

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI

TRABAJO FINAL DE GRADO



EL INSTITUTO DE DAÑOS PUNITIVOS

LA DISCUSIÓN TEORICA EN TORNO A SU NATURALEZA JURIDICA Y

FACTOR DE ATRIBUCION

ALUMNA: Shirley S. Scotti

CARRERA: Abogacía

AÑO: 2017

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación nos proponemos analizar el alcance de la nueva legislación en materia de Defensa al Consumidor y su incorporación del instituto de los daños punitivos consagrado en su art. 52 bis. Reconoceremos la finalidad y espíritu que motivó la transformación normativa, intentando dilucidar su objetivo y alcance, a la luz de la protección pretendida por la asimetría que refleja la disparidad en la relación entre los consumidores y los proveedores. Por su parte, y luego de presentar una definición sobre el instituto y las consecuentes disputas doctrinarias al respecto, repararemos sobre la naturaleza jurídica del mismo. Para lograr aquello, analizaremos jurisprudencia nacional en la materia: el caso Teijeiro del T.S.J. de Córdoba y el caso Alu, C.S.J. de Tucumán. Por último, abordaremos la discusión sobre el factor de atribución aplicable en los daños punitivos.

Palabras clave: Daños Punitivos- Ley de Defensa del Consumidor- Naturaleza Jurídica- Factor de atribución- Multa Civil- Responsabilidad Civil

ABSTRACT

Through this research, we will analyze the scope of the new legislation relating to Consumer Defense and the incorporation of punitive damages into art. 52 bis. We will explore the purposes and spirit that motivated this normative transformation with the intention to clarify its objective and scope. Further, we will highlight how the asymmetrical power disparity between consumers and suppliers helped shaped the new legislation. To achieve this, we will analyze national jurisprudence on the matter, including the “Teijeiro” case of the T.S.J. of Cordoba and the “Alu, C.S.J. of Tucumán” case. Finally, we will discuss the attribution factor applicable in punitive damages.

Key words: Punitive damages - Consumer Protection Law - Legal Nature - Attribution factor - Civil fine - Civil liability

INDICE

CAPITULO PRIMERO.....	5
DEFENSA AL CONSUMIDOR.....	5
I. Introducción.....	5
II. Defensa al consumidor.....	6
III. La necesidad de proteger al consumidor como argumento de la ley 24.240. 11	
IV. Razones para el cambio legislativo en defensa al consumidor. Nuevos cambios introducidos. Breve resumen.....	13
V. Comparación con la ley de los EEUU (puntos en común).....	14
CAPITULO SEGUNDO.....	16
DAÑOS PUNITIVOS.....	16
I. Introducción.....	16
II. Daño Civil.....	18
III. Daño patrimonial y moral.....	20
IV. Astreintes.....	22
V. Daño punitivo.....	23
VI. La acción.....	28
CAPITULO TERCERO.....	32
NATURALEZA JURIDICA Y SU RELACION CON EL FACTOR DE ATRIBUCION DE LOS DAÑOS PUNITIVOS.....	32
I. Introducción.....	32
II. Discusión en torno a la naturaleza jurídica de los daños punitivos.....	33
III. Naturaleza Civil Vs Penal.....	35
IV. El daño punitivo como multa civil.....	39
V. Fallos Teijeiro y Alú. Una comparación Jurisprudencial.....	43
CAPITULO CUARTO.....	48
FACTOR DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PUNITIVOS	48
I. Introducción.....	48
II. Factor de atribución. Nociones.....	49
IV. Factor de atribución en el daño punitivo.....	60
CONCLUSION.....	63

BIBLIOGRAFÍA	66
Doctrina	66
Legislación	68
Jurisprudencia.....	68

CAPITULO PRIMERO

DEFENSA AL CONSUMIDOR

I. Introducción

Comenzaré en el presente capítulo por englobar el pretendido análisis del instituto de *daños punitivos* dentro del marco normativo legal vigente en la República Argentina, cuestionando los principios y reglas que regulan la práctica del consumo. Para ello, considero menester empezar por indicar brevemente la historia de la defensa del consumidor, los fundamentos que subyacen tras ella y las diversas manifestaciones legales internacionales, constitucionales e infra constitucionales del orden local.

Una vez logrado un panorama general de donde surja el contexto e implicancias de la protección al consumidor, pasaremos a abordar la lógica y ubicación del instituto de daños punitivos en dicho marco normativo. Creo necesario destacar que, tal como lo indica el nombre de la Ley, constantemente estaremos guiados por “defender” al consumidor en su práctica. Ahora bien, ¿cuál es el alcance de dicha defensa?

Esta última pregunta, aunque retórica, es un puntapié para detectar cuales mecanismos o institutos tiene la ley para alcanzar la defensa a esta posición de consumo que, como lo vamos a ir desarrollando a lo largo del presente, es la más débil en una relación de consumo.

Por su parte, cabe mencionar que la incorporación de la figura del daño punitivo ha sido relativamente reciente y es, en pos de lo anunciado en los apartados anteriores, una creación legal que pretende ser instrumento eficaz de la defensa del consumidor. Por ello, intentaré precisar un concepto de dicho instituto para, más adelante, indagar sobre su aplicación, alcance y sentido.

El artículo 52 bis de la L.D.C. constituye los requisitos que necesitamos para estar frente al 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.”

II. Defensa al consumidor

a. Definición

En la República Argentina existe una batería de normas jurídicas que tienen por finalidad proteger al consumidor. Una lectura de las mismas, haría pensar que dicha protección cuenta con herramientas e institutos que hagan eficaz dicha defensa en las prácticas habituales. Sin embargo, la realidad jurídica se encarga de poner en jaque una afirmación como la anterior.

Ahora bien, parece necesario comenzar por definir lo que se entiende por defensa al consumidor, y desde allí reconocer su implicancia práctica.

Definir es una tarea ardua y contar con una definición brindada por la propia ley trae aparejada directas consecuencias en el ámbito práctico. Ello, ya que cuando la ley establece definiciones de manera explícita, pretende establecer un específico ámbito de aplicación de la misma (en este caso: personas a las cuales se les reconoce una protección en su calidad de consumidor, entidades obligadas a cumplir la legislación – proveedores-, etc.). Pero, más allá de que esto suene a una obviedad, es necesario destacar que, si la ley define de manera muy amplia o si, por el contrario, deja afuera de la definición algún caso que sí podría ser considerado correspondiente “consumidor”, ello se traslada directamente a situaciones de las personas involucradas.

Por lo anteriormente expuesto, entiendo ineludible esgrimir las definiciones—actualmente aceptadas—brindadas en torno a los conceptos de defensa al consumidor, consumidor y proveedor.

Podemos comenzar por conceptualizar al derecho del consumo, adoptando la definición brindada por Moisset de Espanés (2004: p. 66), que nos dice *“es el conjunto de principios y normas jurídicas destinadas a regular las particulares relaciones trabadas entre productores profesionales de bienes y servicios y los consumidores”*.

Reconocemos entonces a la “relación de consumo” como la materia central de la defensa al consumidor. Ahora bien, definamos aquella como *“el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”*. (L. D. C. Art. 3)

A partir del marco anterior, podemos analizar lo que se entiende por consumidor, por un lado y proveedor, por el otro. Primero, definiremos como consumidor a *“toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. O a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes y servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social y a quien de cualquier manera este expuesto a una relación de consumo”*. (L. D. C. Art. 1)

Segundo, Proveedor, será la *“persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.*

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el

ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”: (L. D. C. Art. 2)

Por su parte el tercer artículo de la Ley en cuestión reza: *“...las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en la L.D.C. y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica*”: (L. D. C. Art. 3)

b. Marco constitucional a la defensa del consumidor

De acuerdo a su aparición histórica, y teniendo en cuenta la protección progresiva, Siguiendo a Néstor Pedro Sagués (2007), podemos clasificar a los derechos constitucionales como derechos de primera, segunda y tercera generación.

Ahondando en la primera clasificación, como nos explica este autor (2007; p. 625), los derechos de primera generación *“son los propios de un constitucionalismo liberal, reflejados en el caso argentino, en los arts. 14 a 18. Se trata de derechos conferidos por lo común solo a individuos, seres en abstracto...importan el afianzamiento de los valores libertad, propiedad y seguridad, y son sustancialmente derechos contra el Estado*”:

Bidart Campos (2008; p. 63) cita: *“Del constitucionalismo liberal se pasa al constitucionalismo social, y de la democracia liberal a la democracia social. A los derechos, además de protegerlos, hay que promoverlos...”*

Es así que a los clásicos derechos civiles y políticos se agregan los derechos económicos, sociales y culturales; llamados de segunda generación, que veremos a continuación siguiendo los lineamientos reproducidos por Sagués (2007; p. 625): *“son los propios del constitucionalismo social... son derechos concedidos principalmente a los trabajadores y a los gremios, aunque también benefician a la familia; y apuntan a resolver la llamada cuestión social. Se plantean no solo contra el Estado, sino frente a otros sujetos, como los empleadores...en la Constitución Nacional se insertan en el art. 14 bis, según la reforma de 1957”*:

Después de la Segunda Guerra Mundial, a partir de la segunda mitad del siglo XX, surgen los derechos de tercera generación. Sagués (2007; p. 625) los define como *“derechos modernos, cuyos titulares son personas, grupos y la sociedad toda...el valor predominante es la dignidad humana...”*. Estos derechos son receptados en la reforma constitucional del año 1994 reforzando e incorporando así el segmento constitucional propio de un Estado Social de derecho.

Entre los artículos incorporados a nuestra Carta Magna, el que me atañe señalar es el art. 42, a través del cual comienzan a tener jerarquía constitucional los preceptos normativos destinados a la protección del consumidor.

El art. 42 de la Constitución Nacional establece para los consumidores y usuarios el derecho a la protección a la salud, de los intereses económicos, al trato digno, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Y al final el tercer párrafo, encomienda a la legislación establecer procedimientos de prevención y solución de conflictos.

Mosset Iturraspe y Lorenzetti, indican en su Revista de Derecho de Daños (2011; p. 336) que: *“la prevención de daños, tiene rango y jerarquía constitucional. En consecuencia, el Derecho Privado Constitucional cuenta con otro principio también perteneciente a la misma categoría, como es el principio más amplio y genérico que establece la “obligación general de no dañar”*.

Por su parte, el referido Artículo 42 C. N., reza: *“Los consumidores y usuarios 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, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de

competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Por otro lado, y en completa consonancia con la Constitución Nacional, en el ámbito Provincial, contamos con el artículo 29 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, que establece que *“Los consumidores y usuarios tienen derecho a agruparse en defensa de sus intereses. El Estado promueve su organización y funcionamiento”.*

De lo expuesto, notamos que el Estado comienza a asumir una posición tutelar en pro de los consumidores, con el fin de paliar así la desigualdad entre éstos y los proveedores. Les otorga de esta forma un marco normativo más adecuado destinado a su protección y a la regulación de las relaciones de consumo, en las que el consumidor ocupa sin dudas el lugar más débil.

Los invito ahora a examinar el artículo 42 de nuestra Constitución Nacional, siguiendo a Néstor Sagués (2007), desglosando los dos primeros párrafos y analizando cada uno de ellos, los cuales son destinados específicamente *“a los consumidores o usuarios visualizado como los nuevos débiles en el mundo de las relaciones contractuales contemporáneas”.*(2007; p. 835)

El primer párrafo del artículo en análisis, comprende la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores, expresión que engloba la integridad psicofísica de ellos y el derecho al ambiente sano, como la prevención de los daños y también el derecho a una información adecuada y veraz. Esta información necesaria referente a los productos en el mercado debe ser, siguiendo al autor, (2007; p. 837) *“objetiva, detallada, suficiente y exacta”*; proporcionada por las empresas, *“a fin de evitar confusiones en los compradores y que se acerquen y adquieran productos que no resultaren aptos para satisfacer sus necesidades”.*

La protección a sus intereses económicos, se refleja en la garantía constitucional sobre la calidad y eficiencia de los bienes y servicios; imponiendo una justicia contractual que los ampare de los abusos que ocurren.

Para razonar sobre el segundo párrafo del artículo en cuestión, seguiremos tal como lo hace el autor, al Diario de Sesiones, el cual *“indica una obligación constitucional para el Estado”*; de procurar a la protección de los derechos nombrados en el párrafo anterior, y adhiere a aquellos: la educación para el consumo, *“que debía*

ser formal a cargo de la educación, e informal, a través de los medios masivos de comunicación. Y con tres protagonistas clave: las asociaciones de consumidores, los empresarios y el Estado, todo ello a fin de crear “el sentido crítico del consumidor”, es decir, potenciarlo para que discierna lo más adecuado para él, conozca sus roles y sus derechos”. (Citado por Sagúes 2007; p. 838).

Continúa el párrafo, a defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y de monopolios legales y naturales... *“debe haber “total libertad en esta materia” en tutela de los buenos empresarios, y para que haya “una mayor competitividad”, en procura también de evitar “cualquier clase de discriminación o de deformación del mercado. También se menciona la calidad y eficiencia de los servicios, esta meta fue definida como el destino final de los derechos del consumidor dentro de pautas de “regularidad, continuidad y eficacia” y en cuanto a los bienes de “utilidad, durabilidad y fiabilidad”.* (Citado por Sagúes 2007; p. 838).

Finalmente, nombra la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La promoción estatal de estas entidades se explica, *“por la timidez congénita o marginalidad de vida en algunas personas, ante lesiones que sufren y que por tratarse de un solo producto no parecen importantes. De ahí la necesidad de agrupar a los usuarios para que puedan viabilizar sus quejas y accionar después”.* (Citado por Sagúes 2007; p. 839).

Por su parte, el tercer párrafo se refiere a las maneras directas o indirectas, por las que la legislación nacional regula las relaciones de consumo a través de un amplio elenco de normas jurídicas; sin perder de vista el objetivo de proteger y defender al consumidor o usuario. De manera ejemplificativa puedo nombrar la Ley 24.240 (L. D. C.), la 25.156 (de Defensa de la Competencia), y la 22.802 (de Lealtad Comercial).

III. La necesidad de proteger al consumidor como argumento de la ley 24.240.

Creando necesario en este punto considerar los factores sociales y económicos que cercaban a los consumidores tiempos atrás, para poder entender la necesidad y la importancia de su protección en el presente; es que acudo a Pizarro y Vallespinos (2004; p. 98) *“desde fines del siglo XVIII comenzó a percibirse en las*

sociedades más avanzadas una constante aceleración industrial y tecnológica, que se instituyó en un importante factor de cambio... un nuevo ámbito económico que se apoyó en la capacidad potencial ilimitada de producción seriada y en la nueva concepción de empresa...a su vez, el advenimiento de la sociedad de masas trajo como consecuencias el aumento de las expectativas de un mejor nivel de vida y de acceder a bienes y servicios por parte de sectores que hasta entonces habían permanecido marginados; y, finalmente, el fenómeno del consumismo”.

Es así, que como derivación del consumismo se comenzaron a instalar y ser moneda corriente las desigualdades entre consumidores y proveedores; tal como explica Bagalá (2015) *“Como consecuencia de la masividad en la producción y en el consumo, se empezaron a evidenciar situaciones en las que el consumidor resultaba víctima de abusos a raíz de su posición de inferioridad en un mercado que se tornaba complejo y altamente diversificado. Por otra parte, la circulación masiva de bienes y servicios trajo aparejada modificaciones en las modalidades de formulación de la oferta y contratación de los mismos...A su vez, las formas tradicionales de contratación, en materia de contratos de consumo, fueron sustituidas por formas contractuales por adhesión en las que las conversaciones previas entre las partes contratantes y las cláusulas negociadas cedieron su lugar a cláusulas predispuestas por el empresario o proveedor que resultaba la parte más fuerte en la contratación”.*

Por lo tanto, se torna necesario establecer ciertos límites imperativos ante estas claras situaciones de desigualdad derivadas de cláusulas abusivas por parte de los proveedores, de las nuevas formas de venta (por ejemplo, la venta a domicilio), la responsabilidad por los daños que se le ocasionen al consumidor por los bienes o servicios comercializados. Nace así, un nuevo ámbito social, que obliga nuevas normas reguladoras y protectoras del consumidor, el derecho de consumo.

Moisset de Espanés (2004: p. 66) sostiene *“Lo que se intenta es solucionar las desigualdades existentes en la contratación entre un profesional (el productor de bienes y servicios) y un profano (el consumidor, no profesional), más allá de la situación económica psíquica en que se encontraren las partes”.*

IV. Razones para el cambio legislativo en defensa al consumidor. Nuevos cambios introducidos. Breve resumen.

El 22 de Septiembre de 1993, y después de varios intentos sin éxitos, se consigue la sanción primero por parte del Senado y después de la Cámara de Diputados de lo que va a ser la Ley 24.240 o comúnmente llamada L.D.C. López Alfonsín (2009) *“Cuando esta Ley sale a la luz es muy resistida por el “establishment” económico y fundamentalmente por la figura del entonces ministro de Economía Domingo Cavallo, que vetó prácticamente entre el 30 y el 35% de sus normas, entre ellas una fundamental que establecía el régimen de la responsabilidad solidaria entre todos los actores involucrados en la cadena de producción-consumo, el artículo 40...”* En el año 1999; seis años después de sancionada la ley, es que logra reponerse el artículo 40 que tutelaba le régimen de solidaridad en materia de responsabilidad de los productores de bienes y servicios. Desde el año 2000 en adelante son muchas las iniciativas que en el Congreso se van presentando, a favor del régimen de la L. D. C., tratando sobre todo de adecuarla a la demanda constitucional del artículo 42.

De lo expuesto podemos notar que, si bien se logró la sanción de la dicha Ley, tuvo que contar con numerosas reformas para ir añadiendo los artículos vetados, y sin dudas la incorporación del artículo 42 a nuestra Constitución Nacional fue un puntapié que impulsó, o más bien, podría decir intimó a la ley 24.240 a adecuarse a la realidad social y legislativa.

El 12 de marzo del año 2008, se lleva a cabo una significativa reforma a la L.D.C., con la Ley 26.361. Ésta introduce cambios y nuevas figuras a lo largo de aquella, entre ellas, la que abordaré en este trabajo, el daño punitivo, comprendido en el art. 52 bis.

Cito la norma: *“Artículo 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea 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.”

V. Comparación con la ley de los EEUU (puntos en común)

Los daños punitivos, han alcanzado a lo largo de su historia un pleno desarrollo y vigencia en los Estados Unidos, donde se los conoce como *punitive damages* o *exemplary damages*. Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2; p. 278) manifiestan en su Revista *“en nuestra ley 24.240, reformada por la 26.361, se utiliza la expresión multa civil y daño punitivo...la expresión más común para llamarlos es daños punitivos, que es la traducción literal de punitive damages”*. Es por ello, y debido a que nuestro derecho ha acuñado esta figura del derecho angloamericano, es que dedico este punto a tratar sobre ello.

Siguiendo a estos mismos autores (2011-2; p. 262 y 263); y buscando analizar más hondamente la norma estadounidense, ya que nos servirá además como parámetro para interpretar nuestro artículo 52 bis; es que considero aquí plasmar sus palabras *“un buen punto para iniciar el estudio de los daños punitivos en los Estados Unidos de América es reproduciendo lo que dice el Restatement of the Law, Torts 2nd, American Law Institute (en adelante ‘el Restatement’)*. Si bien este documento n tiene fuerza de ley, por la autoridad del instituto que lo emite, es importante para a comprensión de los daños punitivos en la Unión. Según el artículo 908 los daños punitivos son daños, distintos a los daños compensatorios o nominales, que se ponen a cargo de una persona para penalizarla por su conducta escandalosa y para disuadir a ella y a terceros como ella de conductas similares en el futuro. Los daños punitivos pueden ser otorgados por conducta que es escandalosa debido a los motivos malvados del demandado o su temeraria indiferencia respecto de los derechos de terceros. Para fijar los daños punitivos, el juez de los hechos puede tener en cuenta el carácter de los hechos del demandado, la naturaleza y tipo de los daños ocasionados o que se pretendió ocasionar al actor y la riqueza del demandado”.

Teniendo así ya una noción general del instituto, tanto en nuestro país como en su país de origen, los Estados Unidos, procedo a hacer las conexiones necesarias para

lograr entender cuáles son los puntos que tenemos en común con esa norma, como los que no.

Con respecto al monto de la condena, en nuestro derecho queda claro que la misma tiene un techo legal, al final el artículo 52 bis reza *“...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.*; en cambio en el derecho anglosajón, Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2; p.284) expresan que *“el principio es que los daños punitivos no tienen limite, puede imponerse cualquier suma que sea necesaria para expresar el reproche social y disuadir la conducta futura. Sin embargo, en varios Estados norteamericanos se comenzaron a establecer techos o topes (caps) a las condenas”*.

“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales...”; comienza así nuestra norma, refiriéndose a cualquier incumplimiento del proveedor, en un sentido amplio y genérico. A diferencia de los punitivos demages, nos dicen Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2; p. 262) que *“como principio general se entiende que los daños punitivos no corresponden en el ámbito contractual, quedando limitados a la esfera de los torts (responsabilidad extracontractual)”*.

El principio general en Estados Unidos al igual que en la L.D.C. con respecto al destino de la condena, es que se destina a la víctima. Art. 52 bis *“...el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor...”*

Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2; p. 284) explican *“entre las razones que se han dado para que sea así está la de superar la regla norteamericana de que cada parte paga sus costas, salvo casos muy excepcionales. Aunque parezca extraño, en Estados Unidos el que gana paga su abogado, lo que conspira muchas veces contra el principio de reparación integral. En Argentina, el principio es el inverso: la derrota en juicio comporta cargar con las costas...”*.

CAPITULO SEGUNDO

DAÑOS PUNITIVOS

I. Introducción

Los daños punitivos son un instituto creado por la Ley de Defensa al Consumidor, pero, lo que no obsta, que deba ser complementada con el Código Civil y Comercial de la Nación, a efectos de dar una acabada comprensión de su procedencia. Así es como, el presente capítulo comenzará por definir daño civil, y los distintos tipos de daños (moral, patrimonial, etc.).

Luego, analizaré los requisitos para la procedencia de los daños punitivos específicamente, así también la legitimación activa y pasiva en cuanto a la acción.

Los individuos, desde que vivimos en una sociedad organizada, nos encontramos sumergidos y sometidos a un orden jurídico, necesario desde ya, para regular nuestras conductas individuales y acciones sociales. Uno de los primeros principios relativos a la justicia, que reconoce sus orígenes en el derecho romano, es el *alterum non laedere*; deber de no dañar a nadie.

Ahora bien, en caso de que la conducta de un individuo sobrepase el principio de no dañar a otro, el derecho civil argentino considera que aparece la obligación de responder por la conducta dañosa. Tal como sostienen Pizarro y Vallespinos (2014; p. 45) la responsabilidad civil "*es la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico.*" Entonces, para que la responsabilidad quede configurada como tal, deben darse cuatro presupuestos o extremos, a saber: daño injustamente causado (material o moral resarcible que sea reclamado por la víctima o sus causantes), factor de atribución (subjetivo u objetivo), nexo causal y la antijuridicidad de la conducta.

Por su parte, siguiendo a estos autores (2014) debemos reconocer que en la realidad se presentan multiplicidad de daños causados, pero no todos ellos derivan en la posibilidad de reclamación civil. Ese daño debe ser injustamente causado, lo que no

implica que necesariamente provenga de un ilícito civil; ni mucho menos, que siempre sea menester la culpa del agente. Es el carácter injusto del daño lo que precisamente determina que no sea la víctima quien deba soportarlo y el que justifica su pretensión resarcitoria contra quien lo ocasionó.

Es así como, podemos afirmar que *"la obligación de resarcir el daño injustamente causado tiene una finalidad jurídica eminentemente reparadora, sustentada en exigencias compensatorias de la justicia conmutativa y también "en la simple decencia entre semejantes"*. (Pizarro Vallespinos; 2014; p. 46 y 47)

Analizando lo citado ut supra, cabe destacar que no es necesario para descargar la consecuencia dañosa sobre el causante del perjuicio, un reproche subjetivo de su conducta, más aún puede prescindirse totalmente de la misma.

Si bien será explicado en el capítulo IV de la presente tesis, lo que doy por reproducido aquí a todos sus efectos, no solo deben tomarse como parámetro factores de atribución de responsabilidad subjetivos, tales son dolo (intención deliberada de dañar a otro) y culpa (la que se caracteriza por negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de los deberes formales); si no también ponderar los objetivos, entre los que a modo ejemplificativo se mencionan la equidad, el abuso del derecho, el riesgo y la normal tolerancia entre vecinos.

Pizarro y Vallespinos (2014, p.49) concluyen en que *"la responsabilidad civil forma parte de una temática más amplia denominada "derecho de daños". Esta última engloba no sólo las cuestiones vinculadas con la reparación del perjuicio, o sea la clásica responsabilidad civil, sino también con su prevención y eventual punición y desmantelamiento de ciertos ilícitos, particularmente los lucrativos"*.

Por su parte, la norma civil ha sostenido y continúa sosteniendo que *"el Derecho de la responsabilidad civil por tradición legal, jurisprudencial y aun doctrinal siempre estuvo de acuerdo en que "el resarcimiento de daños consistirá en la reparación de las cosas a su estado anterior, excepto si fuere imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero"* sostenía el artículo 1083 del Cód. Civil derogado. En cuanto al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 1740 consagra: *"Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la*

identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

II. Daño Civil

Pizarro y Vallespinos (2014; p.86) definen al daño *"como el perjuicio que deriva de la lesión a un interés económico o espiritual a una persona"*.

Para fortalecer esta afirmación, y siguiendo con nuestra postura positivista, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1737 reza: *"Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva"*. Esta norma consagra legislativamente un concepto moderno del daño resarcible, lo postula como la "lesión a un interés jurídico", además aclara que el mismo puede ser individual o colectivo. Bueres (2015; p. 173) comenta: *"en el individual se afecta un derecho o un interés lícito y no contrario a derecho que tiene por objeto el patrimonio o la persona; en el colectivo se afecta un derecho o un interés que recae sobre un bien de incidencia colectiva"*.

Seguidamente el citado plexo normativo conceptualiza la indemnización (consecuencia del daño), en una primera parte haciendo referencia a la indemnización propia del daño patrimonial (pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, lucro cesante y pérdida de chance); y a continuación refiere tanto al daño moral como patrimonial; la indemnización propia de las consecuencias lesivas a los bienes jurídicos (derechos personalísimos, integridad personal, salud psicofísica, afecciones espirituales y las que interfieren en su proyecto de vida). Bueres (2015; p. 73) *"La salud, al igual que la estética, el proyecto de vida, la vida de relación, la psique, etcétera, representan bienes de carácter personalísimo que resultan ser asientos de derechos subjetivos, pero que no pueden ni deben ser resarcidos autónomamente y per se. Un daño será tal en sentido jurídico, en la medida en que, sin estar justificado, afecte algún interés y que, además, provoque consecuencias; caso contrario, nos encontraremos ante menoscabos naturalísticos, pero no frente a un verdadero daño en sentido jurídico"*.

El artículo 1738 del CCCN consagra: *"Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en*

beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de su interferencia en su proyecto de vida”.

Por su parte, el artículo 1741. *“Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tiene legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible.*

La acción solo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.”.

Como podemos ver este artículo amplía la legitimación activa, extendiéndose la misma más allá del damnificado directo, teniendo posibilidad de accionar los familiares enumerados en la norma, en las condiciones que ella fija. Bueres (2015) *“Esta ampliación de la legitimación es bien recibida, ya que plasma en la ley la jurisprudencia que, acogiendo la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia, venía haciéndose paso al respecto...el monto de la indemnización resulta ser un precio al consuelo porque incluye también las satisfacciones sustitutivas y compensatorias. Al momento de cuantificarla indemnización por daño moral se debe procurar mitigar el dolor por medio de bienes placenteros a fin de morigerar la tristeza, congoja, que el hecho produjo”.*

Para que el daño sea susceptible de resarcimiento, lo que llamamos daño resarcible, este debe cumplir con ciertos requisitos establecidos en el artículo 1739 CCCN: *“Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.”*

Bueres (2015; p. 174) *“Establece como requisitos para que el daño sea indemnizable... que el perjuicio sea directo (daño personal) o indirecto (lo reclama otro que sufrió el perjuicio en un interés propio – art 1079, cc); actual (o presente, es el ya ocurrido al tiempo de la sentencia) o futuro (todavía no sucedió aunque su causa generadora ya existe); cierto o subsistente (jurídicamente, aunque materialmente ya haya sido reparado). Agrega, y esto es lo novedoso, la pérdida de chance, cuando alguien se ve privado de obtener una ganancia probable o de evitarse un perjuicio. Es la pérdida de la oportunidad, que se pierde por el hecho de un tercero o porque el deudor incumplió en la obligación. Esta probabilidad debe tener suficiente fundamento, por ello la norma reza “que su contingencia sea razonable (probabilidad objetiva) y guarde una adecuada relación de causalidad”.*

En nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 1.710 regula el deber de prevención de daño y nos refleja las diversas formas o maneras de prevenirlo con las que contamos para lograr tal finalidad: el mismo cita: *“Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.”*

Este artículo, fiel al avance legislativo, consagra de forma expresa la tutela preventiva del daño y las distintas formas conducentes a impedir que llegue a producirse. Evitarlo; en caso de su continuación, disminuir su magnitud desde un punto de vista cualitativo o finalmente si ya está sucediendo, el no agravamiento del mismo.

Como dice Bueres (2015; p. 156) *“se establece el deber general de prevenir un daño no justificado y de diligencia de actuar, esto es, obrar adoptando las conductas positivas tanto para evitarlo como para disminuir su magnitud o impedir su agravamiento. Ello fundado en los principios de la buena fe (art. 9º, 10 y 11) y de razonabilidad, según cada caso”.*

III. Daño patrimonial y moral

El Código Civil y Comercial de la Nación reconoce dos grandes especies o tipologías de daño: patrimonial (o material) y moral (o extrapatrimonial). El artículo 1737 CCCN, define al daño, el mismo reza: *“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva”*; y contempla la clasificación, los daños individuales (patrimoniales o morales –ahora definido como daño que provoca consecuencias no patrimoniales-); y el daño patrimonial, cuando afecte al patrimonio.

Pizarro y Vallespinos (2014; p. 86) sostienen que el daño patrimonial *“importa necesariamente, un detrimento del patrimonio de la persona, como conjunto de valores económicos, susceptible de apreciación pecuniaria, para lo cual deben tomarse en consideración las circunstancias del caso concreto. El daño patrimonial produce una merma en el patrimonio del damnificado. Su indemnización, en términos de razonable equivalencia económica, luce orientada a recomponerlo. La acción resarcitoria es, de tal modo, un instrumento de recomposición patrimonial”*. Me remito aquí a la explicación del articulado efectuada con anterioridad en el presente capítulo. Entonces, en cuanto al daño patrimonial, podemos considerar a todos aquellos rubros que repercuten negativamente en el patrimonio enteramente considerado de la víctima. Se traduce principalmente en una lesión a intereses económicos y menoscabando el patrimonio del damnificado.

Por su parte, para conceptualizar al daño moral, seguiremos a Zavala de González (1999) quien lo define como *“una minoración de la subjetividad en la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”*. (Citada en Pizarro y Vallespinos, 2014, ps. 88 y 89).

Dicho lo anterior y a fin de lograr una síntesis, siguiendo a la doctrina citada, que el daño será patrimonial cuando haya un detrimento en los valores económicos o patrimoniales, en cambio, será extrapatrimonial o moral cuando haya una minoración o subjetividad de la persona de existencia visible.

Reforzamos esta conceptualización con nuestro plexo normativo, el artículo 1738 establece que la consecuencia del daño patrimonial, es decir la indemnización

comprenderá la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima. En cambio, cuando habla de las consecuencias de la violación del derecho personalísimo de la víctima, hace referencia a los daños que tengan por objeto a la persona, el daño extramatrimonial o moral. En consecuencia, según la índole del interés lesionado será el tipo de daño.

Artículo 1738 CCCN: *“Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de su interferencia en su proyecto de vida”*.

IV. Astreintes

Creo necesario, al menos mencionar y definir las astreintes; por la idea de sanción y/o punición por ciertos ilícitos civiles que nos reflejan. Encontrándolas en el Art. 804 del CCCN: *"Sanciones conminatorias. Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder"*.

Se podría inferir de dicho artículo, que las astreintes tienen como finalidad compeler a un sujeto a acatar un determinado deber judicial. Analizando esta normativa, Bueres (2015; p. 498), nos enumera los rasgos característicos de esta figura; así, *"son accesorias del deber principal, son discrecionales del órgano jurisdiccional, ya sea en cuanto a su procedencia como a su extensión, son dinerarias, a su vez, el crédito que nace de la sanción puede ser cedido y transmitido mortis causa, y finalmente, son ejecutables. Otro aspecto relevante, y como se dijo, discrecional del juez, es su cuantía, ya que para que el instituto logre su cometido, tiene que fijarse según el estado patrimonial del destinatario"*.

Así, adentrados ya en el tema, me referiré específicamente al daño punitivo, tema que me compete y configura el núcleo de mi trabajo. Pero, habernos detenido en astreintes nos sirve de pretexto para mostrar cómo el derecho civil cuenta con multas que pretenden disuadir el comportamiento dañoso.

V. Daño punitivo

a. Concepto

Pizarro y Vallespinos (2014; p. 269) ubican al daño punitivo en la rama de las indemnizaciones punitivas en el derecho argentino, dentro de la función sancionadora del derecho de daños. *“Existe pena privada cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición al responsable de una suma de dinero a favor a de la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, destinada al propio Estado u a otros terceros.”*

Tal como se desprende del razonamiento efectuado por los autores, la pena civil pretende prevenir ciertos daños. Por su parte podríamos concederle también la finalidad de erradicar los ilícitos y de disminuir a su menor valor posible la causación injusta de daños. Todo ello por cuanto la sola indemnización de daños y perjuicios a la víctima no siempre sirve como un disuasivo deseable de daños a los individuos en la sociedad.

Como es sabido, el derecho civil sigue -o debiera seguir- la realidad social que atraviesa a las comunidades; y si esto es lo deseable, la legislación parece haber adaptado su función a resolver los problemas vigentes de la sociedad argentina respecto a las relaciones de consumo.

El daño punitivo emergió de la última modificación de la L.D.C. en pos de ser un instituto protectorio del consumidor por su exclusiva posición vulnerable. A la luz de esa advertencia es que debemos conceptualizar y desarrollar a los daños punitivos.

Así Pizarro y Vallespinos (2000; p.374) nos indican que *“son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que está destinado a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”*.

Vale aclarar, que esta terminología, es criticada por la mayor parte de la doctrina, ya que daño punitivo es una traducción del término estadounidense acuñado, *“punitive damages”*.

Podemos citar a Sandoval (2008), que se refiere a la controversia sobre esta denominación, aludiendo a la necesidad de evitar confusiones entre diferentes instituciones. Dice, *“...tal denominación no es la más ajustada al sistema legal. En efecto lo sancionatorio (punitivo) no es el daño. El daño indemnizable no puede ser nunca punitivo... estimamos que la denominación daño punitivo no es la correcta, pues el daño solamente es el factor detonante de la sanción legal, mas no la sanción en sí misma... en cambio, es este, pena o multa civil, el que a nuestro juicio más se adecua al sistema vernáculo. En primer lugar, responde a su naturaleza jurídica, y no confunde en un contexto sistemático...el adjetivo utilizado civil, lo vincula con la rama del derecho en la cual debe operativizarse: el derecho de daños. Mantiene enfáticamente esta zona de aplicación, rechazando cualquier intento de otras ramas de mutar su esencia jurídica.”*.(p. 65)

Más allá de las discusiones que puedan girar en torno al nombre y la connotación que debe recibir el instituto, lo cierto es que la inclusión en la ley ha sido un modo de resaltar a la persona humana, como fin en sí misma y no menos importante, como bien supremo del derecho, cuya *ratio legis* es la protección del individuo, que es a su vez el fundamento de ese derecho. Considero de igual modo que la tutela resarcitoria del daño resulta insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos; sobre todo cuando aquel que actúa antijurídicamente persiguiendo un rédito a costa de dañar a otro, menosprecia sus derechos, por ejemplo, abusando de una posición dominante respecto del prójimo, lo que sucede sin ir más lejos en la relación proveedor- consumidor. Por lo tanto, no sería ilógico pensar que deban soportar algo más que la mera reparación de daño, lo que fluye como un sentimiento de justicia, entendida esta como *"la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo"*.

Aunque oportunamente fue citado, volvemos sobre el famoso Artículo 52 bis L.D.C.: *“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.”*

De la normativa podemos extraer cuatro notas características de la figura; Tinti y Calderón (2011; p. 229) *“(i) la existencia de una víctima de un daño; (ii) la finalidad de sancionar graves inconductas; (iii) prevenir ciertos hechos similares en el futuro; (iii) la suma se entrega a la víctima. La idea es que no exclusivamente el perjuicio económico, emergente de la incapacidad ocasionada a la víctima o de las frustraciones patrimoniales, es lo que debe ser reparado. Se deben tener especialmente en cuenta –cuando el daño ha sido generado por productos elaborados- otros detrimentos como el caso de los daños morales y el daño punitivo”*.

b. Presupuestos

Para lograr abordar y puntualizar los presupuestos necesarios que deben verificarse para que proceda la condena por daños punitivos, es que seguiré a Brodsky (2012).

En primer lugar, la norma (art. 52 bis L.D.C.) prevé la aplicación de los daños punitivos *“al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”*. Brodsky explica (2012, p. 289) *“desde la función preventiva del daño punitivo, parece sensato exigir del infractor un reproche grave, que en efecto puede ser tanto dolo como una negligencia grosera o temeraria... El daño punitivo debe entonces cumplir con su propósito disuasorio aplicándose en casos de malicia del proveedor o de culpa marcadamente indiferente o desinteresada respecto de derechos de los consumidores”*. Lo sostenido aquí por Brodsky será revisado y cuestionado en el pertinente capítulo de factor de atribución, cuestionando las implicancias prácticas que tiene asumir lo que el autor explica.

La norma continúa “*a instancia del damnificado*” (art. 52 bis L.D.C.), siendo afín y guardando relación con que el producido de la multa es a favor del consumidor; por lo que se necesita el pedido de parte para su procedencia.

Así mismo, el destino de la multa, es uno de los puntos críticos el instituto. Nos dice Brodsky (2012; p. 290), que *“lo apropiado sería que, toda vez que determinadas inconductas del proveedor afectan o pueden afectar a la comunidad en su conjunto, la ley habilitara al juez para regular daños punitivos de oficio (se halla en juego el interés público)”*.

Continúa el plexo normativo “*el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor*”. Siguiendo con el autor (2012; p. 290) “*por podrá no debe entenderse que el juez haya de decidir arbitrariamente condenar o no por daños punitivos, la interpretación lógica del término es que el sentenciante tiene un margen de apreciación, en cada caso particular, de si corresponde o no aplicar la multa civil, de acuerdo a los hechos, pruebas y a las reglas de la sana crítica racional.*”

De acuerdo al artículo 52 bis la multa civil “*se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*”. La norma le otorga al juez un margen razonable para evaluar, en cada situación en particular, la cuantía por la que corresponde condenar en daños punitivos. Sin embargo, podemos notar aquí la vaguedad en la redacción legislativa, ya que son parámetros muy flexibles, genéricos e imprecisos.

Si bien excede los contornos de este trabajo, considero menester detenerme aquí y mencionar al menos ciertos criterios a tener en cuenta para fijar la cuantía de la sanción civil. Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2; p.405) “*La Ley de Defensa del Consumidor no desarrolla de manera detallada los aspectos vinculados a la cuantificación del daño punitivo, lo que sumado a la falta de experiencia en nuestro medio, nos lleva al norteamericano... la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha dado tres indicaciones que deberían servir de guía a los tribunales del país para graduar la imposición de estos daños y determinar si son excesivos: a) el grado de reprochabilidad de la conducta. b) La relación entre la condena de daños reales y los daños punitivos, y c) comparación con otras sanciones.*”

La redacción continúa *“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”*. Este punto será desarrollado en extenso en el apartado siguiente del presente capítulo.

Finalmente culmina con un tope para la condena por daños punitivos *“la multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inc. b) de esta Ley”*. Estableciendo así un techo para los daños punitivos, siendo este de cinco millones de pesos.

c. Requisitos

Una vez analizados los presupuestos del instituto es que podemos definir sintéticamente cuales son los requisitos que necesitamos para entender que estamos frente a la figura de daños punitivos.

Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2; p. 402) establecen los requisitos que deben reunirse para poder aplicar esta multa civil:

En primer lugar se requiere un proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; la parte perjudicada (el consumidor) debe solicitar su aplicación (la procedencia es a pedido de parte); la graduación de la sanción se realizara en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso (discrecionalidad del juez para establecer el monto de la condena); la pena es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder (se agrega a otras indemnizaciones, no es excluyente); responden por la multa civil de manera solidaria todos los integrantes de la cadena de comercialización y distribución, cuando más de un proveedor sea responsable, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan; y por último, se fija un tope, o techo legal de cinco millones de pesos (\$5.000.000).

Los elementos que caracterizan al daño punitivo según López Herrera, (2008; ps. 20-23), siendo estos de suma importancia para poder determinar su viabilidad, es que *“no son una indemnización ni tienen finalidad de mantener la indemnidad de la víctima, objetivo que se consigue con la acción común de daños de carácter netamente resarcitorio... Si bien no puede hablarse de que tomen el lugar del daño causado, sustituyendo el perjuicio por un equivalente, los daños punitivos si pueden ser catalogados como una “reparación”*. Por último, hace hincapié en la condena del daño punitivo, en la multa civil como una reparación con doble finalidad,

preventiva y sancionatoria. *“Los daños punitivos son un agregado, un plus a la indemnización por daños sufridos, algo que se concede a título distinto de la mera indemnización del daño causado, que puede tener una finalidad preventiva y también satisfactiva o sancionatoria. He aquí un indicio de su naturaleza jurídica: es un instituto jurídico siempre accesorio, o como lo ha dicho la jurisprudencia estadounidense incidental. Es decir que el daño punitivo no tiene vida por sí mismo. No existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. Siempre debe determinarse en el proceso principal una acción, casi siempre por indemnización común de daños y perjuicios, y la especial circunstancia de conducta agravante, dolosa, intencional, etcétera, que hacen precedente este instituto de excepción”*.

VI. La acción

a. Legitimación activa

Según el art. 52 bis de la LDC, se encuentran legitimados para reclamar la multa civil, los consumidores, quedando estos últimos como los beneficiarios de la condena de daños punitivos. Con la sanción de la ley 26.361, promulgada el 3 de abril del año 2008, entre otras cosas, se expande el concepto de consumidor, ampliando así también el ámbito de los legitimados activos.

La regulación legal establece claramente que *“a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor”*, por lo que no caben dudas, de que el beneficiario es el consumidor. Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2. p. 406) nos dicen Revista de Derecho de Daños que en virtud de ello se hace imperativo establecer los alcances de la figura, sobre todo después de la reforma legislativa. Durante los últimos años el concepto de consumidor ha ido tendiendo a la ampliación, principalmente en razón de una cantidad de situaciones en las cuales el adquirente se encuentra en similar condición de debilidad que la del consumidor, pero sin calificar dentro de la categoría.

Veamos entonces como quedó redactado finalmente después de la reforma y a quienes incluye dentro del ámbito de consumidor. El art. 1 de la L.D.C. establece que se considera *“consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma*

gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

La reforma de la ley 26.361 elimino de la redacción del artículo 2º de la ley 24.240 el párrafo que rezaba que *"no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros"*.

Siguiendo con los autores (2011-2 p. 411), expresan *"Así mismo, en el párrafo segundo del artículo, el establecimiento de situaciones equiparables a la del consumidor se relaciona con el objeto buscado por el sistema protectorio en cuanto a que éste no se limite únicamente a quienes resultan ser consumidores específicos o materiales, ya que en gran cantidad de situaciones éstos no resultan ser los necesitados de la tutela legal. La cuestión consiste en que solo podrá estar legitimado para reclamar –y resultar destinatario de las multas obtenidas- quien resulte calificado como consumidor..."*.

Siendo así, y siguiendo los lineamientos de Yunjent y Garzin (2011) podemos concluir que *"el consumidor o usuario se encuentra habilitado para accionar en contra del proveedor del bien o servicio, en tanto la finalidad del instituto busca sancionar las conductas antisociales y vejatorias."* Este tipo de conductas las encontramos precisamente en el art. 8 bis de la LDC, que *"exige condiciones de atención de trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios, evitando colocar a estos últimos en condiciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias"*. En el último párrafo del citado artículo se establece que tales conductas son pasibles de la multa civil contenida en el art. 52 bis, además de las sanciones previstas por la ley; siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuara en nombre del proveedor, figura en la que nos adentraremos seguidamente.

b. Legitimación pasiva

El actor –consumidor- se encuentra legitimado para accionar en contra de quien presenta la calidad de proveedor, conforme al artículo 2 de la LDC: *"es la*

persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero si la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación."

Como podemos ver, este artículo en su primera parte intenta precisar la figura del proveedor y luego en su segundo apartado, señala la exclusión de los profesionales liberales con título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales, siempre que se cumplan determinadas circunstancias. Este artículo, tampoco mantiene su redacción original, siendo modificado por la ley 26.361.

Cito aquí a Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2; p. 423) *"La reforma legal ha sido importante en esta materia y debe ser considerada al momento de analizar quienes están comprendidos o excluidos de la noción de proveedor. Avanza en el artículo 2º, referido al sujeto pasivo u obligado del sistema, las empresas, los proveedores, y altera sustancialmente el concepto y la amplitud del mismo."* Amplía el listado de actividades a fin de vislumbrar escenarios que podrían generar dudas al momento de la aplicación práctica del sistema. Cambia el término cosas por el de bienes, elimina la exclusión expresa de los contratos entre consumidores y sobre cosas usadas. Elimina la exclusión de aquellos que adquirían o utilizaban los bienes y servicios para integrarlos en procesos propios de producción o comercialización. Siguen estos autores (2011-2; p. 424) *"Con la eliminación de estas exclusiones expresas que traía el texto original de la ley, se permite la aplicación expansiva del sistema de defensa del consumidor a situaciones que conceptualmente podrían no encuadrar en él."*

Las profesiones liberales siguen quedando excluidas del sistema, y agrega en la parte final de la norma, la obligación que tienen los organismos de defensa del

consumidor, de informar al consumidor o usuario sobre cuál es el ente que lleva adelante el control de la matrícula, a fin de que puedan denunciar al profesional liberal.

Comprende tanto a personas físicas como jurídicas, de naturaleza privada como pública; (2011-2; p. 424) por lo que *“el Estado en cualquiera de sus manifestaciones es susceptible de ser considerado proveedor. Además, requiere el requisito de la profesionalidad (habitualidad, calidad o condición social de vida), para configurar la característica de proveedor”*.

Como he hecho referencia anteriormente, la penalidad del art 52 bis, se extiende solidariamente a quien actuara en nombre del proveedor: *“Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor”*, cabe advertir que, siguiendo a Yunjent y Garzino (2011) *“la procedencia del daño punitivo requiere de una gravedad intrínseca de la conducta y de la entidad del daño, de manera tal que la sanción procura de cierto modo evitar los cálculos matemáticos como económicos o meramente especulativos que puedan contemplar los proveedores al momento de dañar a terceras personas”*.

Se debe aquí distinguir entre la solidaridad del art. 40 de L.D.C., *“la cual se dispara contra toda la cadena de producción y comercialización ante el daño resultante del vicio o riesgo de la cosa o prestación del servicio. Y por el contrario, en el supuesto del art. 52 bis se debe acreditar la coactuación de los agentes que integran la cadena de producción y comercialización en el hecho dañoso concreto, para poder predicar la existencia de solidaridad en cuanto al daño punitivo”*.

Por lo que Colombres explica que *“... se debe probar la responsabilidad no solo en el hecho dañoso, sino también en la producción de las causas que darán derecho a solicitar la multa civil”*. (Citado en Yunjent F. y Garzino M., 2011).

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA Y SU RELACION CON EL FACTOR DE ATRIBUCION DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

I. Introducción

Las discusiones doctrinarias en torno al instituto del daño punitivo son inagotables. La dicotomía sobre su naturaleza, el factor de atribución para su consecuencia y su finalidad tiene directa consecuencia en su implicancia práctica.

Siguiendo las líneas de Brodsky (2012; p. 277) podemos notar que *“desde su aparición en el plexo normativo nacional, y en particular en el marco del Derecho Privado, el daño punitivo ha suscitado las opiniones más discrepantes. Por un lado, se encuentran los juristas que lo rechazan de plano. Sostienen que la condena por daños punitivos representa un castigo de naturaleza penal, siendo una institución extraña a la naturaleza civil –de corte netamente resarcitorio-. A su vez, al tratarse de la imposición de una pena en el ámbito del Derecho Civil, no se observan las estrictas garantías que rigen en materia criminal a favor del imputado. Se sigue de ello la inconstitucionalidad del daño punitivo como multa civil”*. Entiendo aquí una síntesis del problema planteado anteriormente, al asimilar o cuestionar a los daños punitivos a un “castigo penal”, o, por el contrario, si se trata de una “multa civil”, con las implicancias que trae aparejado sostener una u otra tesitura.

Sigue el autor (2012) *“...En opuesta tesitura, otros doctrinarios entienden que –a pesar de su denominación- los daños punitivos no tienen como finalidad principal sancionar al infractor, sino prevenir conductas lesivas y dismantelar los efectos de los actos ilícitos. Por otra parte, la condena por un monto mayor al perjuicio sufrido por el damnificado no tiene por qué escapar a la esfera privada; por el contrario, el Derecho de Daños moderno no debe apuntar solamente a la reparación de las lesiones, sino también a su prevención. Y máxime cuando se trata de casos en los que, como ocurre en el consumo, determinados hechos pueden afectar a la sociedad toda”*. Esta última postura, se inclina a sostener que los daños punitivos son de naturaleza civil, tienen la finalidad de resarcir el daño sufrido, sancionar graves

inconductas y prevenir éstas en el futuro, lo que nos invita a reflexionar y problematizar que implicancias trae aparejado posicionarse en una u otra tesitura, siendo este el eje principal del presente capítulo.

II. Discusión en torno a la naturaleza jurídica de los daños punitivos

En innumerable cantidad de veces se vuelve la discusión jurídica al tradicional problema sobre la naturaleza jurídica de los institutos. Lo cierto es que los juristas utilizan dicha cuestión en múltiples acepciones, lo que obliga prestar atención en este trabajo de investigación a lo que engloba dicho concepto y su implicancia en la práctica judicial.

Hablar de naturaleza ya nos remite a una idea de esencia. Aunque no quisiera detenerme en cuestiones filosóficas, basta por ahora remitirse al término naturaleza en sentido aristotélico y pensar que la esencia es lo que define a la cosa. Siguiendo este lineamiento por naturaleza jurídica de un instituto entenderemos el sentido de estructura del mismo, es decir modo como en el que es configurado como obra del derecho.

Cuando se legislaron los daños punitivos también se suscitó la discusión en cuanto a su naturaleza. No es un tema menor detenerse en este punto, y tomarlo como partida para entender el alcance y sentido de los daños punitivos, reconociendo que siquiera es inocente la discusión que se tiene doctrinariamente al respecto.

Siguiendo a Brodsky (2012), podemos considerar que el propósito de los daños punitivos no apunta sino a dos objetivos esenciales; por un lado, favorecer la prevención de futuras lesiones; por otro, dismantelar los beneficios subsistentes de actos ilícitos lesivos ya perpetrados. Textualmente el citado autor refiere *“Descartamos, la idea de que el daño punitivo tenga como meta castigar al proveedor infractor. El hecho de que las sanciones penales tengan para la mayoría de los doctrinarios una finalidad preventiva, no implica, que, a la inversa, toda figura preventiva sea de naturaleza penal”*(p. 282). Además, quitarle al proveedor que incumplió sus obligaciones aquello que haya percibido defraudando a toda una masa de consumidores no constituye ningún “plus-castigo”, sino la reposición de la situación (tanto la del

damnificado como la del responsable) a su estado anterior al hecho ilegítimo.

Podemos hablar así de una doble faz, preventiva y sancionatoria. Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2) nota una expansión de la responsabilidad civil, en la cual se adhiere al fin netamente resarcitorio otras funciones de índole preventiva y punitiva. (2011-2; p. 79) *“en un mundo en el que el accidente se encuentra en cada esquina, en cada lugar de trabajo, en cada casa, en el que las libertades individuales, aunque solemnemente proclamadas, son cotidianamente lesionadas, es necesario reparar, reglamentar y sancionar”*.

En cuanto a la faz sancionatoria, Irigoyen Testa (2009; p. 111) destaca que la función de los daños punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: *“el principal es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente; y, por otra parte, la accesorio, es la sanción al dañador, ya que, toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracomparatorio”*. Es así como lo discutido aquí parece centrarse en la posibilidad de hablar de una función del derecho civil que, aunque discutida, se encuentra presente en nuestro plexo normativo como es la de sancionar. Negarle la posibilidad al derecho civil de sancionar, sería caer en la creencia de que es una atribución exclusiva del derecho penal.

Con respecto a la faz preventiva podemos decir que el Derecho Civil ha ido evolucionando, y como vemos, en el presente, uno de los objetivos claves que intenta abarcar es la prevención. Brodsky(2012; p. 283) nos dice que *“A lo largo de los años, por ejemplo, ha cedido la noción liberal según la cual no hay responsabilidad civil sin culpa, frente a una noción más solidaria, centrada en el daño y el perjudicado, acompañada de factores objetivos de atribución de responsabilidad. De la misma manera, debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, ya que, en la sociedad actual, por su avanzado grado de globalización y desarrollo tecnológico, es imprescindible prevenir al máximo la causación de futuras lesiones. Y especialmente debe procurarse desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo”*.

Pizarro y Vallespinos (1999, T. 2, p. 462) señalan que *“la función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos.*

Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación, [...] un adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la Ley”.

Es así entonces como los autores respaldan la idea de prevención de los daños que puedan ocurrir en las relaciones de consumo, sosteniendo que la faz preventiva implica idear. Instancias y procesos que se anticipen a la producción del daño al consumidor, evitando contener solo vías resarcitorias.

Particularmente, la incorporación de los daños punitivos a nuestro sistema de responsabilidad civil, implica reconocer una función más amplia del mismo, una finalidad preventiva –art. 1710 CCCN- y de punición de ciertas conductas, además de la clásica reparativa –art. 1716 CCCN-.

III. Naturaleza Civil Vs Penal

Trigo Represas y López Mesa (2004, pág. 11 y 12), nos advierten que cuando estamos en presencia de un daño, pueden darse dos situaciones distintas:

i. *“Que el daño atente contra la sociedad, supuesto en que estamos en presencia de un caso de responsabilidad penal. El delito penal es el hecho que afecta al interés público, que vulnera suficientemente los valores juzgados fundamentales por la sociedad para que su autor sea penado por ello, en ocasiones, con la pérdida de su libertad personal o ambulatoria”*. Según los autores logramos así esbozar las características esenciales de la responsabilidad penal: el reproche a la conducta del sujeto, el castigo o la sanción como consecuencia, el estricto cumplimiento del principio de tipicidad y la relación directa entre la falta con la magnitud de la sanción.

ii. *“Que el daño afecte a una persona determinada, supuesto en que existe responsabilidad civil”*. Vemos aquí la diferencia, el daño en la responsabilidad civil es privado, no social, y persigue la reparación del perjuicio, no el castigo a la persona (al

menos como finalidad principal). Siguiendo los autores, *“La medida de la reparación no se determina en función de la culpabilidad del autor del daño, sino de la medida de éste. Sin perjuicio de que cuando se tratare de daños inferidos dolosamente o en forma alevosa, esta circunstancia pueda servir para incrementar la indemnización, aunque nunca más allá del daño sufrido”*. Tampoco en este campo, se requiere el estricto principio de tipicidad propio del derecho penal. *“En materia de responsabilidad civil no es necesario que un texto prevea especialmente el perjuicio sufrido por la víctima para que esta pueda demandar reparación”*. Podemos nombrar una última diferencia entre ambas ramas: en el ámbito de la responsabilidad penal, por regla general, el autor del hecho ilícito y el responsable son el mismo individuo; en cambio, en el ámbito de la responsabilidad civil existe la responsabilidad por el hecho ajeno, es decir que puede suceder, que un individuo sea el autor del acto ilícito y que otro u otros sean los responsables del mismo, es decir que otro u otros deban sufrir las consecuencias de la sanción que a ese ilícito le corresponde.

Así es como, si nos citamos en estas dos definiciones dicotómicas en cuanto al daño previsto por lo penal o el daño previsto por lo civil, parece indicado reparar sobre los inconvenientes que trae ubicar a los daños causados en las relaciones de consumo en uno u otro ámbito del derecho.

Entre los autores que sostienen que la sanción tiene naturaleza penal, encontramos a Bustamante Alsina (1994; p. 860), quien postula que *“no es legítimo introducir principios del Derecho represivo en un sistema que, por estar dentro del Derecho civil, debiera ser exclusivamente resarcitorio.”* (Citado en Revista de Derecho; 2011; p. 108).

Por su parte, Picasso (2009; p. 602) sostiene que los daños punitivos *“en tanto no tienden a resarcir un daño sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y de prevención general, tienen la naturaleza de una pena.”* (Citado en Revista de Derecho; 2011; p. 107).

Trigo Represas (1995; p. 288) también considera que *“la idea subyacente es la de la utilización de la responsabilidad civil a título de pena privada, o sea de atribuir a la condenación pronunciada contra el responsable el carácter de una penalidad civil, que no diferiría mayormente de la pena pecuniaria pronunciada por el juez penal”*. (Citado en Revista de Derecho; 2011; p. 107).

Quien también se inclina por la naturaleza penal de este instituto, es Sánchez Costa (2009) quien sostiene que *“la naturaleza de los daños punitivos es de tipo penal, sea cual fuere la forma en que se los denomine o el plexo normativo en que se los incluya. Es claro que los daños punitivos son una pena, un castigo. Para arribar a esta conclusión poco o nada importa que la fijación de dicha pena sea realizada en sede civil.”* (Citado en Revista de Derecho; 2011; p. 108).

Resumiendo, los argumentos que los autores brindan a su tesis, podríamos decir que coinciden en que tiene la naturaleza de una pena, a la luz de castigar, lo que conlleva a la necesidad de revisar el instituto y su constitucionalidad.

En opuesta tesitura, existen otros autores, que coinciden en que los daños punitivos tienen naturaleza sancionatoria, sin embargo, no alcanzan a considerarlos como sanciones propias del Derecho Penal; sino más bien, entienden que estamos frente a una multa o sanción de naturaleza civil.

Creo esta última, es la tesis correcta. Cuando estamos frente a un daño punitivo estamos frente a una multa civil, una sanción civil, que se aplica al infractor de una norma civil. En el caso concreto es una sanción al autor de un daño que resulta aplicable en los casos que la conducta de un proveedor demuestre un desprecio absoluto por los derechos del consumidor. Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2; p. 115) en su Revista de Daños. *“No puede quedar dudas de que, debido a su propia naturaleza, su aplicación es excepcional, debe estar debidamente fundada, jamás puede ser retroactiva y debe ser objeto de la mayor prudencia judicial”*. Y continúan *“El derecho Civil reconstituye lo dañado, repara del daño ocasionado, no así el Derecho Penal, que es exclusivamente sancionador de conducta”*. (p. 118).

El interés de la cuestión no es meramente teórico, como he planteado, ya que en el ámbito penal el imputado goza de una serie de garantías, no aplicadas en el ordenamiento privado. Por ejemplo, de acuerdo al principio de legalidad, (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), una pena solo puede aplicarse si una Ley previamente detalla, en términos estrictos, la conducta punible. Dice Brodsky (2012; p. 280), *“El incumplimiento de una obligación de fuente legal o contractual que la ley determina como presupuesto para la aplicación de daños punitivos es una descripción demasiado amplia; los tipos penales deben ser precisos”*.

Dentro del terreno procesal, encontramos otro problema, es el de la autoincriminación. Seguimos con la explicación del autor; *“En el juicio civil se admite la absolución de posiciones, y la incomparecencia del absolvente o su negativa a contestar constituyen presunciones (iuris tantum) en su contra. En un proceso penal, la índole de los derechos en juego torna ilegítima toda confesión ficta, en razón del estado de inocencia del que goza el imputado hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad”*. Otro punto a tener en cuenta, es en cuanto al principio *non bis in ídem*, nadie puede ser condenado (ni perseguido penalmente) más de una vez por el mismo hecho, sosteniendo *“... y cuando una única conducta del proveedor afecta a varios consumidores que accionan y alcanzan una conducta por daños punitivos, se conculca aquel principio (un mismo acto motiva múltiples sanciones)”*. (p. 281)

Mosset Iturraspe y Lorenzetti, en su Revista de Derecho de Daños (2011, p. 118) dicen que *“en la actualidad ambos regímenes, en el derecho Continental y por lo tanto en el nuestro, quedan separados cumpliendo cada uno de ellos la finalidad que les es propia”*. Esto permite que la persona goce de las garantías propias de cada sistema y pueda acudir a ellas en virtud de los objetivos del sistema.

Brodsky (2012pág. 286) nos dice que si bien, como regla general, la punición suele manifestarse en el ámbito criminal y no en el civil, entendemos que este principio no es absoluto. Por ejemplo, *“... pactando de antemano intereses punitivos, el deudor puede obligarse a responder en caso de mora a una tasa generalmente superior a la compensación por el uso del capital ajeno. A su vez, aunque las astreintes que los jueces pueden imponer a quienes incumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial son definidos como condenaciones conminatorias, es posible observar en aquellas un costado punitivo. Y, en cualquier caso, se trata de sumas atribuidas al damnificado que son independientes del perjuicio sufrido”*. Estos son casos de instituciones aplicadas sin cuestionamientos en el ámbito civil que combinan un aspecto sancionatorio con otro u otros de diferente índole (disuasorio, compulsivo, estimuladorio, etc.).

Tal como ha quedado planteado, quienes defienden la naturaleza penal de los daños punitivos enervarían la posibilidad de aplicación y reclamación del instituto en sede judicial considerando que esta sanción es atentatoria a lo normado constitucionalmente. En cambio, los partidarios de su naturaleza civil, comentan y

exigen ciertos requisitos para su procedencia, pero, sobre todo, la consideran en armonía con nuestro sistema reparatorio y punitivo en general.

Así, en esta línea de pensamientos y a favor de pronunciarse sobre ciertos requisitos para la procedencia de los daños punitivos, es que *“las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, aun cuando descartaron la aplicación a esta materia de las garantías constitucionales propias del proceso penal, aconsejaron limitar las “penas privadas” a “casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos ilícitos lucrativos”; señalaron que “es necesario que medie reproche subjetivo en la conducta del sancionado”* esta cuestión será objeto del siguiente capítulo del presente trabajo de investigación, por considerar que es un punto importante a la hora de dilucidar la procedencia del instituto; *y consideraron “prudente establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas la existencia de un daño resarcible, individual o colectivo, causado por el sancionado”*.(Citado en Revista de daños; 2011; p. 125).

A su vez, *“al analizar su aplicabilidad o no en la esfera contractual sostuvo que los daños punitivos, en principio, no se pueden aplicar a incumplimientos en materia contractual. Sin embargo, la jurisprudencia lo ha permitido excepcionalmente cuando “la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio, configurando un abuso”*. (Citado en Revista de daños; 2011; p. 126). La cita continúa, *“Con ello se busca evitar que la indemnización se convierta en una ganancia ocasional para el demandante o que destruya completamente el futuro financiero del demandado, pues ese no es el propósito. Por ello, como una técnica de balance, se prevé la necesidad de sopesar los siguientes factores: a) La naturaleza y la gravedad de la conducta del agente causante del daño. b) La sabiduría de aplicar castigos pecuniarios, de acuerdo con la solvencia económica de la parte culpable. c) El antecedente de los avisos disuasivos y la facultad de haberlos evitado. d) La naturaleza de la opresión infligida. e) El bienestar del causante”*.

IV. El daño punitivo como multa civil

En nuestro país mucho se ha discutido sobre la incorporación de la multa civil al Derecho Positivo, el Proyecto de Reforma de 1998 recepo originariamente la figura en los siguientes términos:

“Artículo 1587: Multa Civil: El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija en consideración de las circunstancias del caso, en especial, los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”.

Revista de Derecho de Daños (2011, pág. 136). La Comisión de Diputados aprobó el siguiente texto:

“Artículo 1559: Atribuciones del juez. Medidas preventivas. Multa civil. Condenación conminatoria. El juez tiene atribuciones para:

a. Disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro.

b. Aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos cuando afecte o pudiere afectar intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta”.

Ambas normas requerirían para su aplicación la presencia de un factor subjetivo: La grave indiferencia hacia los derechos de terceros, realizado con dolo o culpa.

Si bien este proyecto nunca llegó a ser derecho vigente, nos sirve de antecedente y nos dilucida el fin perseguido por el Instituto.

De la misma manera, y en concordancia con el proyecto del 98; observándose un evidente progreso en nuestra teoría jurídica que comienza a abandonar la posición de un sistema de responsabilidad exclusivamente reparador, en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, siguiendo el camino del deber de prevenir los daños, se reglamenta la figura de los daños punitivos, bajo el nombre ahora de “Sanción Pecuniaria Disuasiva”, contenida en el artículo 1714.

“Artículo 1714: *Sanción pecuniaria disuasiva: El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden 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*”.

Dice Urruti (2014) que “*se decidió adoptar la locución sanción pecuniaria disuasiva, la cual difiere de la multa civil planteada en el proyecto de 1998 y de daño punitivo, receptada por el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.*” Destaca el autor que si bien la terminología comúnmente utilizada es la de daños punitivos, consecuencia de su traducción literal del derecho anglosajón “*punitive damages*”; ello es inexacto, ya que “*Por un lado, el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva y, por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta particularmente reprochable del dañador*”. Evitando así posibles confusiones semánticas, pero manteniendo la esencia del instituto jurídico. Así mismo, el termino sanción pecuniaria disuasiva también es pasible de críticas, ya que hace hincapié en una sola finalidad de la figura, la disuasiva.

Lo que sigue será considerar cuál es la finalidad de la multa civil en la Ley del Consumidor, y así poder determinar si se configura una finalidad válida y constitucional.

En respuesta, y siguiendo la Revista (2011; p.331) decimos que la multa civil contiene dos finalidades principales: “*el castigo y/o prevención. En puridad, el uso de la conjunción “y” y la disyunción “o” describe tres posibilidades: A) castigo, B) prevención, y C) castigo y prevención*”.

Por el art. 52 bis de la LDC, que reza “*...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...*”.

Encontramos aquí, que los parámetros esenciales para el ejercicio de la multa civil son “la gravedad del hecho” y “demás circunstancias del caso”. Junyent Bas y Garzino (2012), *“La consideración sobre la gravedad del hecho conlleva la necesidad de relacionar la conducta no solamente como un hecho grave, sino también, con la nota de indiferencia o desaprensión que transgrede las pautas de la moral media impuestas por la colectividad. De tal modo, aunque no necesariamente todo lo antisocial es antijurídico, la propia normativa considera ilícita la conducta que no tenga en cuenta la moral y las buenas costumbres, introduciendo un matriz subjetivo en la valoración del hecho que es visto no solo como <daño resarcible>, sino también, como “conducta disvaliosa” y esta última característica es la que habilita la multa civil. En ésta, cabe insistir, se encuentra siempre presente el factor de atribución subjetivo, por el menosprecio de los derechos de los consumidores y/o usuarios, y consecuentemente, su aplicación no deviene por imperio del art. 40 de la LDC, sino por la “suma injusticia” De la conducta que no resulta restañada por la indemnización, aunque sea plena e integral”*.

Así las cosas, y remitiéndonos a una renombrada jurisprudencia en la materia, en la sentenciaron fecha 27 de mayo de 2009, la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA). MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES, Sala 02, en los autos caratulados **"MACHINANDIARENA HERNANDEZ NICOLAS C/ TELEFONICA DE ARGENTINA S/ RECLAMO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES"** se ha expedido sobre la procedencia de los daños punitivos.

Los hechos fueron que una persona con discapacidad vio limitado su acceso al negocio de la Telefonía Argentina, considerando esta actitud como discriminatoria. La sola circunstancia de que el actor no haya podido acceder al local de la demandada porque el edificio no contaba con rampa o medio mecánico que permitiera el ingreso de quienes se movilizan en silla de ruedas, configura una clara omisión de cumplimiento de la normativa vigente que tiene como finalidad la supresión de todas aquellas barreras arquitectónicas que impidan a las personas con discapacidad motriz el ingreso a los edificios de uso público, y determina la procedencia de la indemnización del daño moral sufrido por el actor y la imposición de una multa en concepto de daño punitivo.

Así, el razonamiento de la sentencia ha sostenido: *“Ahora bien, para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más. En consecuencia, el daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos (Álvarez Larrondo, “Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361”, LL 2008-D, 58).*

A su vez, indicaron que *“Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob.cit.)”*

Finalizando el voto del juez, diciendo *“En esta última categoría –a mi criterio- se sitúa el supuesto bajo estudio: se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil (conf. art. 52 bis de la ley citada –t. o. ley 26.361-).”*

V. Fallos Teijeiro y Alú. Una comparación Jurisprudencial.

En este punto, pretendo detenernos en las discusiones trabadas en los tribunales argentinos, basándome en dos fallos paradigmáticos. Así veremos cómo

nuestros Tribunales han tomado distintos modos de considerar el instituto en cuestión.

Por un lado, contamos con el fallo del Tribunal Superior de Córdoba ha resuelto el tan polémico caso "Teijeiro o Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICAYG -abreviados- otros s/ primera instancia", donde redujo considerablemente el monto peticionado por la actora, a la luz de argumentos tales como la naturaleza jurídica del instituto, su finalidad y el factor de atribución requerido para su procedencia.

Por otro lado, contamos con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, en autos "Alú Patricio Alejandro c/ Banco Columbia S. A.", entendió que la multa civil no viola el art. 18 CN, y sostuvo que el daño punitivo es un desarrollo acorde al art.42 CN y, además, sin exigir, para su procedencia, requisitos adicionales a los previstos en el texto de la Ley 24.240.

Yendo al primero al de los fallos, el caso ha recorrido durante distintos tribunales de la provincia, durante un largo periodo de tiempo. En primera instancia, el juez civil y comercial entendió que procedía el pedido de la actora y le concedió lo peticionado. Por su parte, y al momento de resolver un recurso de apelación, la cámara considero lo opuesto, haciendo lugar parcialmente a la apelación, dejando sin efecto las condenas a indemnizar el daño moral y a pagar la multa civil del art. 52 bis. Por último, el Máximo Tribunal de la Provincia de Córdoba, después de realizar algunas consideraciones, insistió sobre la improcedencia de los daños punitivos en el caso concreto. Al menos en lo que considero que concierne a la problemática del presente trabajo de investigación, creo oportuno citar el razonamiento efectuado por la Cámara a fin de plasmar el eje central que ofrece la discusión doctrinaria al respecto.

Desde este punto de vista, la causa "Teijeiro o Teigeiro Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes", fue el primer caso relevante en el que se solicitó la imposición de una suma de dinero de entidad suficiente como para adquirir tal atención en la doctrina y operadores jurídicos. En este sentido, recordamos que en el caso, el Sr. Teijeiro demanda por daño material, moral y pide la aplicación del daño punitivo, en su carácter de consumidor de una gaseosa línea cola, por haber descubierto antes de consumirla un objeto flotando en su interior, el que consistió en un envoltorio de «gel íntimo», por lo que acciona contra la fábrica, distribuidora y comercializadora del producto.

Así, en primera instancia se hace lugar a la demanda, por los montos

solicitados en concepto de daño material y moral, como así también se condena a la Cervecería y Maltería Quilmes a abonar al actor \$ 2.000.000 en concepto de daño punitivo, con fundamento en el art. 52 bis de la LDC.

En consecuencia, la fábrica apela la resolución, la que finalmente es decidida, previa vista al Ministerio Público, por la Cámara Civil y Comercial de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, el día 17/4/2012.

De tal forma, en la Alzada se revoca la resolución de Primera Instancia y se admite parcialmente la demanda, condenando a la fábrica Cervecería y Maltería Quilmes S. A. a indemnizar al actor sólo por daño material, es decir, por el valor de la botella de gaseosa en sí misma, rechazando el daño moral, como así también la procedencia de la sanción pecuniaria disuasiva, por diversos argumentos que detallaremos a continuación.

Desde este punto de vista, el fallo abrió el debate sobre la aplicación del daño punitivo, en un supuesto concreto de especiales particularidades, por lo que corresponde adentrarnos en su análisis. Así, textualmente, la Cámara ha razonado: *“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.”* Y continúa diciendo en los párrafos sucesivos: *“Pero lo más importante y dirimente desde mi punto de vista es que esta "multa civil" tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio -de ahí la impropia denominación de "daños punitivos"- 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 (C.S.J.N. Fallos 203:399; 256:97; 282:193; 284:42; 289:336; 290:202; 295:195; 303:1548; 310:316), sea que se trate de "penas" penales, administrativas o civiles (cfr. Bueres, Alberto y Picasso, Sebastián, "La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos" en Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pag.59 y sgtes.). Por esas razones coincido con la doctrina que entiende que "para la procedencia de los llamados daños punitivos es necesaria la concurrencia de dos requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la*

culpa o la debida diligencia; se trata de conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; 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" (Galdós, Jorge Mario; Llamas Pombo, Eugenio; Mayo, Jorge A.; "Daños Punitivos"; La Ley 5/10/2011, 5).

Así las cosas, y según se desprende de la cita del fallo anteriormente presentada, los tribunales debieran de ejercer un control de constitucionalidad, al momento de analizar el instituto del daño punitivo, ya que tal como se desprende del razonamiento efectuado por la Cámara se debe exigir la presencia de dolo o culpa grave, como condición necesaria para que la sanción no viole el art. 18 CN.

Como vemos, comenzaría a presentarse una problemática teórica, doctrinaria, aunque con directas implicancias prácticas. La discusión en torno a la naturaleza del instituto de daños punitivos, y la consecuente discusión en torno al factor objetivo o subjetivo de atribución, tiene dos posturas divergentes entre sí. Así, el Superior Tribunal de Córdoba hace una distinción entre doctrina mayoritaria y minoritaria respecto de los requisitos de procedencia del daño punitivo, considerando mayoritaria aquella línea que exige la presencia de elementos subjetivos e, inclinándose, entonces, por esta última, al confirmar la sentencia de la Cámara en cuanto la negación de la procedencia del daño punitivo.

Como suele suceder, la discusión no es meramente doctrinaria sino, que nos encontramos con dos máximos tribunales provinciales del país con distintas posturas en torno a la procedencia de los daños punitivos. Así, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, en autos "Alú Patricio Alejandro c/ Banco Columbia S. A.", Corte Suprema de Justicia de San Miguel de Tucumán; entendió que la multa civil no viola el art. 18 CN, y sostuvo que el daño punitivo es un desarrollo acorde al art.42 CN y, además, sin exigir, para su procedencia, requisitos adicionales a los previstos en el texto de la Ley 24.240.

“La ilicitud en el derecho en general tiene dos derivaciones posibles, la punibilidad y el resarcimiento. El ilícito penal es retributivo y está condicionado por la tipicidad, sin la cual no puede haber ilicitud. Debe configurarse el tipo penal para que pueda aplicarse la pena prevista en la norma. Por su parte el ilícito civil es en principio resarcitorio, el presupuesto de la responsabilidad civil prescinde de la tipicidad y se basa en tres pilares: el principio “Alterum non laedere” que impone la obligación de

no dañar al otro, el nexo de causalidad entre el comportamiento del demandado y el daño invocado y por último en el criterio de imputación de responsabilidad (negligencia, culpa, dolo, riesgo o ex lege)”.

Esto ha motivado al legislador a “publicar” en alguna medida el derecho privado en algunos sectores, tales como la hoy denominada “relación de consumo” y a incluir sanciones que pueden aplicarse a una de las partes de esta relación, pero desde los presupuestos civiles de responsabilidad. Lo expuesto justifica la regulación específica del instituto del daño punitivo, constituyendo un desarrollo acorde a lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional que establece que: “*Los consumidores y usuarios 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, y a condiciones de trato equitativo y digno*”. En consecuencia, no asiste razón al recurrente en casación cuando impugna la constitucionalidad del “Daño Punitivo”.

CAPITULO CUARTO

FACTOR DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PUNITIVOS

I. Introducción

El factor de atribución es un concepto teórico normativo que pretende dilucidar qué criterio se requiere al momento de hacer proceder la responsabilidad de un agente por el daño causado. A esta altura, el presente trabajo pretende conceptualizar el factor de atribución subjetivo y objetivo, sus diferencias e implicancias prácticas.

Como hemos presentado en el capítulo anterior, los tribunales de Córdoba han resuelto el caso “Teijeiro”, donde – en primera- se hizo lugar a los daños punitivos mientras que al momento de resolver un recurso de apelación, la cámara considero lo opuesto, haciendo lugar parcialmente a la apelación, dejando sin efecto las condenas a indemnizar el daño moral y a pagar la multa civil del art. 52 bis. Por último, el T.SJ, después de realizar algunas consideraciones, insistió sobre la improcedencia de los daños punitivos en el caso concreto. Al menos en lo que considero que concierne a la problemática del presente trabajo de investigación, creo oportuno citar el razonamiento efectuado por la Cámara a fin de plasmar el eje central que ofrece la discusión doctrinaria al respecto.

Así, y tal como ya lo hemos expuesto, la Cámara ha razonado: *“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.”* Traemos nuevamente aquí este párrafo, a los efectos de una ordenada presentación de la problemática.

Como vemos, comenzaría a presentarse una problemática teórica, doctrinaria, aunque con directas implicancias prácticas. La discusión en torno a la naturaleza del instituto de daños punitivos, y la consecuente discusión en torno al factor

objetivo o subjetivo de atribución, tiene dos posturas divergentes entre sí. Así, el Superior Tribunal de Córdoba hace una distinción entre doctrina mayoritaria y minoritaria respecto de los requisitos de procedencia del daño punitivo, considerando mayoritaria aquella línea que exige la presencia de elementos subjetivos e, inclinándose, entonces, por esta última, al confirmar la sentencia de la Cámara en cuanto la negación de la procedencia del daño punitivo.

Como suele suceder, la discusión no es meramente doctrinaria sino, que nos encontramos con dos máximos tribunales provinciales del país con distintas posturas en torno a la procedencia de los daños punitivos.

Así, y como ya se mostró con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, en autos "Alú Patricio Alejandro c/ Banco Columbia S. A.", Corte Suprema de Justicia de San Miguel de Tucumán; entendió que la multa civil no viola el art. 18 CN, y sostuvo que el daño punitivo es un desarrollo acorde al art.42 CN y, además, sin exigir, para su procedencia, requisitos adicionales a los previstos en el texto de la Ley 24.240.

Por último, cabe resaltar que la doctrina se encuentra dividida en este punto ya que autores de la talla de Jorge Mosset Iturraspe (2011) defiende la tesis según la cual basta la responsabilidad objetiva del art. 40 L.D.C. para la procedencia de la multa civil, apoyándose en que el citado art. 52 bis no hace referencia alguna a la culpa o el dolo y que únicamente hay una referencia a la "gravedad del hecho" con relación a la graduación de la sanción; mientras que hay quienes que consideran imprescindible el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia.

II. Factor de atribución. Nociones

Podemos definir al factor de atribución, siguiendo las líneas de Pizarro y Vallespinos (2014; p. 153), como *“el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona”*.

Recurriendo al plexo normativo, el art. 1721 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación lo contiene y clasifica. *"Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa."*

Bueres (2015) comenta el citado artículo, *"puede basarse en factores objetivos o subjetivos, estableciendo como norma residual que, ante la ausencia de la ley, el factor de atribución es la culpa... La culpa reviste el carácter de norma implícita solo en caso de silencio de la normativa, imposibilidad de aplicar la analogía o de laguna acerca del factor de atribución. Se nombran en primer término los factores objetivos por ser de los mayores en cantidad, factores que incluso pueden extraerse por interpretación restrictiva"*.

Notamos de lo expuesto anteriormente que los factores de atribución se clasifican en subjetivos (Art. 1724 CCCN) y objetivos (Art. 1722 CCCN), teniendo ambos la misma jerarquía, salvo en caso de silencio de la normativa, caso en el que se impondrá la culpa.

Además, el artículo los enumera, diciendo que los factores subjetivos son el dolo y la culpa; y los objetivos, entre los más importantes, son el riesgo creado, la garantía, el deber calificado de seguridad y la equidad. Veremos seguidamente con más detalle cada uno de ellos.

a. Factor de atribución subjetivo

Como ya adelanté, los factores subjetivos son el dolo y la culpa, pasaremos ahora a analizarlos en detalle.

Siguiendo a Pizarro y Vallespinos, (2014; p. 156) podemos sostener que *"ambos casos necesitan que el agente sea el autor material del ilícito, y la causa inteligente y libre de ese comportamiento. Es decir, que se necesita de una doble imputabilidad"*. La necesidad de la imputabilidad de primer grado, asentada sobre la voluntariedad del acto, es decir, requiere determinar previamente si el agente ha actuado con intención, discernimiento y libertad. Una vez configurada ésta, es viable formular la

de segundo grado; que pone acento en la reprochabilidad de la conducta del agente, y que se puede presentar bajo la forma de culpa o dolo.

Por su parte, el Artículo 1724 del Código Civil y Comercial, sostiene: *“Factores subjetivos: son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.”*

Bueres (2015; p. 166) comenta el artículo citado ut supra: *“se añade que comprende además de la imprudencia y la negligencia, “la impericia en el arte y profesión...”*, se adopta así una definición ampliamente conocida en la doctrina y se asemeja más aun al código penal que se refiere no solo a la imprudencia y a la negligencia, sino también, a la impericia en su arte y profesión, lo que demuestra que siempre tuvieron en ambas ramas los mismos elementos”. Según la norma el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia de los intereses ajenos. Y también, el citado autor refiere *“Este concepto comprende no solo el dolo obligacional, sino al dolo eventual, (“con manifiesta indiferencia por lo intereses ajenos”). La responsabilidad subjetiva se aplica al daño causado por el incumplimiento obligacional propio o por daño no justificado (art. 1749), al encubrimiento (1752) en la responsabilidad de las profesiones liberales (1768) en la intromisión de la vida privadas (1770), por acusación calumniosa (1771), etcétera. (p. 166)*

Analizaremos brevemente cada uno de ellos, pretendiendo la explicación y el manejo de cada concepto de la mano de Pizarro y Vallespinos (2014; p. 157).

Comenzaremos por el análisis del dolo. Éste tiene tres acepciones distintas en nuestro derecho; como vicio de la voluntad, como elemento del delito y el dolo en el incumplimiento obligacional.

i. Como vicio de la voluntad es *“...toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto...”* (art. 271 CCCN).

ii. Como elemento del delito o dolo delictual se hace referencia a la intención de dañar la persona o los derechos de otro. (“...a sabiendas, con intención de dañar la persona o los derechos de otro...” Art. 1072 Código Civil derogado).

iii. El dolo en el incumplimiento obligacional consiste en no cumplir deliberadamente, pudiendo cumplir. Para su configuración no es menester la intención de causar daño al acreedor.

Por su parte, y siguiendo con los autores (2014; p. 162 y 163) para que se configure la culpa necesitamos que estén presentes dos requisitos: la omisión de realizar la conducta que exige la naturaleza de la obligación y la ausencia de propósito deliberado de incumplir o de causar un daño. El artículo que la contiene, notamos que puede manifestarse como negligencia, imprudencia o impericia.

i. Negligencia: “Consiste en no prever lo que era previsible, o habiéndolo hecho, en no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño” (Art. 512 código Civil derogado). Es decir, no se toman las debidas precauciones; es la conducta omisiva de la actividad que hubiera evitado el resultado, se hace menos de lo que se debe o no hizo lo que se debía hacer.

ii. Imprudencia: “es una conducta positiva, precipitada o irreflexiva, que es llevada a cabo sin prever sus consecuencias”. La acción que se ejecutó de manera precipitada, no adecuada, prematura o irreflexiva. Es decir, requiere de la falta de precaución ya que se hace más de lo que debe.

iii. Impericia: es “la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte.” La impericia importa desconocer las reglas propias del arte, ciencia o profesión. Se actúa con incapacidad técnica, apartándose del estándar del comportamiento medio del buen profesional. Por ejemplo, un conductor profesional que infringe las normas de tránsito esenciales.

b. Factor de atribución objetivo.

En cuanto al factor de atribución bajo criterio objetivo, podemos empezar por citar el Artículo 1722 de nuestro Código, en cual sostiene: “Factor objetivo. El

factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.”

Siguiendo las líneas de Pizarro y Vallespinos (2014, pág. 172) ... “*son aquellos que se caracterizan por fundar la atribución del incumplimiento obligacional y responsabilidad que de él deriva o la responsabilidad que emerge de hechos ilícitos strictu sensu, en parámetros objetivos de imputación, con total abstracción de la idea de culpabilidad...*”

Por su parte, Bueres (2015) sostiene: “*el factor es objetivo cuando la culpa es irrelevante, como sucede con la equidad el vicio o riesgo, garantía, abuso del derecho o exceso de la normal tolerancia entre vecinos, liberándose el responsable demostrando la causa ajena (culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responder o caso fortuito) excepto cuando la ley disponga lo contrario”.*

Es entonces como, tanto de la definición brindada por la doctrina y por el nuevo código, el factor de atribución de objetivo es claramente diverso al subjetivo. A modo de síntesis, por factor objetivo debemos considerar que la intención del agente no tiene peso ni importancia.

Podemos realizar una clasificación de los factores objetivos de atribución, para lo que abordaré los artículos correspondientes del plexo normativo con sus respectivos comentarios, a fin de darle profundidad al tema.

I. El factor riesgo o vicio de las cosas y las actividades riesgosas o peligrosas. “*Artículo 1757: Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención*”. Esta norma tiene correlato con el Art. 1113 del Código Civil Argentino, que establecía como supuestos la responsabilidad del comitente por los hechos de su dependiente, la derivada de los daños causados y la que corresponde al riesgo o vicio de las cosas. Expresa Bueres (2015), que el CCCN, elimina el denominado “daño con la cosa”, quedando dos supuestos, a saber: riesgo o

vicio de las cosas y riesgo de actividad o actividad riesgosa o peligrosa, tal como lo indica la norma bajo análisis; y fija el factor de atribución, que es eminentemente objetivo. El Artículo 1757 in fine, establece como causal de eximición la “causa ajena” (hecho de la víctima, de un tercero por quien no se debe responder, y el caso fortuito o fuerza mayor).

Por su parte, el Artículo 1758 nos habla de los sujetos responsables, diciendo: *“El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.”* Define la figura del guardián como aquel que usa, utiliza, se sirve u obtiene un provecho de la cosa. Es muy importante notar, como dice el autor (2015) que: aquí se obliga a ambos responsables (propietario y guardián) en forma conjunta y concurrente; y que dispone que, en el caso de riesgo de actividad, que los responsables son el operador o quien la realiza, y el que se sirve u obtiene provecho de dicha actividad. Es decir, que sigue siendo el guardián quien tiene la carga de estar obligado como consecuencia de la guarda material, jurídica o de provecho. Para concluir, la eximente de responsabilidad se configura cuando la cosa fuera utilizada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

Por último, parece necesario remitirse al artículo 1733 del Código, en cuanto reza: *“Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad”*. Aquí Bueres (2015), cita como ejemplos para explicar la norma dos casos, tales son: *“el hotelero, que solo se exonera si el caso fortuito o fuerza mayor es ajeno a la actividad hotelera; el comodatario responde salvo que pruebe que igualmente habrían ocurrido si la cosa estaba en poder del comodante”*. (p. 170)

II. Factor equidad (1742, 1750): *“Artículo 1742: Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en*

función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.” Bueres (2015) Esta norma consagra una excepción al principio general de plenitud de la reparación plena, autorizando al juez a atenuar la obligación resarcitoria, encontrando como fundamento aquí la equidad (componente de la justicia humana), valorando la situación patrimonial del deudor; no siendo aplicable en caso de dolo (ya que no puede premiarse a quien a sabiendas y con intención produce un daño a otro).

Por su parte, el artículo 1750 sostiene: *“Daños causados por actos involuntarios. El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742. El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza”*.

Sigue el autor (2015; p. 181), *“la responsabilidad alcanza a los actos involuntarios dañosos (también a las omisiones). Habría una distinción, no obstante, que entre los actos involuntarios están aquellos hechos sin libertad por estar viciados por una fuerza irresistible. Por un lado, en los actos involuntarios donde estén afectados el discernimiento o la intención, se responde por razones de equidad atenuando el juez la indemnización. Pero si el acto se debió a una fuerza irresistible, no genera responsabilidad para su autor”*.

III. El factor garantía. Comenzar por el artículo 1753, parece oportuno. El sostiene: *“Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.”* Bueres (2015) Se plasma aquí, la necesidad de garantizar a los terceros por la acción dañosa de la persona que actúa a nombre o interés de otro. La responsabilidad que recae sobre el dependiente es directa y la del principal es objetiva (factor garantía).

Por su parte, el artículo 1723, refiere a la responsabilidad objetiva y reza: *“Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”*. Este artículo concuerda con el 1768, que veremos a continuación.

Por último, contamos con otro articulado del plexo normativo civil: *“Artículo 1768: Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”*. La regla es que la responsabilidad es objetiva, salvo que se halle comprometido un resultado concreto.

IV. Responsabilidad del grupo en actividades peligrosas y en caso de autoría anónima. *Artículo 1762: Actividad peligrosa de un grupo. Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo. Y el artículo 1761: Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción.* Vemos aquí las variantes de responsabilidad, según el autor del daño sea identificado o no, dentro de un grupo. En caso de la no identificación serán solidariamente responsables los integrantes, en cambio, podrán liberarse aquellos que demuestren que no participaron en la causación del daño. dice Bueres (2015; p. 190) *“el centro está dado en el peligro por la participación en el grupo (barras bravas, ataques llamados pirañas, por patotas, patovicas, etc.) y fundamentalmente evita que se diluya la indemnización a la víctima mediante la identificación como autor a un insolvente”*.

V. Dueño u ocupante de un edificio por cosas arrojadas o caídas. *“Artículo 1760: Cosa suspendida o arrojada. Si de una parte de un edificio cae una cosa, o si ésta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Sólo se libera quien demuestre que no participó en su producción”*. Este es un supuesto de responsabilidad colectiva, cuando no se sabe quién arrojó la cosa o de dónde provino.

VI. Daño causado por animales. *“Artículo 1759: Daño causado por animales. El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda*

comprendido en el artículo 1757".Éste último es el que establece el régimen de hecho de las cosas y actividades riesgosas, analizado anteriormente.

VII. Daños derivados de accidentes de tránsito. *"Artículo 1769.- Accidentes de tránsito. Los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos"*. Aquí, nos remite a los artículos 1757 y 1758.

VIII. De los padres, tutores, curadores y encargados de los menores e incapaces. *"Artículo 1754: Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos"*. Es determinante que estén bajo la responsabilidad parental y que habiten los hijos con sus padres. Y no descarta la responsabilidad personal y concurrente de los hijos, *"Artículo 1755: Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos"*. Por otro lado, el Artículo 1756 sostiene: *"Otras personas encargadas. Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control"*. Aquí equipara la responsabilidad de las personas encargadas a la de los padres, con una salvación, cuando les ha sido imposible evitar el daño. Por su parte, el artículo in fine, responsabiliza por negligencia a los establecimientos nombrados.

IX. De los titulares de establecimientos educativos. *“Artículo 1777: Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal. Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil. Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil”*. Dice Bueres (2015, p. 198) *“es claro y contundente ante la inexistencia del hecho o de autoría, hace cosa juzgada en el proceso civil, en cambio ante la inexistencia de delito penal, o de responsabilidad penal, no”*.

X. El exceso de la normal tolerancia entre vecinos. *“Artículo 1973: Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción”*. Seguimos al autor (2015) y vemos que la norma se ocupa de las inmisiones indirectas – se originan en el fundo propio y se propagan al inmueble ajeno-. Entiende también que se trata de una enumeración enunciativa, no taxativa. Y con respecto a la normal tolerancia establecida en la norma, se entiende que debe ser una perturbación con entidad suficiente como para incomodar o impedir una convivencia pacífica.

XI. El abuso del derecho. *“Artículo 10: Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho*

anterior y fijar una indemnización". Dice Bueres (2015) que se capta un criterio objetivo para definir al abuso del derecho, el cual solo será considerado cuando abusivo cuando contraría los fines de la ley o violenta la buena fe, moral o buenas costumbres. Le otorga también al juez facultades para solucionar y remediar los efectos del acto abusivo. Todo esto es consistente con el hecho de que el abuso del derecho es un factor de atribución objetivo de responsabilidad.

Nos dice el artículo 11 del CCCN: "*Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales*". Siguiendo al autor (2015; p. 73), "*el abuso de posición dominante es un género de la especie abuso de derecho. Se entiende que hay abuso de posición dominante cuando una empresa o persona tiene tal tamaño o importancia en un mercado que ello le permite manejarse en el mismo sin tener en cuenta a los competidores, proveedores o clientes*". Lo que caracteriza a esta posición dominante, es su utilización para perjudicar a los usuarios o proveedores. El perjuicio debe ser incausado, ilegal o irrazonable.

III. La prueba en torno al factor de atribución

Cuando hablamos de la prueba del dolo –factor subjetivo de atribución-, decimos que el dolo no se presume. Pizarro y Vallespinos (2014, p. 158) "*La carga de su prueba pesa siempre sobre quien alega su existencia, quien debe aportar elementos que lleven al juzgador a una convicción segura al respecto*".

Pasando ahora a la culpa –factor subjetivo de atribución- debemos hacer una distinción, según se trate del ámbito contractual –obligacional- o extracontractual. Siguiendo a estos mismos autores (2014; p. 169 y 170) "*en la órbita extracontractual rige el principio conforme al cual quien pretende el derecho a la indemnización derivado de un acto ilícito, debe acreditar todos los extremos que constituyen dicha relación jurídica (antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución). En*

consecuencia, como regla, la culpa no se presume y debe ser probada por quien alega su existencia”.

Pasando ahora a la prueba en el ámbito contractual, resulta imperativo distinguir las obligaciones de medio de las de resultado. *“En las obligaciones de medio el factor de atribución es subjetivo y basado en la idea de culpabilidad. Conforme a la doctrina tradicional, la carga de la prueba de dicho elemento subjetivo recae, en principio sobre el acreedor (damnificado) ”.* En cambio, en las obligaciones de resultado *“se presume la responsabilidad del deudor a partir de la no obtención del resultado, debiendo este para liberarse, acreditar la ruptura del nexo causal. Con respecto a la prueba de la culpa, cabe inferir la siguiente conclusión: cuando la responsabilidad por culpa aparece presumida debe alcanzar al sindicado como responsable, para liberarse, con probar que de su parte no hubo culpa. Con acreditar que obró diligentemente, y con mayor razón, si demuestra la falta de imputación de primer grado, presupuesto indispensable para que pueda configurarse el juicio de reproche.*

IV. Factor de atribución en el daño punitivo

Junyent Bas y- Garzino (2012) sostienen que cuando la conducta del proveedor sea contraria a la ley o a las buenas costumbres, o perjudique los derechos de un tercero, cae bajo la sanción de abusividad en el ejercicio del derecho, que regula expresamente el art. 1071 bis del Código Civil. Es por ello que parece lógico que la multa civil entre en vigor como herramienta aplicable al dañador. Ahora bien, la multa civil tiene como presupuesto el análisis subjetivo de la conducta del dañador.

Por su parte, y en cuanto al art. 52 de la LDC, se sigue que en la gravedad del hecho converge el elemento objetivo o fáctico propiamente dicho, con el proceder del proveedor, dependería de ambos tipos de reproches.

Así, por ejemplo, el caso "Machinandiarena", desarrollado en capítulos anteriores, en donde la condena se debió a la falta de colocación de accesos para discapacitados, de manera tal que la gravedad se configuraba no solamente por la

discriminación entre seres humanos de capacidades diferentes, es decir, el hecho objetivo dañoso, sino también por el carácter desaprensivo de la conducta de la demandada y el impacto social que dicho comportamiento genera, configurándose el aspecto subjetivo de la figura.

Este criterio desarrollado también en el caso "Teijeiro".

De tal modo, debe entenderse que el actual art. 52 bis de la LDC, al exigir una conducta antisocial y disvaliosa, atento a la gravedad del hecho punible, requiere la "grave indiferencia por los intereses ajenos", es decir, contiene el reproche a la conducta del agente como factor de atribución subjetivo, apartándose del régimen general del art. 40.

En una palabra, los críticos de "Teijeiro" no advierten adecuadamente las diferencias entre los daños propiamente dichos, es decir, la función resarcitoria de la responsabilidad, y el llamado daño punitivo como multa que articula una alternativa de punición que hace a las funciones sancionatorias y disuasorias de esta figura. Este aspecto, ha sido claramente explicado por Alterini (2008) cuando puntualiza que "*para fijar el monto de la multa habría sido preferible considerar puntualmente no solamente la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, sino también el perjuicio resultante de la infracción, la posición en el mercado del proveedor, el grado de intencionalidad y su generalización*". (Citado en Junyent Bas y Garzino, 2012). De tal modo, el conocido jurista puntualmente pone de relieve que, en el daño punitivo, existe un factor de atribución subjetivo pues, para la aplicación del daño punitivo se analizará el "grado de intencionalidad y su generalización" del hecho reprochable al proveedor.

Dicho esto, pareciera, entonces, que surge del análisis de la norma en el sentido de que las condiciones de procedencia de los daños punitivos quedan reducidas a que el proveedor incumpla sus obligaciones, medie o no dolo o culpa del proveedor, constituye una lectura parcial del texto legal.

Ahora bien, caer en sostener que proceden los daños punitivos cuando existe factor de atribución subjetivo de reproche, tiene directas implicancias prácticas. Así las cosas, estaría el consumidor obligado a probar el dolo por parte del proveedor, con las serias dificultades que ello trae aparejado.

Bajo esta advertencia, deberíamos de pensar cuál es el fundamento del instituto de daños punitivos. Como bien se ha dicho en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, se constata que la intención es brindar una herramienta protectora a los consumidores por su exclusiva posición de vulnerabilidad a la que se encuentran sometidos. En consonancia con la finalidad del instituto, y como parámetro interpretativo del mismo, podríamos sostener que – en realidad- hacer jugar criterios objetivos para la procedencia del instituto parece más acertado.

Si consideramos la asimetría existente en la relación de consumo, por un lado, y la consagración del 52 bis en cuanto sostiene que el proveedor que incumpla sus obligaciones legales o contractuales es merecedor de daños punitivos, parece que son argumentos de peso para sostener que el instituto procede en razón de un criterio objetivo de atribución. Por su parte, y tal como se ha sostenido, nuestro derecho civil, en su artículo 10, consagra el abuso de derecho y nos dice “... *El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”. Dice Bueres (2015) que se capta un criterio objetivo para definir al abuso del derecho, el cual solo será considerado cuando abusivo cuando contraríe los fines de la ley o violente la buena fe, moral o buenas costumbres.

CONCLUSION

En el presente trabajo de investigación, propusimos realizar un acabado análisis del instituto de *daños punitivos* incorporado en la última modificación de la ley de Defensa al Consumidor – 24.240 (en adelante, L.D.C.). A la luz de esta propuesta, en el capítulo primero, creímos oportuno comenzar por analizar el marco normativo legal vigente en la República Argentina, cuestionando los principios y reglas que regulan la práctica del consumo. Analizaremos, entonces, la normativa constitucional e infra constitucional, con el objetivo de lograr una ubicación jurídica normativa del instituto. Así las cosas, presenté los fundamentos constitucionales que inspiran la justificación normativa de la incorporación del instituto, reconociendo que sirve como herramienta fundamental para la protección del consumidor.

En cuanto a la específica función de la Ley, priorizamos por dar razones de por qué es necesaria la protección al consumidor. Por su parte, luego de definir lo que es el derecho al consumo, presentamos las relaciones jurídicas entre los consumidores y proveedores, conceptualizando cada uno de los sujetos implicados en dicha relación.

Una vez logrado un panorama general de donde surgió el contexto e implicancias de la protección al consumidor, se abordó la lógica del instituto de daños punitivos. Reconociendo que la figura es importada del derecho anglosajón, se presentó una comparación con aquel derecho, indagando las razones que han tenido los legisladores argentinos para traer el instituto a nuestro orden jurídico.

Luego, en el segundo capítulo se trató la reforma llevada a cabo en el año 2008, con la ley 26.361, siendo que ésta introduce cambios y nuevas figuras a lo largo de la ley, entre ellas, el daño punitivo; consagrado en su artículo 52 bis. Como se ha dicho, los daños punitivos son según Pizarro y Vallespinos (2000; p.374) “*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 está destinado a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro*”.

Aunque los daños punitivos son un instituto creado por la Ley de Defensa al Consumidor no obsta que deba ser complementada con el Código Civil y Comercial de la Nación, a efectos de dar una acabada comprensión de su procedencia. Así es como, el

capítulo también implicó definir daño civil, y los distintos tipos de daños (moral, patrimonial, etc.). Luego, se analizaron los requisitos para la procedencia de los daños punitivos específicamente, así como la legitimación activa y pasiva en cuanto a la acción.

En el tercer capítulo se llevó a cabo la discusión doctrinaria acerca de la naturaleza jurídica de los Daños Punitivos. Entendiendo ésta como la esencia de los institutos jurídicos, aquella que hace que sean eso y no otra cosa. Nos permite entender el significado de ellos y el sentido de estructura de los mismos, es decir modo en como son configurados como obra del derecho.

Así, se mostraron distintas jurisprudencias que han considerado la discusión en cuestión. En primer lugar, presentamos el razonamiento del fallo "MACHINANDIARENA HERNANDEZ NICOLAS C/ TELEFONICA DE ARGENTINA S/ RECLAMO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES", en pos de mostrar la procedencia del instituto en un fallo particular, con las consecuentes aclaraciones que se ha hecho en torno a su justificación.

Por su parte, el Tribunal Superior de Córdoba ha resuelto el tan polémico caso "TEIJEIRO O TEIGEIRO LUIS MARIANO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES SAICAYG -ABREVIADOS- OTROS S/ PRIMERA INSTANCIA Y SEGUNDA INSTANCIA"; donde se redujo considerablemente el monto peticionado por la actora, a la luz de argumentos tales como la naturaleza jurídica del instituto, su finalidad y el factor de atribución requerido para su procedencia.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, en autos "Alú Patricio Alejandro c/ Banco Columbia S. A.", entendió que la multa civil no viola el art. 18 CN, y sostuvo que el daño punitivo es un desarrollo acorde al art.42 CN y, además, sin exigir, para su procedencia, requisitos adicionales a los previstos en el texto de la Ley 24.240.

En último lugar, el cuarto capítulo trató el factor de atribución. Éste es un concepto teórico normativo que pretende dilucidar qué criterio se requiere al momento de hacer proceder la responsabilidad de un agente por el daño causado. Es el elemento valorativo que le permite al ordenamiento jurídico atribuirle las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito a una persona determinada; los

factores de atribución pueden ser subjetivos –culpa y dolo- u objetivos. Dentro del primer grupo, como vimos, la culpa consistirá en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Por su parte, el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Por el contrario, quedará configurado el factor de atribución objetivo, con total abstracción de la idea de culpabilidad, liberándose el responsable demostrando la causa ajena (culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responder o caso fortuito).

Una vez conceptualizado y clasificado el factor de atribución en la materia civil, descendimos hacia las consideraciones relativas a los Daños Punitivos. Acorde con la finalidad de éste instituto, que como hemos venido poniendo de manifiesto, se funda en la protección al consumidor, debido a la posición vulnerable que éste ocupa frente al proveedor en las relaciones de consumo, es que considero trascendente interpretar su procedencia bajo parámetros objetivos de atribución, para así, quitar de la cabeza del consumidor la carga de la prueba. No resultando esto menor, ya que de lo contrario, se encontraría obligado a probar el dolo o la culpa emergente del proveedor.

Ya que en el presente trabajo, se abordaron las inagotables discusiones doctrinarias en torno al instituto del daño punitivo, su finalidad e implicancias prácticas, focalizándome en **la dicotomía sobre su naturaleza jurídica y el factor de atribución para su procedencia**, observando un punto de investigación proclive a generar algunas articulaciones útiles al momento de abordar el instituto. Espero haber logrado esbozar razones de peso, argumentando en torno a la naturaleza civil del instituto y la atribución de responsabilidad bajo criterios de atribución objetivos, dispensando del dolo y la negligencia, mostrando los serios conflictos probatorios que trae aparejada esta última versión de la doctrina.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Brodsky, Jonathan (2012) Lecciones y Ensayos, Nro. 90, M, *Daño Punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores.*, Buenos Aires.

Bueres, Alberto J. (2015) Código Civil Y comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. 1ra ed., 6ta reimpr., Hammurabi, Buenos Aires.

Bustamante Alsina, Jorge. (1994). Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil, en L. L.

Diario de Sesiones, Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, t. VI.

Germán J. Bidart Campos (2008) Compendio de Derecho Constitucional. 1ª ed., 1ªreimp.- Buenos Aires: Ediar.

Irigoyen Testa, Matías, 2009. ¿Cuándo el juez puede y cuando debe condenar por daños punitivos?, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, t. 5, Córdoba.

Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, (2011-2), Revista de Derecho de Daños. Daño Punitivo/ dirigido por- 1ª ed. – Santa Fe. Ed: Rubinzal-Culzoni

Junyent Bas, Francisco y Garzino, María Constanza (2011), Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino. La Ley, Diario Jurídico. Recuperado el 19 de diciembre del 2011 en www.laleyonline.com.ar.

Junyent Bas, Francisco y Garzino, María Constanza (2012). El factor de atribución necesario para la aplicación del daño punitivo. Recuperado el 28 de noviembre de 2012 en www.microjuris.com

López Alfonsín Marcelo (2009) La hoja online. Nro. 212. Publicación del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Recuperado el 25 de Noviembre de 2008 <http://www.colabogados.org.ar/la-hoja/articulo.php?id=106>.

López Herrera, Edgardo (2008). Los daños punitivos, Abeledo-Perrot. Buenos Aires

Moisset de Espanés, Luis (2004), Curso de Obligaciones, T. 1, 3ª ed., Editorial Zavalia, Buenos Aires.

Pablo Bagalá (2015). Apuntes sobre el derecho de consumo en el Código Civil y Comercial argentino. Repaso de las cláusulas abusivas. Recuperado el 2 de julio del 2015 de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/07/Doctrina1409.pdf>

Picasso, Sebastián. (2009) Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada. La Ley, Buenos Aires.

Pizarro, Ramón D. (2000), Daño Moral, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G. (2004) Obligaciones Tomo I. Editorial Hammurabi SRL. Buenos Aires.

Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G. (2014) Compendio de derecho de daños. Edición: 1. Ed. Hammurabi.- Buenos Aires.

Pizarro, Ramón D. (1993). Daños Punitivos, en Derecho de Daños, 2da parte. La Rocca, Buenos Aires.

Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. (1999) Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, t. 2. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

Sagués, Néstor Pedro (2007). Manual de Derecho Constitucional. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires.

Sánchez Costa, Pablo. (2009). Los daños punitivos y su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor.

Sandoval, Carlos Molina. (2008) Derecho de Consumo, Edición: 1. Ed. Advocatus. Córdoba.

Tinti, Guillermo P. y Calderón, Maximiliano R., (2011) *Derecho del consumidor. Ley 24.240 con las modificaciones de la ley 26.361*, 3ª edición, Alveroni Ediciones, Córdoba.

Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., (2004), Tratado de la Responsabilidad Civil, t. 1, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires.

Trigo Represas, Félix. (1995). Daños punitivos, en Alterini y López Cabana, la

responsabilidad, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Urruti, Leonardo A. (2014), La sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Su eliminación con la media sanción del Senado. Perspectivas. Recuperado el 7 de febrero de 2014 en www.microjutriss.com

Legislación

Código Civil derogado

Código Civil y Comercial de la Nación

Constitución Nacional de la República Argentina

Ley de Defensa del Consumidor 24.240

Jurisprudencia

"ALÚ PATRICIO ALEJANDRO C/ BANCO COLUMBIA S. A." Corte Suprema de Justicia de San Miguel de Tucumán.

"MACHINANDIARENA HERNANDEZ NICOLAS C/ TELEFONICA DE ARGENTINA S/ RECLAMO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES"

"TEIJEIRO (O) TEIGEIRO LUIS MARIANO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES SAICAYG S/ ABREVIADO - OTROS - RECURSO DE CASACIÓN (Expte. 1.639.507/36 - t. 14/12)". Recuperado el 15 de abril de 2014, en www.microjuris.com. Cita: MJJ85415.

"TEIJEIRO O TEIGEIRO LUIS MARIANO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES SAICAYG -ABREVIADOS- OTROS S/ PRIMERA INSTANCIA", Recuperado en <http://ar.microjuris.com/getContent?reference=MJJ66743>. Y segunda instancia: <http://ar.microjuris.com/getContent?reference=MJJ71797>.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACION



AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Scotti, Shirley S.
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	35636860
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El instituto de daños punitivos. La discusión teórica en torno a su naturaleza jurídica y factor de atribución.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Scottishirley@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar Fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifique
la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.