (o culpa grave). Tales Códigos en gran parte se nutren de fuentes romanas a través de su concreción moderna ... Entonces, la responsabilidad civil ¿no estaba llamada a cumplir, de antaño, además de su típica función reparadora, la punición de ciertas conductas (p. 4).

Es relevante, en materia de derechos del consumidor, contar con la figura de daños punitivos. Se trata de una herramienta jurídica que permite mitigar el desequilibrio natural de poder, que existe entre usuarios y consumidores y productores y proveedores al momento de concretarse la relación de consumo.

También la figura de daños punitivos, nos brindaría en ciertos casos, la posibilidad de anular los beneficios económicos obtenidos por el empresario que daña a cambio de mayores ganancias.

Prevot (2009) opina que en determinados supuestos

...la reparación del perjuicio resulta insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad, pues subsiste un beneficio de tinte económico, a favor de quien delinque. De allí entonces, la predica conveniencia de importar del *Common Law*, los denominados daños punitivos y dotar a la responsabilidad civil de cierto cariz punitivo” (p. 4).

Coincidimos con la LDC, en cuanto estable que la multa se destine a favor de la víctima, lo contrario implicaría menos reclamos y más empresarios impunes.

Consideramos que los montos de las condenas deben ser los adecuados al caso concreto sin perder de vista las finalidades de los daños punitivos. Esto quiere decir, que para cumplirse con el mandato constitucional de afianzar justicia, es necesario que las condenas por daños punitivos no sean ni tan altas que violenten derechos constitucionales, ni tan bajas, que no permitan que la sanción punitiva cumpla con su función de disuasión.

Respecto de la posibilidad de asegurar la condena de daños punitivos, nos inclinamos a favor de que no se autorice la contratación de pólizas que cubran daños punitivos, pues esto es peligroso y desaconsejable, toda vez que podría ser considerado por el empresario como la libertad para dañar, viéndose garantizada su impunidad a bajo costo.

## **CAPITULO 7**

### **MARCO METODOLOGICO**

#### **7.1 El marco metodológico**

La elaboración de un diseño o marco de investigación es una tarea primordial, que se impone de antemano y que requiere especial atención, pues se trata de la estructura en cuyo espacio se elaborará una investigación científica.

Hernández Sampieri (1997) afirma

Una vez que se ha definido el tipo de estudio y establecido la (s) hipótesis de investigación o los lineamientos para la investigación (si es que no se tienen hipótesis) el investigador debe concebir la manera práctica y concreta de responder a las preguntas de investigación. Esto implica seleccionar o desarrollar un diseño de investigación y aplicarlo al contexto particular de su estudio (p. 100).

El marco contiene las respuestas esenciales de la investigación, la hipótesis y el problema planteado, entre otras cuestiones.

Hernández Sampieri (1997) enseña: “El diseño señala al investigador lo que debe hacer para alcanzar sus objetivos de estudio, contestar las interrogantes que se ha planteado y analizar la certeza de la(s) hipótesis formuladas en un contexto particular” (p. 100).

El marco o diseño metodológico es de utilidad para el investigador a fin de encausar y desarrollar la investigación. En pocas palabras, indica el camino a seguir.

Dada la importancia del marco metodológico, su elaboración es prioritaria, sin él, el trabajo de investigación no puede prosperar.

Entre los componentes del marco, a los cuales ya hicimos referencia más arriba, debe existir cierta vinculación lógica, pues esta particularidad caracteriza un trabajo de investigación científica.

La vinculación inteligente y lógica de los componentes de un marco metodológico, es requisito necesario para obtener algún resultado positivo de la investigación.

Sin equivocarnos, podemos afirmar, que la elaboración de un marco metodológico adecuado es requisito necesario para poder llevar adelante una investigación científica con éxito.

Por ello, resulta relevante dedicarle tiempo para su elaboración, pensando y analizando sus componentes.

Lo expresado, representa una breve reseña respecto del contenido de un marco metodológico, seguidamente nos referiremos a los tipos de diseño de investigación que se contemplan.

## **7.2 Nuestra investigación. Su diseño**

La presente investigación adoptó el diseño no experimental, descriptivo e histórico.

Según Hernández Sampieri (1997) la investigación no experimental es la

Investigación sistemática y empírica en las que las variables independientes no se manipulan porque ya han sucedido. Las indiferencias sobre las relaciones entre variables se realizan sin intervención o influencia directa y dichas relaciones se observan tal y como se han dado en su contexto natural (p. 246)

En el diseño no experimental no existe la actividad de manipular variables ni de experimentar, si la de observación y análisis.

En este orden hemos dedicado el presente trabajo de investigación a conocer la situación generada por los daños punitivos a través de su observación directa. No tenemos ninguna ingerencia en la evolución y/o desarrollo de la figura ni hemos manipulado ninguna variable.

Según Hernández Sampieri (1997): en el "...estudio no experimental no se construye ninguna situación, sino que se observan situaciones ya existente, no provocadas intencionalmente por el investigador" (p. 245).

A su vez, el presente trabajo, adopta el diseño descriptivo e histórico.

Según Hernández Sampieri (1997) en los estudios descriptivos

Muy frecuentemente el propósito del investigador es describir situaciones y eventos...Miden y evalúan aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno o fenómenos a investigar. Desde el punto de vista científico, describir es medir. Esto es, en un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para sí –y valga la redundancia- describir lo que se investiga (p.247).

En el presente trabajo hemos analizado como variables distintos aspectos de la figura de daños punitivos, ya sea en su contexto histórico y actual.

Consideramos su origen pretoriano, su desarrollo en el pasado y la situación actual. También el debate doctrinario originado en su país de origen y el tratamiento brindado por la justicia.

Además, incursionamos en la evolución de la responsabilidad civil desde sus orígenes hasta la actualidad.

Salkind (1998) enseña: “La investigación descriptiva reseña las características de un fenómeno existente. La investigación histórica relaciona sucesos del pasado con otros acontecimientos de la época o sucesos actuales” (p.10).

Por lo expuesto, afirmamos que el diseño adoptado en esta investigación, es no experimental, descriptivo e histórico.

### **7.3 La hipótesis de investigación**

Con la intención de abordar el concepto de hipótesis y su clasificación, retranscribimos las siguientes citas de interés, junto a la formulación de nuestra hipótesis de investigación.

Pineda, De Alvarado y De Canales (1994) afirman que las hipótesis: “Constituyen un puente o un enlace entre la teoría y la investigación, lo que ha facilitado a la ciencia el logro de hallazgos sumamente significativos para su desarrollo” (p. 62).

Salkind (1998) enseña

Quando a una niña de nueve años se le preguntó que creía que era una hipótesis, dio la que quizá sea la mejor respuesta: una conjetura educada. Surge una hipótesis cuando las preguntas se transforman en declaraciones que expresan las relaciones entre variables como un enunciado del tipo si entonces (p. 7).

Nuestra hipótesis para la presente investigación fue la siguiente: No existe óbice legal para la integración de los daños punitivos al ámbito de la responsabilidad civil y que La LDC cumple con su fin, pero resulta necesario formular algunas modificaciones a su artículo 52 bis.

Pineda, De Alvarado y De Canales (1994) enseñan: “Una hipótesis bien formulada sirve de directriz a la investigación, y luego de su comprobación, genera nuevos conocimientos que pasan a formar parte del saber humano” (p.62).

Nuestra hipótesis, de constatación, nos facilitó el camino a seguir en la investigación desarrollada. Nos sirvió de guía y nos orientó para alcanzar el fin propuesto.

Con nuestra hipótesis comprobamos que no existe impedimento jurídico para la incorporación de los daños punitivos a nuestro ordenamiento civil y que el

artículo 52 bis de la LDC cumple con su finalidad, aunque debería modificarse su texto.

#### **7.4 Las unidades de análisis**

Otra actividad relevante para el desarrollo del trabajo de investigación fue la selección de las unidades de análisis.

Sautu (2005) afirma

Una tarea laboriosa de la segunda etapa del diseño es la definición teórica de las unidades de análisis, su selección empírica y la decisión acerca de cuales serán los observables que definitivamente serán medidos para cada una de las variables incorporadas al diseño. En el sutil paso desde la conceptualización teórica hacia la operacionalización que da lugar a un indicador observable, el investigador hace una apuesta muy fuerte a la validez de sus mediciones (p. 64).

Las unidades de análisis consideradas fueron: Legislación, doctrina y jurisprudencia argentina y de los países de España, Francia, Colombia, Chile, Uruguay, Inglaterra y EEUU.

Sin desconocer los cambios que proponen la doctrina y la jurisprudencia respecto de esta figura en el Derecho Anglosajón, en particular en Inglaterra y EEUU, analizamos el tratamiento otorgado a la figura en los países que no siguen esta tradición jurídica. Seleccionamos los países de España, Francia, Colombia y Uruguay, en donde la figura de daños punitivos implica debate y divide a la doctrina, similar a lo que ocurre en nuestro país.

El estudio de la evolución de esta figura en el derecho comparado, sumado a la opinión de la doctrina, enriqueció nuestro conocimiento global de los daños punitivos. Esta información podrá ser valorada ante la elaboración de futuras normas que contemplen esta Institución.

La figura daños punitivos, en nuestra opinión, despierta interés en razón de su origen pretoriano y su carácter penal.

En nuestro sistema legal, las Instituciones del derecho se legislan, aunque también la jurisprudencia es fuente del derecho, pero la fuente prioritaria es la ley.

Por otra parte, el carácter sancionatorio de los daños punitivos nos indicaría que su ámbito natural de aplicación es del derecho penal, pero no es así, pues la misma se aplica en el derecho civil.

En cuanto al ámbito nacional, el estudio de los primeros antecedentes jurisprudenciales, el análisis de la doctrina brindada a la figura, en un primer

momento y los distintos encuentros académicos, considerados estos como unidades de análisis, nos permitieron conocer la evolución de los daños punitivos a nivel local.

Así las cosas, podemos llegar a considerar que estos primeros antecedentes habrían sido tomados en cuenta por el legislador para la redacción del artículo 52 bis de la LDC.

Los proyectos de reformas del CCA y la reforma finalmente acaecida de este cuerpo legal, también fueron considerados en esta investigación porque nos facilitaron el camino para conocer en profundidad el pensamiento actual de nuestros legisladores, doctrinarios y académicos respecto de esta sanción civil.

## **7.5 Variables**

Sautu (2005) enseña

Una vez formulados los objetivos (general y específicos) los conceptos contenidos en las hipótesis o proposiciones que los conforman deben ser transformados en variables, las que pueden ser definidas como aspectos o dimensiones de los fenómenos o procesos estudiados (p. 60).

Nuestras variables son: Carácter jurídico, finalidad de los daños punitivos y su aplicación en la LDC.

**7.6 Criterio de selección de casos:** Tratamiento otorgado por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera al objeto de estudio.

**7.7 Técnicas e instrumentos:** Para abordar el presente trabajo empleamos el abordaje cualitativo y cuantitativo, modelo esquema dominante.

En el modelo de investigación prevaleció el abordaje cualitativo, recurriéndose a la técnica cualitativa de la observación indirecta, análisis de contenido.

Sautu (2005) enseña

La investigación cuantitativa, cuyos modelos son la encuesta y el análisis estadístico de datos secundarios, se apoya en el supuesto de que es posible y válido abstraer aspectos teóricamente relevantes de la realidad para analizarlos en su conjunto en busca de regularidades, de constantes, que sostengan generalizaciones teóricas ... La investigación cualitativa, cuyos modelos son el método etnográfico y el análisis de texto, se apoya sobre: la idea de la unidad de la realidad de ahí que se holística y en la fidelidad a la perspectiva de los actores involucrados en esa realidad (p. 56).

En cuanto a la estructuración de la tesis fue configurada de la siguiente forma.

En primer lugar, a modo de introducción, se brindaron nociones generales de la figura de daños punitivos, que incluyeron, su origen, conceptualización, naturaleza jurídica, finalidad, ámbito de aplicación, entre otros puntos.

Se indagó sobre el tratamiento otorgado a la figura en el derecho comparado haciendo hincapié en el país de origen y de desarrollo, vale decir, Inglaterra y EEUU respectivamente.

También se buscó conocer el Estado de Arte de países de tradición continental, como por ejemplo Francia, España, Colombia y Uruguay.

Es válido recordar, que Francia contó con un proyecto de reforma del Código Civil que preveía esta figura.

Por otra parte, en Uruguay también existió un proyecto de ley especial mediante la cual se incorporaba la figura de daños punitivos a su Código Civil.

Colombia y España, si bien no tuvieron proyectos de ley, fue relevante su estudio toda vez, que su doctrina afirma que existen normas vigentes que contienen la figura de daños punitivos. En nuestro caso, cierta doctrina nacional se expresó en igual sentido, lo mismo sucedió en Uruguay.

Finalizamos la investigación con un recorrido de lo acaecido en nuestro país, que comprende desde los primeros pedidos judiciales de daños punitivos hasta la reforma del CCA. También se incluyó el debate doctrinario local.

En el plano normativo, la tesis dedica un capítulo al estudio del artículo 52 bis de la LDC., al análisis comparativo de los proyectos de reforma del CCA y a la reforma misma de este cuerpo legal, en cuanto a la figura bajo estudio.

Nuestra tesis se divide, en un Capítulo que refiere al Estado del Arte junto a cinco Capítulos más, finalizando con las conclusiones arribadas y una serie de propuestas, destinadas a mejorar el sistema judicial y a la difusión de los derechos de los consumidores.

## **7.8 Precisiones acerca del contenido de los Capítulos y sus comentarios**

Puntualmente en el Capítulo 1 se volcó el Estado de Arte de la figura, habiéndose analizado la jurisprudencia nacional junto a recientes encuentros académicos.

Los fallos considerados en este Capítulo dieron cuenta de la interpretación judicial brindada a esta Institución, arribándose a la conclusión que esta jurisprudencia comprendió la esencia de la figura, vale decir, se aplicaron daños punitivos ante la existencia de hechos graves que menospreciaron los derechos de los consumidores.

Si bien no son muchos los antecedentes existentes, lo cierto es que ninguno fue tachado de inconstitucional. Aclaremos esto, toda vez que los detractores de la figura aseguran que la aplicación de la figura violenta derechos de raigambre constitucional

En este primer Capítulo, además se destacan, encuentros académicos relevantes, en los que se abordaron la figura de daños punitivos, brindándose en su oportunidad, conceptos de utilidad para la presente investigación y el conocimiento profundo de esta Institución del derecho.

El Capítulo 2, contiene un panorama general acerca del origen, naturaleza y finalidad de los daños punitivos.

En este Capítulo se analizó el origen pretoriano de los daños punitivos, conocimiento relevante si se pretende interpretar el alcance y la finalidad de esta Institución.

El Capítulo 3, se dedicó al estudio del derecho comparado. Este conocimiento también resultó de vital importancia, pues considerar la experiencia de otros países favorecerá al dictado de normas más eficaces y nos ahorrará inconvenientes.

Luego se analizó la figura en el país que ha adquirido mayor desarrollo, es decir EEUU, destacándose ciertas novedades que nos pueden servir de utilidad.

También en este Capítulo se hizo hincapié en el tratamiento brindado a la figura en determinados países de Europa y América Latina, tales como España y Francia por un lado y Colombia y Uruguay por el otro.

El debate que se observó en estos países y su experiencia en materia de daños punitivos, resulta de interés para conocer la postura de países con quienes compartimos la misma tradición jurídica.

En resumen, en los primeros capítulos dimos cuenta del origen pretoriano de la figura, su finalidad jurídica, sus características esenciales, su evolución en el país de origen y desarrollo como el tratamiento brindado en países de Europa y América Latina.

En los Capítulos 4, 5 y 6, se investigó la figura en el ámbito local. Estos Capítulos abarcaron los primeros antecedentes jurisprudenciales nacionales de la década del '90, diferentes Jornadas de Derecho anteriores a la sanción del artículo 52 bis de la LDC y la opinión de la doctrina nacional.

En el Capítulo 5 puntualmente se analiza el derecho vigente, con la intención de demostrar la segunda hipótesis vinculada a que el artículo 52 bis de la LDC cumple con su finalidad, pero resulta necesario formular algunas modificaciones a la norma.

A través del Capítulo 6 confirmamos que los daños punitivos pueden integrar la responsabilidad civil. También nos referimos a la conveniencia de que se legisle la figura en este ámbito.

En este Capítulo, además se abordó un tema relevante para este trabajo que tiene que ver con el origen de la responsabilidad civil y su evolución.

Su estudio nos permitió confirmar el carácter punitivo de la misma, el cual viene inmerso desde su nacimiento. La responsabilidad civil nació para castigar, además de indemnizar a la víctima, entre otras cuestiones.

Consideramos que la distribución de los Capítulos fue dispuesta de modo tal que nos permita, por un lado, conocer en profundidad la figura de daños punitivos, para luego indagar sobre su situación local actual.

Destacamos que todos los Capítulos se encuentran relacionados entre sí, ya sea a través del pensamiento de la Doctrina o de la Jurisprudencia o en razón de los textos legales citados.

En infinidad de oportunidades, al abordar algún asunto, hemos mencionado y remitido a otros párrafos de esta investigación, ya que existe plena vinculación entre los diferentes temas desarrollados, lo que nos lleva a pensar que tanto en el derecho en general como en las investigaciones jurídicas no existen temas o asuntos aislados plenamente, sino todo lo contrario, pues se genera una especie de entramado donde lo abordado se relaciona entre sí.

Resaltamos que los Capítulos 5 y 6, nos permitieron confirmar nuestra hipótesis de investigación.

En primer momento, nos planteamos como objetivos generales determinar si los daños punitivos pueden integrarse a la responsabilidad civil o pertenecen exclusivamente al ámbito de la responsabilidad penal y si el artículo 52 bis de LDC cumple su finalidad o resulta necesario efectuarle modificaciones al texto de

ley. Como resultado de esta investigación podemos afirmar que los objetivos generales fueron alcanzados.

Una tesis doctoral implica un trabajo elaborado a conciencia, por el cual se confirma o no la hipótesis de trabajo, utilizando el método científico de investigación. El resultado de este proceso es la generación de conocimiento científico.

Vieytes (2004) afirma

Problematizar es interrogar al tema de manera cada vez mas precisa hasta llegar a formular con claridad una pregunta, sin la cual ningún proceso puede tener lugar. Debemos considerar que todos nuestros esfuerzos por plantear el problema de investigación resultan importantes pues las preguntas que logremos formular serán en la medida de las respuestas que logremos alcanzar con nuestra investigación (p. 24).

Confirmamos que los daños punitivos armonizan con nuestro ordenamiento legal, que son constitucionales, que no existe impedimento jurídico para su incorporación al ámbito civil y que el artículo 52 bis cumple su finalidad, pero resulta necesario formular cambios en su redacción.

## **CAPITULO 8**

### **CONCLUSIONES**

#### **8.1 Conclusiones**

Los daños punitivos representan una Institución controvertida importada de un sistema jurídico distinto al nuestro. Las críticas que se le efectúan a la figura vinculadas a su supuesta incompatibilidad e inconstitucionalidad, es sostenida por calificados juristas.

En su lugar de origen, como también en EEUU, la jurisprudencia ha delimitado el alcance y procedencia de la figura y también cierta doctrina ha comenzado a cuestionar su eficacia.

En los países de tradición continental la figura de daños punitivos divide a la doctrina y genera arduos y permanentes debates. Se afirma su inconstitucionalidad e incompatibilidad con nuestro ordenamiento y que además implica enriquecimiento sin causa a favor de la víctima.

Sin embargo, concluimos que los daños punitivos son compatibles con nuestro sistema de responsabilidad civil, pues quedó demostrado que esta última se originó no solo para indemnizar a la víctima sino también para castigar al infractor.

Corolario de esta afirmación podría ser el nuevo artículo 1714 del CCA que reglamenta la punición excesiva, incorporado en el Capítulo V denominado Responsabilidad Civil, sumado a la copiosa doctrina direccionada en dicho sentido.

La aplicación de los daños punitivos en el derecho de consumo no ha generado ninguna fricción, ni genera preocupaciones, no registrándose hasta el momento ningún planteo que contradiga esta afirmación o que afirme la inconstitucionalidad de la figura.

Como cualquier sanción, la validez y constitucionalidad de la figura de daños punitivos dependerá del respeto de las garantías previstas en nuestra Carta Magna. El debido proceso, se debe garantizar en todo juicio y la figura no puede quedar al margen de estas previsiones legales fundamentales.

El infractor tiene derecho a ejercer su defensa, recurrir a instancias superiores y demás beneficios previstos en la CN.

Tampoco las condenas deben afectar el derecho constitucional de propiedad del infractor. La figura no busca la quiebra del dañador, ni mucho menos. Igualmente, con la reglamentación de la punición excesiva este panorama no podría configurarse.

Por su parte, las condenas que se dicten no deben contener montos irrisorios, ya que, en ese caso la finalidad prevención no se cumpliría, tampoco serían un castigo ejemplar y mucho menos se anularían los beneficios económicos percibidos por el empresario que lucra con el daño.

El artículo 52 bis de la LDC es perfectible, pero sin duda representa un avance considerable en materia de los derechos de los consumidores. Sostenemos que existe un error en la técnica legislativa y que además no se debería haber impuesto un tope en relación al monto máximo de la pena. Por el resto, compartimos los parámetros de esta normativa y celebramos su implementación y vigencia.

Somos pioneros en la materia, al ser el único país de tradición continental que ha incorporado la figura de daños punitivos a través de una ley especial. Uruguay contó con un proyecto de daños punitivos, con matices interesantes, que aun no se aprobó.

Desconocemos el motivo por el cual se suprimió la figura de daños punitivos del proyecto de reforma del CCA año 2012, aunque no descartamos que se haya producido su incorporación de manera tácita a través del artículo 1714 que reglamenta la punición excesiva.

En este orden señalamos, si el CCA habilita un planteo de punición excesiva a raíz de que podrían registrarse por el mismo hecho condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles que vuelven irracional la condena, es razonable concluir que efectivamente los daños punitivos habrían sido incorporados tácitamente a este cuerpo legal, integrándose la figura al conjunto de sanciones civiles que conforman el CCA, pues que sentido tiene reglamentar esta garantía si los daños punitivos no forman parte de este ordenamiento.

Por otra parte, quizás la supresión de la figura del texto de la reforma del CCA fue intencional, ya que no resultó necesario, a instancias del legislador, reglamentar los daños punitivos cuando implícitamente la responsabilidad civil desde sus orígenes contiene una función punitiva.

Es una coincidencia, que en la reglamentación de la punición excesiva se haya utilizado el término condenaciones pecuniarias, el cual fue considerado, por la Comisión Redactora del proyecto de reforma del CCA del año 2012 para definir a los daños punitivos, tal como lo hemos señalado en Capítulo 5.

Así las cosas, y a modo de despejar cualquier duda, el siguiente paso, debería ser incorporar expresamente al sistema de responsabilidad civil la figura de daños punitivos a través de una ley especial o mediante la futura reforma del CCA, tanto para la protección de los derechos individuales como colectivos.

Por lo pronto, será relevante efectuar un seguimiento de la opinión de los juristas y de la evolución de la jurisprudencia.

La LDC y el reconocimiento constitucional de los consumidores han sido dos hechos jurídicos relevantes para este sector. A partir de este momento, los usuarios y consumidores comenzaron a ser reconocidos como sujetos de derecho, lo que implicó la adquisición de ciertos derechos, pero también de obligaciones, como cualquier otro actor de igual jerarquía del ordenamiento legal.

A pesar de la escasez de precedentes, podemos afirmar que los Tribunales han interpretado el alcance y la finalidad de la figura de daños punitivos y ninguna condena, hasta el momento, fue tachada de inconstitucional.

La actividad doctrinaria y los distintos encuentros académicos sirvieron para conocer en profundidad la figura de daños punitivos y saltar el error en la técnica legislativa del artículo 52 bis de la LDC.

Las organizaciones sin fines de lucro de defensa de los consumidores adquirieron un rol fundamental en la difusión de los derechos de los consumidores. No obstante, aun faltan más acciones por parte del Estado y también de estas agrupaciones, ya que los empresarios cada vez son más poderosos y el desequilibrio entre las partes que integran la relación comercial es evidente.

A modo de cierre, señalamos dos reflexiones. La primera, es que a través de la figura quedó demostrado que los sistemas Derecho Continental y Anglosajón no son tan antagónicos o cerrados, ya que permiten la traslación - aunque en este caso no sea de manera pacífica- de figuras de un sistema a otro.

Este panorama dejó al descubierto la permeabilidad de nuestro orden jurídico al permitir la incorporación de una figura del Derecho Inglés. Los daños punitivos sirvieron además como puente para unir o acercar a estos dos modelos

o sistemas jurídicos.

La segunda reflexión, es que las ramas de nuestro derecho tampoco funcionan como compartimientos estancos, toda vez que quedó demostrado que una Institución de carácter penal armoniza con nuestro sistema de responsabilidad civil y que además se integró a una rama específica del derecho, es decir, al derecho del consumo.

La figura de daños punitivos ha dado sus primeros pasos, habrá que esperar como evoluciona.

## **8.2 Propuestas**

Con la intención de que el presente trabajo no se limite a ser solo una investigación, formulamos las siguientes propuestas.

Estas iniciativas, están orientadas a lograr un servicio de justicia eficiente que garantice nuestros derechos, en cumplimiento del concepto de afianzar justicia previsto en el preámbulo de la CN.

La proposición más relevante sería que se incorporen los daños punitivos al sistema de responsabilidad civil en forma expresa, a favor de los derechos individuales y también colectivos.

Esto debería ocurrir por intermedio de Ley Especial o mediante la futura reforma del CCA, si es que la figura integra el listado de arreglos o modificaciones que prevén efectuarse.

A fin de evitar confusiones sería oportuno modificar la redacción del artículo 52 bis de la LDC cuando establece que el pedido de daños punitivos queda habilitado por el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por parte del empresario.

Dijimos que los daños punitivos exigen para su aplicación la ocurrencia de un hecho grave. Por su parte, el mero incumplimiento de lo pactado habilitaría, en su caso, o el pedido de cumplimiento del acuerdo alcanzado o su vuelta a tras.

En consecuencia, el nuevo artículo podría comenzar así: “Al proveedor que con su accionar incurra en hechos graves que vayan en desmedro de los derechos de los consumidores...”.

Otra proposición se vincula a la implementación de un fuero especial para la tramitación de los reclamos de los consumidores, similar al fuero de la seguridad social ya vigente.

Estos juzgados específicos podrían garantizar eficiencia y rapidez en la tramitación de los reclamos de los usuarios y/o consumidores.

Por otra parte, consideramos que la educación y difusión de los derechos de los consumidores son actividades fundamentales.

A tal fin, bregamos para que los organismos públicos de defensa de los derechos de los consumidores, tanto nacionales o provinciales, inicien campañas publicitando y promoviendo los derechos de este sector. En este contexto, resulta como condición, el fortalecimiento de estos organismos, sobre todo, los que pertenecen a las jurisdicciones provinciales.

Finalmente, instamos a que los empresarios poderosos eviten provocar daños a los consumidores, ya que todos integramos esa categoría en algún momento de nuestras vidas.

El accionar contrario a la ley de estos actores principales en la relación de consumo, afecta de manera injusta nuestra tranquilidad y bienestar general.

De Ángel Yagüez (2012) enseña que: “el no causar daños a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana” (p. 21).

Igualmente advertimos que aquellos que no cumplan con esta regla generarán una reacción del sistema jurídico pudiendo enfrentar condenas de daños punitivos, entre otras cuestiones, siempre que se reúnan los requisitos legales para la habilitación de la figura.

El individuo capaz, que no cumpla con los axiomas del derecho romano vivir honestamente y no dañar al otro, recibirá lo que le corresponda en honor al principio dar a cada uno lo suyo.

## Referencias Bibliográficas

### 1-Bibliografía

Aguirre Astigueta, S. (2010). *Comentario al fallo Gramajo Salomón, Juan Pablo c. Telefónica Móviles Argentina S.A. (MOVISTAR)*. Buenos Aires: La Ley.

Alterini, A.A. (2008). *Las Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.

Alferillo, P.E. (2009). *La función del Juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Ley.

Álvarez Larrondo, F. M. (2008). *Repensando la reincorporación de los daños punitivos*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

Álvarez Larrondo, F. M. (2009). *La consistencia de los daños punitivos*. Buenos Aires: La Ley.

Barocelli, S.S. (2011). *Revista Jurídica de daños Número 1*. Buenos Aires: Editores Argentina.

Bustamante, A. J. (1994). *Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Brun, C. A. (2004). *¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados "daños punitivos")*. Buenos Aires: La Ley.

Caumont, A., Larrañoga, L., y Saux, E.I. (2012). *Daños punitivos en el sistema Civil Argentino*. Uruguay: Anuario de Derecho Civil Uruguayo.

Chabas, F. (2009). *No hay que proteger al consumidor, sino al débil*. Buenos Aires: La Ley.

Cocchiarale, C., y Carabajal, S. (2006). *Reflexiones en torno de la admisibilidad de los daños punitivos en Uruguay. El lado oscuro del corazón*. Uruguay: La Ley.

Cabanellas de Las Cuevas, G., y Hoague, E. C. (2010). *Diccionario Jurídico Law Dictionary*. Buenos Aires: Heliasta

Coderch, P. S (2000). *Punitive damages. Revista para el análisis del derecho*. Barcelona: Indret. Recuperado de <http://www.indret.com>

Colombres, M. (2008). *Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Ley.

Cross, A., O. (2009). *Responsabilidad civil: Orígenes y diferencias respecto de la responsabilidad penal*. Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Recuperado de <http://www.revistajuridicaonline.com>

Díaz Fernández, H. S. (2007). *Aplicación de multas civiles al medioambiente en el Derecho Uruguayo*. Montevideo: La Ley.

De Ángel Yagüez, R. (2012). *Daños Punitivos*. Navarra: Thomson Reuters - Civitas.

De Ángel Yagüez, R. (1989). *La responsabilidad civil*. España. Universidad de Deutos. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es>

Díaz Fernández, H. (2007). *Aplicación de multas civiles por daños al medio ambiente uruguayo*. Uruguay: La Ley

Diez Picazo, L., y Ponce de León, L. (2000). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

- Falcón, E.M. (2009). *Algunas cuestiones sobre el amparo colectivo*. Buenos Aires: La Ley.
- Ferrer. G. L. (2011). *La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos*. Buenos Aires: La Ley.
- Galdos, J. M., Llamas Pombo, E., y Mayo, J. A. (2011). *Daños punitivos*. Buenos Aires: La Ley online.
- García Matamorros, L. V., y Herrera Lozano, M. C. (2003). *El concepto de los daños punitivos o punitive damages*. Colombia: Universidad del Rosario. Recuperado de <https://www.revistas.urosario.edu.co>
- Garrido Cordobera, L. M. R. (2011). *Bases constitucionales del derecho de los contratos. Alcances del principio de la autonomía de la voluntad*. Buenos Aires: La Ley.
- Gelli, M.A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- Gómez Tomillo, M. (2012). *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado*. Madrid: Lex Nova.
- Gregorini Clusellas, E. L. (2011). *Vicios redhibitorios en el derecho de consumo*. Buenos Aires: La Ley.
- Hernández Sampieri, R.C., Fernández Collado, C., y Baptista L. P. (1997). *Metodología de la Investigación*. México: Mc.Graw.
- Irigoyen Testa, M. (2011). *Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino*. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur. Recuperado de <https://www.derechouns.com.ar>

- Junyent B., y Garzino, C. M. (2013). *Doctrina del día: daños punitivos. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Kemelmajer de Carlucci, A. R. (1993). *¿Conviene la Introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?*. Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.
- Koziol, H., Wilcox V., y Brooke, H. (2009). *Hurts and punitive Prejudices: Common law and perspectives of the civil law*. Vienna: Austrian Academy of Sciences. Recuperado de <https://www.accursio.com/private>
- Le Tourneau, P. (2000). *Derecho de la responsabilidad civil y de los contratos*. Francia: Dalloz. Recuperado de <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/>
- López Herrera, E. (2012). *Los Daños Punitivos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot
- López Herrera, E. (2004). *Manual de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Lorenzetti, R. L. (2009). *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. L., y Schotz, G. J. (2003). *Defensa del consumidor*. Buenos Aires: Abaco.
- Molina Salvador, C. (2008). *Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación*. Recuperado de <https://www.microjuris.com.ar>
- Mayo, J. (2009). *La inconsistencia de los daños punitivos*. Buenos Aires: La Ley.
- Nallar, F. (2007). *Prevención del Daño: La Multa Civil o Daños Punitivos en el Proyecto del Código Civil de 1998*. Buenos Aires: La Ley.

- Pettis, C. R., y Rebaudi Basavilbaso, I. M. (2009). *Algunos aspectos del daño punitivo (o multa civil) en el Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires: La Ley.
- Ordoqui Castilla, G. (2009). *¿Daño punitivo?*. Uruguay: La Ley.
- Orjuela Castañeda, A. M. (2012). *Daño Punitivo en Colombia*. Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Picasso, S. (2008). *Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- Pineda, E.B., De Alvarado, E.L., y De Canales, F.H. (1994). *Metodología de la investigación*. Washington, DC: Organización Panamericana de la Salud.
- Pizarro, R. D. (1993). *Derecho de Daños*. Buenos Aires: La Rocca.
- Pizarro, R. D. (1996). *Derecho de daños*. Segunda parte. Buenos Aires: La Rocca.
- Prevot, J. M. (2009). *¿Prevenir, punir o resarcir?. La finalidad de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Racimo F. M. (2005). *En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino*. Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Rúa, M. I. (2011). *El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Salkind, N. J. (1998). *Métodos de investigación*. México: Prentice Hall.
- Sánchez Costa, P.F. (2009). *Los daños punitivos y su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.

- Sautu, R. (2005). *Todo es teoría. Objetivos y métodos de investigación*. Buenos Aires: Lumiere.
- Sebok, A. J. (2006). *Punitive hurts: from the myth to the theory. The USA: Law (Law) of Brooklyn School Series of (Periodic) Paper of Legal Investigation of Studies. Brooklyn, [Daños punitivos: del mito a la teoría. EEUU: Derecho (Ley) de Brooklyn Escuela Serie de Papel (Periódico) de Investigación de Estudios Legal]*. Brooklyn: Escuela de Brooklyn. Recuperado de <http://papers.ssrn.com>
- Serafini, P. M., y Lissarrague, G. (2008). *Antecedentes Parlamentarios*. Buenos Aires: La Ley.
- Sprovieri, L. E. (2010). *La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Stiglitz, G.A., y Álvarez Larrondo, F. (2012). *Derecho del consumidor*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Vieytes, R. (2004). *Metodología de la investigación en organizaciones, mercado y sociedad*. Buenos Aires: Editorial de las Ciencias.
- Vítolo, D. R. (2013). *Sanciones pecuniarias disuasivas*. Buenos Aires: La Ley
- Wainerman, C., y Sautu, R. (2001). *La trastienda de la investigación*. Buenos Aires: Lumiere.

## 2- Fuentes de información

Antecedentes parlamentarios del Congreso Nacional (2008). Buenos Aires: La Ley.

Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, caratulada: “Benejam, Onofre Alejandro c/ Telecom Argentina S.A. cumplimiento / resolución de contrato – Recurso de Apelación”. Recuperado de: <https://www.aedsia.com.ar>

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Tercera Nominación de la Provincia de Córdoba. Causa: “Teijeiro (o) Teigeiro Luis Mariano contra Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G – Abreviado –otros- Recurso de Casación”, Expte. N° 1639507/36 “T” 14/12, fecha de sentencia 14/4/2014. Recuperado de: <https://www.aedsia.com.ar>

Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, caratulada “T. M. c/ Galeno Argentina S.A. s/ incumplimiento de prestación de obra social / medicina prepaga.”, sentencia de fecha 31/05/2016. El Dial online.

Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, “Beiroa Rodolfo Roberto c/Aerolíneas Argentina Sociedad del Estado”. Mesa de Entradas de Secretaria de Jurisprudencia Cámara Federal.

Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II de Capital Federal autos caratulados Power Tools S.A. c/ Capurro y Asociados S.A. y otro, sentencia de fecha 9/5/1996. Secretaria de Jurisprudencia Cámara Nacional Civil y Comercial Federal.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, autos caratulados: “Craien Miguel A. c/Coca Cola S.A. Mesa de entradas Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara de Federal en lo Civil y Comercial de Capital Federal, sentencia de fecha 5/12/1995.

Cámara Nacional Civil, Sala D, autos caratulados: G.M.F. y otro c/Centro de Médico Lacroce y otros. Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Civil de Buenos Aires, año 1996.

Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, “Giampaolletti Elena H. c/Telefónica de Argentina S.A.”, sentencia de fecha 20/12/2001. Secretaria de Jurisprudencia Cámara Nacional Civil y Comercial Federal.

Cámara 5ª. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “Aliaga Márquez, Jorge Alejandro c. Fairco S.A. y otro s/ abreviado - otros - recurso de apelación”, sentencia de fecha 05/08/2016. La Ley on line.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, “Vignolles, María de los Ángeles c. San Cristóbal Seguros Generales S.A. s/ daños y perjuicios - incumplimiento contractual”, sentencia de fecha 9/12/2015. La ley on line.

Causa 7846/2005, Sala Civil del Máximo Tribunal Español. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es>

Código Civil Argentino y Legislación complementaria (2011). Buenos Aires. Abeledo Perrot.

Código Civil Colombiano. Recuperado de <https://www.secretariassenado.gov.co>

Constitución Nacional Comentada (2008). Buenos Aires: La Ley

Código Civil y Comercial de la Nación (2012). *Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2012*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Código Civil Español. Recuperado de <https://www.boe.es>

Corte Suprema de Justicia de EEUU “*Day v. Woodworth* de 1851”. Recuperado de <https://www.supremecourt.gov>

Corte Suprema de Justicia de EEUU “*Gertz v. Robert Welch, Inc.*”, 418 U.S. 323 de 1974. Recuperado de <https://www.supremecourt.gov>

Corte Suprema de Justicia de EEUU “*Pacific Mutual Insurance Co. V. Haslip*”, de 1991. Recuperado de <https://www.supremecourt.gov>

Corte Suprema de Justicia de EEUU. “BMW of North América v. Gore”. Inc. 517 US, 559. Recuperado de <https://www.supremecourt.gov>

Corte Suprema de Canada, “Whiten v. Pilot Insurance”, sentencia del año 2002 SCC 18, Nro. 27229. Recuperado de <https://www.scc-csc.ca/court-cour/info/spa-esp.pdf>

Jornadas Nacionales de Abogados celebradas en la ciudad de San Salvador de Jujuy de 2005. Buenos Aires: Federación de Colegios de Abogados.

Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en la localidad de Lomas de Zamora entre los días 27 al 29 de septiembre de 2007. Recuperado de <http://www.casm.org.ar/nuevo/2007conclusioncivil.htm>.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N°1 De Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz. “Stoessel Adolfo C/Telefónica de Argentina S.A. S/Sumarísimo”. Secretaria de Jurisprudencia del Poder Judicial de la Provincia de Santa Cruz.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°. 11 de Salta. “Gramajo Salomón Juan Pablo contra Telefónica Móviles de Argentina S.A (Movistar)”. Recuperado de <http://www.justiciasalta.gov.ar>

Ley de Marcas Española Nro. 17/2001. Recuperado de <https://www.boe.es>

Ley Francesa de Contratos de Seguros. Recuperado de <https://www.legifrance.gouv.fr>

Ley General de la Seguridad Española. Recuperado de <https://www.boe.es>

Ley N° 26.361 de Modificación de la Ley 22.140. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/>

Ley General de Sociedades N° 19550. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/>

Ley Orgánica N° 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen Española. Recuperado de <https://www.boe.es>

Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (2012). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Proyecto de Ley incorporación daños punitivos. Parlamento Uruguayo. Recuperado de <http://www.legislativo.parlamento.gub.uy>

Real Decreto Legislativo N° 1/96 de aprobación de Ley de Protección de Propiedad Intelectual. Recuperado de <https://www.boe.es>

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales - Convenio de Roma II. Recuperado de [http://ocw.uniovi.es/pluginfile.php/2519/mod\\_resource/content/1/Reglamento\\_Roma\\_II\\_sobre\\_obligaciones\\_contractuales.pdf](http://ocw.uniovi.es/pluginfile.php/2519/mod_resource/content/1/Reglamento_Roma_II_sobre_obligaciones_contractuales.pdf)

Suprema Corte de Louisiana, *Mc Coy v. Arkansas Natural Gas CO*, 175 La 487, 143 So. 383, 385. Recuperado de <https://supreme.justia.com>

Suprema Corte de Washington, “*Spokane Truck & Dray Co. V. Hoefler*”, 2 Wash. 45, 25 P. 1072 de 1981. Recuperado de <https://law.justia.com>

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes: “*Di Tella Enzo Mario C/ Municipalidad de San Luis del Palmar S/ Medida Autosatisfactiva (Conocimiento)*”, Expediente Nro. 60394/11. Recuperado de [https://www.juscorrientes.gov.ar/wpcontent/uploads/fallos.../falloCompletoSen\\_961.pdf](https://www.juscorrientes.gov.ar/wpcontent/uploads/fallos.../falloCompletoSen_961.pdf)

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Santa Fe. (1999). Recuperado de <https://http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-21-XVII-Jornadas-1999.pdfXXI>

## ANEXO

Proyecto de Ley Uruguayo de introducción de la figura de daños punitivos al sistema jurídico uruguayo. No fue aprobado a la fecha.

Jueves 27 de agosto de 2009 CÁMARA DE REPRESENTANTES 11

dan oponer excepciones relativas a una negociación con la que nada tuvo que ver.

Pero cuando están enfrentadas en el juicio ejecutivo cambiario las mismas partes que intervinieron en el negocio causal o relación fundamental que dio nacimiento al título valor, pierde todo sentido la inoponibilidad de excepciones causales.

Ello no altera en absoluto la abstracción de los títulos valores; solamente se limita la inoponibilidad de excepciones causales. Cabe poner de relieve que la finalidad de la abstracción y de sus efectos, es asegurar el tráfico sin tropiezos del título valor, de modo de permitir la circulación de la riqueza. Pero carece de fundamento mantener el carácter abstracto de los títulos valores de contenido dinerario, cuando ese documento no ha circulado entre terceras personas ajenas a la situación que lo originó.

Parafraseando al eximio profesor y tratadista de Derecho Comercial, el Maestro Italiano Cesare Vivante la disciplina jurídica del título valor debe regular la condición del deudor de acuerdo a la relación jurídica integral que dio origen al título, cuando aquél se encuentra frente a la persona con quien la ha negociado. En cambio, se debe regular la situación del deudor de acuerdo a su voluntad unilateral de obligarse en los términos del título, cuando este deudor se encuentra frente a ulteriores poseedores de buena fe.

Por otra parte, es dable destacar que, en sustancia, este proyecto recoge la opinión doctrinaria vertida al respecto por el Profesor Siegbart Rippe en su trabajo "De la oponibilidad relativa de las excepciones causales en el juicio ejecutivo cambiario". (Anuario de Derecho Comercial N° 3 página 53), doctrina que abriera paso en nuestra jurisprudencia a la admisibilidad de la usura como excepción, hoy plasmada normativamente como tal en la Ley N° 16.212 en su artículo 23.-

No se efectúa mención alguna a los vales, pagarés y conformes en virtud de lo establecido en el artículo 125 in fine del Decreto-Ley N° 14.701. De igual modo resulta innecesaria la mención a los cheques en virtud del artículo 126 del pre-mencionado Decreto-Ley.

Montevideo, 26 de agosto de 2009.

VÍCTOR SEMPRONI, Representante por Canelones".

D) "INSTITUTO LLAMADO 'DAÑOS PUNITIVOS'. (Establecimiento).

PROYECTO DE LEY

Artículo 1º.- En los juicios que recaiga sentencia de condena, el Tribunal podrá determinar sanciones económicas que podrán llegar hasta diez veces el monto total de la reparación ordenada.

Artículo 2º.- A efectos del establecimiento de las sanciones económicas previstas en el artículo 1º de la presente ley, el Tribunal tomará los siguientes criterios:

A) La gravedad del daño producido.

B) La posición del o los responsables en el mercado.

C) La reincidencia del o los responsables.

D) El beneficio económico obtenido por el o los responsables.

Artículo 3º.- El destino de las sanciones económicas serán la o las instituciones sociales que determine el Tribunal.

Artículo 4º.- La presente ley es de orden público. Se mantiene vigente la Ley N° 9.739, de 17 de diciembre de 1937, en la redacción dada por la Ley N° 17.616, de 10 de enero de 2003.

Montevideo, 26 de agosto de 2009.

VÍCTOR SEMPRONI, Representante por Canelones.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto se hace eco de la necesidad de establecer en forma general el instituto llamado "daños punitivos".

Se trata de sanciones económicas que, ante la insuficiencia de la reparación, persiguen una finalidad disuasiva de comportamientos merecedores de reproche jurídico y causa adecuada de daños.

Como ha sido señalado por la doctrina nacional, la reparación civil resulta muchas veces tardía, por lo cual para que el sistema cumpla su función preventiva y no exclusivamente indemnizatoria, se hace imprescindible "...un sistema de premios y castigos que estimulen el respeto de los derechos y desalienten los comportamientos ilícitos..." (Dora Szafir-Gustavo Doval "Insuficiencia de la reparación. Nuevos Desafíos: Necesidad de consagrar los daños punitivos - Anuario de Derecho Civil Uruguayo. T. XXXIII. Fundación de Cultura Universitaria. Agosto 2003. página 618).

La finalidad ejemplarizante de estas sanciones busca evitar la reiteración de daños por parte del o los responsables condenados y también por parte del resto de los integrantes de la sociedad, los que ante la realidad de un sistema jurídico que no sólo repara sino que también sanciona evitarán incurrir en ilícitos.

Se ha observado que la sola fijación de la reparación no resulta suficiente para evitar los ilícitos, es decir, para cumplir la función preventiva de la responsabilidad. Al respecto, resulta ilustrativo que la suma que se fija como condena muchas veces es de tan poco monto que no disuade de comportamientos reprobables. Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia N° 250/97 del Tribunal de Apelaciones de Sto. Turno (Caso 13.475 de La Justicia Uruguaya) donde la víctima fue reparada por daño patrimonial, en virtud de uso indebido de su imagen, en la suma de quinientos dólares norteamericanos.

Condenas de esta índole, sin el agregado de sanciones económicas que eviten su repetición, no logran desincentivar ilícitos.

Pensemos en los casos de condenas a empresas que reiteradamente incumplen normas laborales. La eventualidad de una condena ingresa en los cálculos posibles de pérdidas y debido a su escaso importe no disuade de incurrir en ilícito.

En otros sistemas, como por ejemplo el norteamericano, se aplica con éxito. Por ejemplo, se cita en el trabajo doctrinario antes mencionado el caso de la condena a una compañía de automóviles por la suma de dos millones ochocientos mil dólares por reparación, y de ciento veinticinco millones de dólares por concepto de daños punitivos. Evidentemente, tal compañía pensará dos veces antes de arriesgarse a una pérdida de esta índole.

Se decide fijar como destino de estas sanciones económicas o penas privadas, instituciones sociales a criterio del Tribunal. No se ha optado por destinatario a la víctima, en el entendido que el propósito no es crear una "industria del daño". Por otra parte, el daño es el mismo tanto sea causado por un responsable reincidente o no. Pero no se puede observar del mismo modo a aquel que reitera su ilícito dado que el monto a reparar muchas veces le resulta insignificante, que a quien incurre por primera vez. Del mismo modo, a quien ocupa una posición determinante en el mercado, que a quien no lo es. Tampoco a quien causa la muerte de una persona, que a quien causa lesiones leves o pérdida de una chance. De allí, los criterios establecidos.

Se excluye de la aplicación de esta norma general, la Ley N° 9.739 en la redacción dada por la Ley N° 17.616, en virtud que la misma se hace eco de compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado en torno al tema derechos de autor.

Dado el carácter sancionatorio de esta norma, se explica que la misma sea de orden público.

En definitiva, se busca satisfacer una necesidad de nuestro sistema jurídico actual de tutela efectiva de los derechos.

Montevideo, 26 de agosto de 2009.

VÍCTOR SEMPRONI, Representante por  
Canelones.

E) "ACOSO MORAL EN LAS RELACIONES DE TRABAJO. (Normas).

#### PROYECTO DE LEY

**Artículo 1°.-** Se consideran prácticas de acoso moral en las relaciones laborales, entre otras:

- A) Actos que impidan la comunicación de un trabajador con el resto de los integrantes de la empresa.
- B) El no suministro de instrumentos necesarios para el desarrollo de la tarea.
- C) La no asignación de tareas.
- D) Hacer circular información que desprestigie al trabajador.
- E) No responder en tiempo y forma a sus planteos.
- F) Permanentes cambios de tareas y/o traslados injustificados.
- G) Apartamiento físico del resto de sus compañeros de trabajo.

**Artículo 2°.-** El acoso moral podrá existir entre trabajadores de igual y/o superior y/o inferior categoría.

**Artículo 3°.-** El trabajador acosado podrá comparecer ante la Inspección General del Trabajo, a efectos de realizar la denuncia correspondiente.

**Artículo 4°.-** Sin perjuicio de la vía administrativa, el trabajador podrá instaurar acción judicial ante los Juzgados competentes.

**Artículo 5°.-** En ambos casos, existirá una presunción simple en favor del denunciante o actor.

**Artículo 6°.-** Comprobado que fuera el acoso moral, sin perjuicio de otras sanciones, el órgano admi-