



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21
ABOGACÍA

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN
PROYECTO DE INVESTIGACION APLICADA

El factor de atribución de los daños punitivos.

Autora: Gabriela Alejandra Navarro Gómez.

Legajo N°: ABG03441

Año: 2017

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo general determinar cuál es el factor de atribución requerido para la aplicación de los denominados daños punitivos. Los daños punitivos exceden la simple compensación y tienen una finalidad preventiva y punitiva. La cuestión problemática gira en torno a determinar si para la imputación de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor bastará con acreditar el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales del proveedor; o si, por el contrario, se requerirá un factor de atribución de tipo subjetivo agravado o calificado. A los fines de responder el interrogante un sector minoritario de la doctrina sostiene que el factor de atribución es objetivo y basado en el riesgo de obrar o de la actividad económica; mientras que un sector mayoritario sostiene que la solución más ajustada a derecho requiere de una interpretación integradora y sistemática de la norma por lo que se requiere de una particular subjetividad en el obrar. El tipo de factor de atribución determinará el esfuerzo probatorio requerido a los fines de que el juez aprecie la conveniencia de la aplicación de la multa en el caso en concreto.

Palabras claves: daño punitivo, factor de atribución, función punitiva, factor de atribución subjetivo, multa civil.

Abstract

This paper aims at determining the attribution factor required for the application of the so called punitive damages. Punitive damages exceed simple compensation and they have a preventive and punitive purpose. The problematic issue revolves around determining whether proving that the provider's statutory and contractual obligations have not been satisfied shall be enough for assessing the civil fine established in article 52 bis of the Consumer Protection Act, or if, on the contrary, an attribution factor of a subjective type, either aggravated or qualified, will be required. In response to this conundrum, while a small sector maintains that the attribution factor is objective and based on the risk of proceeding or the economic activity, the majority claims that the most lawful solution needs a comprehensive and systematic interpretation of the rule; thus, a particular subjectivity when proceeding is required. The type of attribution factor shall determine the probationary effort necessary for the judge to consider the convenience of imposing the fine in a definite case.

Key words: punitive damages, exemplary damages, attribution factor, punitive purpose, civil fine.

Índice

Introducción General	8
Capítulo 1. Responsabilidad por Daños	12
1.1. Introducción	12
1.2. Concepto	12
1.3. Cuestiones Terminológicas	13
1.3.1. Responsabilidad Civil	13
1.3.2. Derecho de Daños	14
1.3.3. Responsabilidad por Daños.....	14
1.4. Funciones de la Responsabilidad por Daños	15
1.4.1. Función preventiva.....	15
1.4.1.1. Caracterización.....	15
1.4.1.2. Antecedentes normativos y recepción normativa a la luz del CCyC.....	16
1.4.2. Función resarcitoria.....	17
1.4.2.1. Caracterización.....	17
1.4.3. Función punitiva. Remisión al Capítulo N° 2.....	18
1.5. Presupuestos de la Responsabilidad Resarcitoria	18
1.5.1. Daño	19
1.5.1.1. Concepto jurídico.....	19
1.5.1.2. Requisitos del daño resarcible.	20
1.5.1.3. Clasificación.	20
1.5.2. Relación de causalidad.....	21
1.5.2.1. Concepto.	21
1.5.2.2. Eximentes.....	22
1.5.3. Antijuridicidad	22

1.5.3.1. Concepto.....	22
1.5.3.2. Bases normativas.....	23
1.5.3.3. Eximentes.....	24
1.5.4. Factor de atribución.....	24
1.5.4.1. Concepto.....	24
1.5.4.2. Clases y regulación normativa.....	25
1.5.4.3. Eximentes.....	26
1.6. Conclusión.....	26
Capítulo 2. La Función Punitiva de la Responsabilidad Civil.....	28
2.1. Introducción.....	28
2.2. Caracterización.....	28
2.3. Debate Doctrinario.....	29
2.3.1. Tesis negatoria de la función punitiva de la responsabilidad civil.....	29
2.3.1.1. Coherencia normativa del ordenamiento jurídico.....	29
2.3.1.2. Tradición histórica.....	30
2.3.1.3. Naturaleza penal de la multa.....	31
2.3.1.4. Razones de eficiencia.....	33
2.3.2. Tesis a favor de la función punitiva de la responsabilidad civil.....	34
2.3.2.1. La función punitiva no es privativa del derecho penal.....	34
2.3.2.2. Realidad social.....	36
2.3.2.3. Penas privadas.....	36
2.4. Tratamiento Legislativo.....	39
2.4.1. Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998.....	39
2.4.2. Anteproyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Comisión de Reformas.....	39

2.4.3. Código Civil y Comercial vigente.	41
2.5. Conclusión	42
Capítulo 3. Los Daños Punitivos	44
3.1. Introducción	44
3.2. Origen	44
3.3. Cuestión Terminológica.....	45
3.4. Concepto	46
3.5. Finalidad del instituto	46
3.6. Supuestos de Aplicación de la Figura	48
3.7. Debate respecto de la Conveniencia e Inconveniencia de su Adopción.	49
3.8. Pautas de Valoración.....	51
3.9. Recepción Legislativa en la LDC	52
3.9.1. Características de la regulación.....	52
3.9.2. Aspectos controversiales del texto de la norma.	53
3.10. Conclusión	55
Capítulo 4. Factor de Atribución de los Daños Punitivos	57
4.1. Introducción	57
4.2. Faz Objetiva	58
4.2.1. Doctrina.....	58
4.2.1.1. Reprochabilidad genérica de la conducta desde el punto de vista social.....	58
4.2.1.2. Responsabilidad objetiva del art. 40 de la LDC.....	59
4.2.1.3. El riesgo en la actividad económica.....	60
4.2.2. Jurisprudencia.....	61
4.2.2.1. Teijeiro – Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial de la Quinta nominación.....	61

4.3. Faz Subjetiva.....	62
4.3.1. Doctrina.....	62
4.3.2. Jurisprudencia.	67
4.3.2.1. Teijeiro - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera nominación.....	68
4.3.2.2. Teijeiro - Tribunal Superior de Justicia.	70
4.3.3. De la prueba del elemento subjetivo.	72
Conclusión Final.....	75
Listado de Referencias.....	79
Legislación	79
Doctrina.....	79
Jurisprudencia	84

Introducción General

El instituto de los daños punitivos es una figura novedosa en el derecho argentino, su incorporación ha dado lugar a diversos y amplios debates; tanto respecto de su recepción, como en lo que a sus condiciones de aplicación respecta. Los daños punitivos constituyen una manifestación de la función punitiva del derecho de daños, función que ha sido detractada por un sector de la doctrina y que ha recorrido un camino de idas y venidas a la hora de ser receptada en nuestro CCyC.

La herramienta ha sido acogida específicamente en el marco del derecho de consumo. El plexo consumeril aparece como un conjunto de principios y normas que buscan equiparar la relación negocial entre el consumidor y el proveedor. La situación negocial del consumidor es débil frente a los incumplimientos legales o contractuales; y esta figura aparece como una herramienta para poder frenar prácticas abusivas y lesivas de los derechos consumeriles. Conocer cuál es la buena razón para solicitar su aplicación es un requisito necesario para alcanzar un resultado positivo en el desenvolvimiento del proceso. No solo a los fines de lograr el éxito como profesional en ejercicio y defensa de los derechos del consumidor, sino también para lograr un efecto positivo de gran impacto social.

El propósito del presente trabajo es describir, con una tendencia explicativa, el factor de atribución en los denominados “Daños Punitivos”.

En el presente trabajo se plasmarán las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales respecto de aquella buena razón para atribuir una sanción civil al proveedor que incumple con sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor; analizando la validez de las argumentaciones esgrimidas.

La situación problemática gira en torno a resolver si a los fines de la imposición de la multa civil contenida en el art. 52 bis de la Ley de Defensa de

Consumidor¹, bastará con acreditar el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor - tal y como fue expresado por el legislador- o, si por el contrario, se exigirá un determinado factor de atribución.

Se intentará dar respuesta a los siguientes interrogantes ¿Es suficiente la autoría como presupuesto de aplicación de la sanción? ¿Cuáles son las consecuencias de sancionar civilmente al proveedor acreditando el mero incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales? ¿Es necesario un factor de atribución subjetivo o bastará con el criterio general del art. 40 LDC? ¿Es necesaria la concurrencia de un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente su aplicación? ¿Cómo acredita el consumidor el dolo o culpa grave del proveedor?

A los fines de resolver esta cuestión, un sector de la doctrina denominado *objetivista* -representada por autores como Mosset Iturraspe, Lovece y Vergara- entiende que, aquella buena razón para atribuir la sanción civil al proveedor será de tipo objetivo, basado en el riesgo del obrar o en el riesgo de la actividad económica considerada en sí misma. Otro sector de carácter *subjetivista* –representada por la doctrina mayoritaria-, entiende que es requisito necesario realizar un reproche de tipo subjetivo a la conducta del proveedor; es decir, analizar su culpa o negligencia grave o su dolo en el actuar.

Determinar el factor de atribución tiene consecuencias respecto de las eximentes requeridas para lograr la ruptura del nexo de causalidad con base a nuestro sistema de responsabilidad civil. Por lo que, de tratarse de un elemento subjetivo bastará con probar la debida diligencia o la no culpa en el actuar; de lo contrario, quien quisiera eximirse deberá probar el hecho de un tercero, de la víctima o de un caso fortuito.

¹ En adelante LDC.

El marco teórico empleado tiene por antecedentes legales a la ley 24.240 –Ley de Defensa del Consumidor-, la ley 26.361 –modificatoria de la LDC y que introduce la figura de Daños Punitivos-, la Constitución Nacional –art 42-, el CCyC y los anteproyectos y proyectos del Código Civil. Asimismo, los antecedentes doctrinarios referirán de los estudios en la materia. Por último, el principal antecedente jurisprudencial a analizar será el fallo Teijeiro, por ser paradigmático respecto de la cuestión problemática planteada *ut supra* –sin perjuicio de trabajar sobre otros fallos jurisprudenciales que hicieron eco del factor de atribución en daños punitivos-.

En el primer capítulo se describirán los presupuestos de la responsabilidad civil y las funciones del derecho de daños. En el segundo capítulo se analizará la función punitiva del derecho daños y las posturas referidas a su naturaleza jurídica. Seguidamente, en el tercer capítulo se desarrollará en detalle la figura de los daños punitivos, sus antecedentes, concepto, características y los aspectos controvertidos de la técnica legislativa del art 52 bis. Finalmente, en el cuarto y último capítulo se dará tratamiento a la cuestión problemática, analizando la postura doctrinal y jurisprudencial en favor de la atribución objetiva de la multa y la postura correspondiente a la atribución subjetiva de la misma. Sin dejar de lado a aquellos expositores que matizan ambas posturas.

La proyección social del análisis del instituto es relevante en una sociedad de consumo como lo es la actual, y porque el derecho de consumo viene a complementar al derecho de daños con un fin eminentemente protectorio de un grupo económico y social de usuarios y consumidores, cuyos derechos se encuentran tutelados por la Constitución Nacional en su art. 42.

Se pretende lograr un conocimiento con pretensión científica respecto de la solución ajustada a derecho para la cuestión planteada, organizar y sistematizar posturas antagónicas.

Capítulo 1. Responsabilidad por Daños

1.1 Introducción

En el primer capítulo se pretende abordar las nociones elementales de la teoría de la responsabilidad por daños. Ello supone esbozar la temática respecto de la cuestión terminológica y las denominaciones elaboradas por la doctrina en aras de reflejar la reestructuración a la que tiende el sistema de responsabilidad, a saber: responsabilidad civil, derecho de daños, y responsabilidad por daños.

Luego, analizar la relevancia funcional de la responsabilidad por daños o de la responsabilidad civil -entendida en sentido amplio- a la luz del CCyC. Se describirán las funciones resarcitoria y preventiva de la responsabilidad por daños. Por una cuestión metodológica la función punitiva será objeto de análisis en el capítulo siguiente.

Finalmente, se abordarán los presupuestos o requisitos, que conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, deben estar presentes para atribuir la responsabilidad a una persona distinta del damnificado; a saber: el daño, la relación de causalidad, la antijuridicidad y el factor de atribución. Describiendo las características y bases normativas de cada uno de estos elementos.

1.2 Concepto

¿Cuándo una persona sufre un mal es justo que la víctima experimente aquellas consecuencias nocivas injustas, o las mismas se trasladarán hacia otra persona? Quien asume estas consecuencias nocivas injustas será el sindicado como responsable (Zavala de González, 2015; Pizarro y Vallespinos, 1999).

A grandes rasgos, la responsabilidad es definida como la obligación de resarcir o reparar el daño causado (López Mesa, 2013; Rodríguez Juárez, Falco, Asrin, y Sigifredo, 2013). Pizarro y Vallespinos (1999) se refieren al daño injustamente

causado. Zavala de González (2015) considera que esta definición es demasiado estricta por no incluir los supuestos en los cuales el daño tiene su génesis en un acto lícito; y la define como la “reacción jurídica contra un perjuicio injusto, que impone la obligación de prevenirlo o repararlo” (p. 13) con la finalidad de restaurar el equilibrio jurídico alterado.

La responsabilidad es un reproche jurídico; es decir, un juicio de valor negativo de una conducta que transgrede el ordenamiento jurídico y que se corresponde con un cumplimiento indirecto de la obligación. La responsabilidad presupone un deber jurídico de no dañar que tiene su génesis en el art. 19 CN y el cual tiene distintas facetas a tenor del art. 1710 del CCyC. Será responsable quien no evita que el daño se produzca pudiendo hacerlo, como así también quien no actúa de buena fe ni toma las medidas razonables para que el daño no se produzca (López Mesa, 2013).

1.3 Cuestiones Terminológicas

La calificación del instituto es de carácter definitorio porque tiene relevancia funcional y excede a una mera cuestión terminológica o técnica. La doctrina ha elaborado diferentes denominaciones en un intento por reflejar su reestructuración (Zavala de González, 2015).

1.3.1 Responsabilidad Civil

Es la denominación por antonomasia, la que tradicionalmente se ha empleado y que ha sido receptada en el CCyC vigente. La expresión tiene un sentido estricto y uno amplio. Para una concepción clásica la responsabilidad no es más que la obligación de reparar el daño injustamente causado (Bueres, 2011; Bustamante Alsina, 2001; López Mesa, 2013; Picasso, 2009, 2012, 2014, 2015). De acuerdo a una concepción moderna y acorde a nuestro presente jurídico, el sentido de la expresión se

flexibiliza. Se le endilga una multiplicidad de funciones – resarcimiento, prevención y eventual disuasión del daño-. Asimismo, se aplica a otras áreas del derecho – responsabilidades especiales-. E incluye el deber preexistente de no dañar - *Alterum non laedere*- (Zavala de González, 2015).

1.3.2 *Derecho de Daños*

Esta denominación fue elaborada por la doctrina alemana y tiene por finalidad poner el acento en el daño mismo, no así en el factor de atribución subjetivo que responde a la calidad del sujeto interviniente –el responsable-. Cuenta con una parte general en la que se estudian los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad y una parte especial. (Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016).

El objeto de estudio de esta disciplina es la institución de la responsabilidad por daños (Zavala de González, 2015) Sin perjuicio de ello, la doctrina no es coincidente respecto del alcance que tiene la expresión. Una postura restringida la emparenta con la responsabilidad civil en sentido estricto –función resarcitoria-, mientras que para una postura amplia engloba las cuestiones relativas a la prevención, reparación del daño y la disuasión de las conductas lesivas (Pizarro y Vallespinos, 1999).

Picasso (2012) adopta esta expresión ya que engloba el estudio de las distintas herramientas que el sistema jurídico pone en acción frente a la producción o la inminencia de un daño injusto.

1.3.3 *Responsabilidad por Daños*

Para Mosset Iturraspe y Piedecabras (2016) esta denominación es la más apropiada, el vocablo responsabilidad refleja la realidad jurídica de nuestro sistema que aún invoca la atribución o imputación de la responsabilidad -es el ordenamiento jurídico el que dispone los parámetros de la responsabilidad- Solo se superó la

atribución subjetiva, y no pesa sobre el estado o la comunidad el deber de reparar. Reemplazar el adjetivo “civil” por el de “daños” viene a reflejar la reestructuración de la responsabilidad. Antes la víctima debía probar la culpabilidad –factor subjetivo de atribución- del dañador; en cambio, hoy debe probar la existencia del daño injusto y no impuesto por el ordenamiento jurídico. La responsabilidad continúa siendo individual.

Para Zavala de González esta denominación es definitoria de la institución, y no es otra cosa que la responsabilidad civil en un sentido lato (2015).

1.4 Funciones de la Responsabilidad por Daños

La doctrina y la jurisprudencia nacionales son contestes en cuanto a que la responsabilidad por daños tiene por función primaria y principal a la compensatoria o resarcitoria, que consiste en una indemnización del perjuicio ocasionado. Asimismo, junto a ésta, aparece la función preventiva; y eventualmente, la disuasión o sanción de conductas lesivas –aunque esta función es más debatida y será objeto de análisis en el capítulo siguiente- (Herrera, Caramelo, y Picasso, 2015).

1.4.1 Función preventiva

1.4.1.1 Caracterización.

El reconocimiento de esta función obedece a la progresiva concientización del daño² a partir de bienes y derechos lesionados que, por su importancia, no son pasibles de volver al mismo estado en que existían con anterioridad al hecho dañoso; ya sea por devenir materialmente imposible, o por ser un modo imperfecto de compensar el mal sufrido. Es mejor prevenir que curar (López Herrera, 2011).

A diferencia de la función resarcitoria -que pone el acento en el momento posterior a la producción del daño-, la función preventiva busca actuar con

² El derecho privado tradicional presuponía que la tutela preventiva era tarea del Estado y del derecho administrativo –y que quedaba para el ámbito civil actuar después de que ocurría la lesión- (Picasso, 2012)

anterioridad a que el perjuicio se produzca, o que no se agrave si éste ya se ha producido (Herrera, Caramelo, y Picasso, 2015). En el caso de actuar *ex post facto*, persigue una condena a pagar con el fin de disuadir la reiteración de conductas antijurídicas; no obstante, ésta actitud “psicológica es más fáctica que jurídica” (Bueres y Picasso, 2011, p. 46).

La prevención puede ser de carácter general o específica, según persiga la disuasión mediante la amenaza a todos los integrantes de la sociedad de la aplicación de una sanción; o, según pese sobre determinados sujetos el cumplimiento de deberes especiales debido a la magnitud de la dañosidad potencial de la actividad llevada a cabo. Su ámbito de aplicación se circunscribe especialmente a las actividades riesgosas, lesión a derechos personalísimos -como la intimidad, el honor, la imagen, la identidad personal, etc.- y derechos de incidencia colectiva –como el medio ambiente- (Pizarro y Vallespinos, 1999).

El presupuesto de la responsabilidad preventiva es el peligro probable o verosímil de sufrir un daño. Es una función esencial y autónoma, que complementa, enriquece, y se interrelaciona armónicamente con los presupuestos y efectos de la responsabilidad (Zavala de González, 2015).

1.4.1.2 Antecedentes normativos y recepción normativa a la luz del CCyC.

El proyecto de 1998 regulaba la función en el art 1585³, una norma de carácter general de aplicación a casos específicos (Pizarro y Vallespinos, 1999). El ordenamiento jurídico en el CCyC consagra el deber genérico de prevención del daño en el art 1710 inc. b) y c) (Herrera, Caramelo, y Picasso, 2015).

³ “Prevención del Daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar un daño no causado. b) De 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 evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño del cual un tercero habría sido el responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido”.

Cabe mencionar la apreciación que hace Vergara (2011) de hacer extensiva la aplicación del mandato constitucional de prevenir daños - dispuesto en el tercer párrafo del art. 42⁴ de la Constitución Nacional- a todos los ciudadanos so pena de violar la garantía constitucional de igualdad frente a la ley. Pizarro y Vallespinos (1999) mencionan el art. 43 de la Constitución Nacional que regula la acción de amparo y que integra la teoría sustancial inhibitoria, junto a otras normas que se refieren al ejercicio abusivo del derecho, la tutela de la intimidad, amenaza de obra nueva en que turbe la posesión, buena vecindad, etc. Asimismo, las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas, que integran la tutela procesal inhibitoria.

1.4.2 Función resarcitoria

1.4.2.1 Caracterización.

La pregunta que intenta responder esta finalidad es si es justo que la víctima se encuentre en una situación inferior –espiritual o patrimonial- a la que tenía antes del hecho dañoso. O si, por el contrario, es que existen buenos motivos o razones que permiten trasladar las consecuencias disvaliosas a un tercero sindicado como responsable. Esta función tiene por finalidad restablecer el orden jurídico alterado por el evento dañoso y colocar a la víctima en el mismo estado en que se encontraba con anterioridad al mismo.

La responsabilidad civil por lo general consiste en una obligación de hacer, cuya prestación se traduce en la reparación del daño injustamente sufrido. Es injusto porque no operan causas de justificación. Un sujeto –responsable- despliega una conducta –activa o pasiva- que crea un hecho –siniestro- cuya consecuencia disvaliosa es un daño a otro sujeto -la víctima- En esta relación jurídica el sindicado como responsable es el deudor de una prestación que consiste en reparar el daño -sea en

⁴ “...La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos...”

especie o por equivalente dinerario-, y la víctima es el acreedor de esa prestación (Herrera, Caramelo, y Picasso, 2015).

El fundamento de la obligación de resarcir es el principio de equidad y la justicia de dar a cada uno lo suyo (Pizarro y Vallespinos, 1999).

1.4.3 Función punitiva. Remisión al Capítulo N° 2

1.5 Presupuestos de la Responsabilidad Resarcitoria

La doctrina es conteste en sostener que los presupuestos de la responsabilidad resarcitoria son cuatro. A saber: el daño, la antijuridicidad, la relación causal y el factor de atribución (Herrera, et al., 2015; López Mesa, 2013; Moisset de Espanés, 2009; Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016, Pizarro y Vallespinos, 1999; Rodríguez Juárez, et al., 2013; Zavala de González, 2015).

López Mesa (2013) utiliza la figura de una caja o cuadrado para describir gráficamente los presupuestos de la responsabilidad.

En el techo de la caja ubica la existencia y acreditación del daño causado. Se ubica allí porque este presupuesto es el tope, y todo lo que esté por encima de él es enriquecimiento sin causa (Art 1716 CCyC).

Como una de las paredes laterales se ubica la antijuridicidad del daño producido por una acción u omisión ilícita (Art 1717 CCyC).

La existencia de un factor de atribución es otra pared maestra (Art 1721 CCyC).

La base de la caja es el nexo causal adecuado entre el acto u omisión antijurídica y el daño causado. Es el cimiento porque si no hay una relación causal adecuada con el daño ni la más vil de las conductas compromete la responsabilidad del autor (Art 1726 CCyC).

Si bien la enunciación que el CCyC hace de los presupuestos se condice con la antigua doctrina que ponía el acento en el obrar ilícito, en la actualidad el daño aparece como el primer requisito indemnizatorio. Por lo que, a los fines expositivos se seguirá el siguiente orden: daño, relación causal con un hecho lesivo, antijuridicidad, y factor de atribución (Zavala de González, 2015).

La responsabilidad civil ha sido objeto de una reestructuración con base al surgimiento de nuevos daños consecuencia de la constante transformación social. Los presupuestos han evolucionado para poder adaptarse a esta nueva realidad jurídica.

1.5.1 Daño

1.5.1.1 Concepto jurídico.

El daño es el “motor de la responsabilidad” (López Mesa, 2013, p. 72).

No todo daño es indemnizable, el daño resarcible es un concepto técnico y jurídico que se distingue del concepto genérico de daño (Herrera et al., 2015). Es la consecuencia perjudicial disvaliosa o menoscabo que se deriva de una lesión a un derecho subjetivo, a un interés legítimo o no ilegítimo, ya sea patrimonial o espiritual (Pizarro y Vallespinos, 1999).

El CCyC en su art. 1737 recepta una noción amplia de daño, ya que no restringe la lesión a los derechos subjetivos sino que se refiere al interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, el cual puede ser de índole individual o de incidencia colectiva.

“El peligro probable o verosímil de un daño es presupuesto de la responsabilidad preventiva” (Zavala de González, 2015, p. 114).

1.5.1.2 Requisitos del daño resarcible.

El daño debe ser cierto y actual⁵, contrario a lo hipotético o eventual. Debe probarse su existencia, valorarse su magnitud o intensidad y cuantificarlo (Pizarro, 1999). También debe ser personal del accionante, esto hace referencia a la legitimación –quien tiene derecho a reclamar-. Asimismo, el reclamo debe ser legítimo, es decir, versar sobre la lesión a un derecho subjetivo, a un interés legítimo, o también, de acuerdo a una concepción moderna, a un simple interés no ilegítimo o de hecho (Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016; Pizarro y Vallespinos, 1999)

López Mesa (2013) agrega otros requisitos, como la causalidad, el encuadramiento en una categoría resarcible, trascendencia, previsibilidad y subsistencia al momento de la sentencia.

1.5.1.3 Clasificación.

La clasificación tradicional se refiere a los daños patrimoniales y extrapatrimoniales. El daño patrimonial es la consecuencia disvaliosa que deriva de la afectación de la composición actual o futura de un patrimonio. Comprende el daño emergente⁶, el lucro cesante⁷ y la pérdida de chance⁸. El daño moral, siguiendo a Zavala de González (2015) es una modificación disvaliosa del espíritu, de la capacidad de entender, querer o sentir, a raíz de un daño que se traduce en una situación diferente y perjudicial a la que existía con anterioridad del hecho dañoso. Una tendencia moderna habla de nuevos daños. No obstante, una calificada doctrina

⁵ Excepcionalmente será indemnizable el daño futuro cuando exista suficiente probabilidad de acaecimiento de acuerdo con el curso normal y ordinario de los acontecimientos y de la prueba aportada en la causa. Es una especie de daño en potencia (López Mesa, 2013; Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016).

⁶ Es el daño efectivamente sufrido por una persona, es un empobrecimiento patrimonial y más que una indemnización es un “reintegro” (López Mesa, 2013, p. 151)

⁷ Es la pérdida de una ganancia concreta que el damnificado se vio privado de percibir, se traduce en la frustración de un enriquecimiento patrimonial.

⁸ Es la frustración de una oportunidad o probabilidad de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo de índole económico o espiritual.

(López Mesa, 2013; Mosset Iturraspe, 2016; Pizarro y Vallespinos, 1999) les niega autonomía y los consideran rubros susceptibles de ser agredidos moralmente⁹.

1.5.2 Relación de causalidad

1.5.2.1 Concepto.

Es el enlace material o fáctico objetivo que une el siniestro con la consecuencia dañosa. Se estructura sobre la realización *ex post facto* de un juicio o cálculo de probabilidades entre el hecho fuente y el daño o peligro de que suceda; es de carácter objetivo porque no se valora la justicia o injusticia ni las particularidades del caso en concreto. Tiene una doble función, determinar la autoría material del hecho y la extensión del resarcimiento de acuerdo a un régimen predeterminado de consecuencias. Ser autor material no significa ser civilmente responsable. Puede no haber culpa o antijuridicidad pero debe haber causalidad (López Mesa, 2013; Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016; Pizarro y Vallespinos, 1999; Rodríguez et al., 2013; Zavala de González, 2015).

El CCyC al igual que el código de Vélez –en los art. 906 y 1726 respectivamente- recepta la teoría de la causalidad adecuada. López Mesa (2013) define como causa adecuada “la condición que según el curso normal y ordinario de las cosas es idónea para producir un resultado debiendo regularmente producirlo” (p. 106 y 439).

El CCyC en el art. 1726 unifica las órbitas de la responsabilidad contractual y extracontractual, se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, se elimina el dolo como requisito para responder por estas últimas. La carga de la prueba la tiene la víctima salvo presunción legal de la relación de causalidad. Para Zavala de González (2015) serían los supuestos de responsabilidad objetiva. López

⁹ Verbigracia: padecimiento de dolores, el perjuicio del ocio o del placer, a la vida de relación, estético, incapacidad sexual, daños al buen nombre, autoestima, etc.

Mesa (2013) niega la existencia de tales presunciones salvo en lo tocante a la teoría de los resultados desproporcionados. En los supuestos de responsabilidad objetiva se debería probar el contacto entre la cosa o actividad y las consecuencias dañosas, supuesto distinto es aligerar la prueba de la causalidad por devenir la prueba en diabólica.

Este presupuesto está vinculado con el principio de la reparación plena e integral (López Mesa, 2013).

1.5.2.2 Eximentes.

Rompen el nexo causal: a) el hecho o culpa de la víctima (art 1729 CCyC), b) el hecho de un tercero ajeno por el cual no se debe responder (art 1731), c) la fuerza mayor o el caso fortuito (art 1730) (Herrera, et al., 2015; López Mesa, 2013; Mosset Iturraspe y Piedecasas, 2016; Pizarro y Vallespinos, 1999; Zavala de González, 2015).

1.5.3 Antijuridicidad

1.5.3.1 Concepto.

El concepto fue creado por la dogmática alemana (López Mesa, 2013). La doctrina entiende que es un juicio de desaprobación de un comportamiento u obrar contrario al ordenamiento jurídico integralmente considerado. La antijuridicidad se predica respecto de la causa; no así del daño (Mosset Iturraspe y Piedecasas, 2016; Pizarro y Vallespinos, 1999; Rodríguez Juárez, et al., 2013; Zavala de González, 2015).

Sus características son la objetividad y la unidad. La primera supone su independencia respecto de la voluntad y de la culpa del sujeto, y -en ciertos supuestos- también de la ilicitud de la conducta. La segunda, se refiere a que el ordenamiento jurídico comprende tanto a las normas jurídicas y cláusulas contractuales; como así también, a las buenas costumbres, el orden público, a los principios generales del

derecho, a las normas abiertas, a fines de la ley, al ejercicio funcional de los derechos y la buena fe. Esto refleja la reestructuración del presupuesto, al pasar de una antijuridicidad formal -receptada en el código de Vélez en el art. 1066- a una antijuridicidad de carácter material (Mosset Iturraspe, 2016).

1.5.3.2 Bases normativas.

López Mesa (2013) sostiene que el carácter que reviste este elemento no es ni civil ni penal, es constitucional. En virtud del principio de legalidad, para que el acto voluntario sea ilícito debe existir una norma general que así lo establezca. El art. 19¹⁰ CN contiene la norma de clausura del sistema -nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda-, el autor pregunta si un sujeto podrá ser civilmente responsable por no haber hecho lo que la ley no manda. De otra manera, la víctima tendría el deber de soportar el daño y el dañador no podría ser responsabilizado. Asimismo, el citado artículo consagra el principio de reserva que fue invocado por la CSJN ¹¹. Negar o eliminar este presupuesto pone en juego la seguridad jurídica.

Por su parte el CCyC en su art 1710 inc. a) consagra este deber preexistente de no dañar, *alterum non laedere*, en el art 1717 sostiene que cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada, el art 1749 reza que será responsable directo quien incumple con una obligación u ocasiona un daño. El derecho a dañar no existe. Por ello, *prima facie* la antijuridicidad se presume y se entiende que todo daño es injusto, salvo la existencia de una causal de justificación (López Mesa, 2013; Zavala de González, 2015).

¹⁰ Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

¹¹ En el fallo Santa Coloma se reconoce fundamento constitucional en el art 19 al derecho a la reparación, si las acciones privadas de los hombres no perjudican a terceros estarán exentas de la acción de los magistrados, *contrario sensu*, si las acciones de los hombres perjudican a los derechos de terceros no estarán exentas de la acción de los magistrados.

En la doctrina nacional se debate si la antijuridicidad es un presupuesto de la responsabilidad objetiva, Moisset de Espanés (2009) sostiene que no. La responsabilidad por riesgo creado –al decir de Mosset Iturraspe y Piedecabras (2016)- tiene entre sus presupuestos la antijuridicidad de la acción u obrar humano. La antijuridicidad no está dada meramente por el empleo de cosas peligrosas o el cumplimiento de actividades riesgosas, hasta allí el obrar sigue siendo lícito, deviene antijurídico cuando como resultado de ese empleo o de la actividad cumplida se causa un daño. (Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016; Pizarro y Vallespinos, 1999; Zavala de González, 2015).

1.5.3.3 Eximentes.

Las causales de exclusión de la antijuridicidad son: la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio irregular de un derecho, la asunción del riesgo y el consentimiento del damnificado (art. 1718, 1719 y 1720 del CCyC). Son supuestos de hecho excepcionales que autorizan a intervenir en los bienes jurídicos ajenos, sin merecer un juicio de desaprobación (López Mesa, 2013).

1.5.4 Factor de atribución.

1.5.4.1 Concepto.

Es un elemento valorativo o axiológico en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas de un hecho a una determinada persona (Pizarro y Vallespinos, 1999, Zavala de González, 2015).

Mosset Iturraspe y Piedecabras (2016) con cita de Kemelmajer de Carlucci lo definen como “la razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otro” (p. 130).

En la función resarcitoria, este presupuesto opera a partir de la causación de un daño injusto. Cuando el daño ha sido justamente causado se distribuye la carga del

menoscabo entre los miembros de la comunidad. La faz punitiva de la responsabilidad también requiere de un factor de atribución y ello será objeto de desarrollo en el presente trabajo. El art 1711 del CCyC expresa que no se requiere la concurrencia de un factor de atribución para el ejercicio de la acción preventiva (Zavala de González, 2015).

1.5.4.2 Clases y regulación normativa.

Los factores de atribución pueden ser subjetivos u objetivos, esta clasificación está regulada en el art. 1721 del CCyC. Los primeros presuponen la voluntariedad del sujeto; es decir, que éste sea el autor material, con base en esta imputabilidad de primer grado se realiza un juicio de reprochabilidad. Los segundos, constituyen un catálogo abierto establecido de acuerdo a la política legislativa, hacen una abstracción del juicio de culpabilidad y se fundan en la causalidad. Su manifestación son: el riesgo creado; abuso del derecho, obligación de garantía, deber de seguridad, solidaridad social, equidad, exceso en la normal tolerancia entre vecinos, vicio de la cosa, entre otros. Es irrelevante demostrar la falta de culpa del responsable para su liberación y así lo establece el art. 1722 del CCyC (Rodríguez, et al., 2013; Pizarro y Vallespinos, 1999)

Los arts. 1724 y 1725 se refieren a los factores subjetivos. La culpa es 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. El dolo se configura por la intencionalidad en la producción del daño o por la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, se incluyen el dolo obligacional¹² y el dolo eventual¹³. Asimismo, se

¹² Es el incumplimiento intencional, pudiendo cumplir no lo hace.

¹³ Es uno de los tipos de dolo delictual. El agente se representa la posibilidad de un resultado dañoso y no lo descarta. Con cita de Jiménez de azua, Mosset Iturraspe (2016) enumera estas características: representación del resultado como posible, consentimiento en que se produzca, el agente hubiese

valoran las características especiales del agente y la confianza en él depositada. Tanto el dolo como la culpa se fundan en la previsión, es decir, la probabilidad de representarse el resultado como consecuencia de la propia conducta (Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016).

1.5.4.3 Eximentes.

En los supuestos de imputación subjetiva el responsable deberá probar la falta de culpa; o bien, la ruptura del nexo causal. En los supuestos de imputación objetiva deberá demostrarse la ruptura o interrupción del nexo causal, no bastando para la liberación del responsable demostrar una conducta diligente. Así lo dispone el art. 1722 del CCyC.

Cuando la obligación es de resultado la responsabilidad será objetiva y cuando la obligación es de medios será subjetiva. Esta pauta de interpretación es regulada en el art. 1723 del CCyC (Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016). En derecho de consumo la mayoría de las obligaciones son de resultado y cuando este no se verifica no basta probar que se obró diligentemente (Rodríguez et. al, 2013).

La concepción clásica o monocéntrica entiende que la responsabilidad subjetiva es la regla y la responsabilidad objetiva es la excepción (Bustamante Alsina, 2011; López Mesa, 2013). Empero, una doctrina moderna (Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016; Pizarro y Vallespinos, 1999; Zavala de González, 2016) entiende que ambos tipos de responsabilidades coexisten en pie de igualdad, y que en caso de ausencia normativa el factor de atribución será la culpa (art. 1721 CCyC).

1.6 Conclusión

El sistema de responsabilidad civil ha sido objeto de una reestructuración en cuanto a su concepto, funciones y presupuestos se refiere. Esto ha llevado a la

omitido el acto de haber estado convencido de la producción de dicho resultado. La culpa grave consiste en que el sujeto se representa el resultado como posible pero no como probable, pues tiene la esperanza o ligera confianza de que el resultado antijurídico no habrá de producirse

doctrina a trabajar arduamente en una reelaboración que permita adecuarla a las nuevas situaciones jurídicas.

El sistema ha mutado y evolucionado, el moderno derecho de daños tiene por objeto de estudio a la responsabilidad por daños, que no es otra cosa que la responsabilidad en sentido lato, comprensiva de las funciones preventiva, resarcitoria y punitiva. Sin perjuicio, de las opiniones dispares en torno a esta última y que será tratada en el siguiente capítulo.

Los presupuestos que deben estar presentes en principio para atribuir la responsabilidad resarcitoria son: el daño, la relación de causalidad, la antijuridicidad y los factores de atribución. Según la finalidad de la responsabilidad por daños de la que se trate, el momento de aparición de estos presupuestos variará.

Se observa entonces un derecho de daños con una multiplicidad de funciones y con responsabilidades también especiales, que no distingue con motivo de la figura del dañador ni del tipo de lesión, que aplica el principio de igualdad constitucional y el deber preexistente de no dañar a otro.

No todo daño debe ser resarcido o impedido, y para que ello suceda no basta con la presencia de un daño sino que es necesario que sea justo que otro lo repare, que las consecuencias nocivas se trasladen a una persona distinta de la víctima.

Capítulo 2. La Función Punitiva de la Responsabilidad Civil

2.1 Introducción

En el capítulo anterior se mencionó que la doctrina nacional no es conteste en aceptar la existencia de la función punitiva en el derecho de daños. Este debate lleva a replantear los presupuestos de la responsabilidad civil –entendida en sentido estricto– para adecuarlos a una nueva concepción del derecho de daños.

Un sector calificado de la doctrina considera que la función punitiva es ajena a la responsabilidad por daños y que ésta es propia del derecho penal. Este debate se avivó con motivo de la conveniencia o no de introducir el instituto de los daños punitivos al derecho común.

Negar esta función implica negar el instituto de los daños punitivos en el derecho privado, por ser éste una manifestación de la faceta punitiva. Los argumentos esgrimidos al respecto, como así también el tratamiento legislativo dado a la mentada función en el derecho civil, serán el objeto del presente capítulo.

Con motivo del análisis de los argumentos negatorios de la función punitiva de la responsabilidad por daños se tratará la temática acerca de si existen o no las multas en el ámbito civil, lo cual supone analizar la naturaleza jurídica de este tipo de sanción. Finalmente se describirá el tratamiento legislativo dado a la función punitiva en el Código Civil y Comercial vigente.

2.2 Caracterización

La función punitiva del derecho de daños tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico manda a pagar una suma de dinero por encima de otro concepto indemnizatorio del daño efectivamente causado. Ésta función tiene una finalidad punitiva a la vez que preventiva y disuasiva, y pone el acento en la conducta del dañador. Su objetivo es alcanzar determinados supuestos injustos que no encuentran

solución en el derecho vigente, como ser: enriquecimiento producido por el ilícito y que subsiste luego de indemnizar a las víctimas, micro daños o micro lesiones de insignificancia individual pero de impacto social y afectación de derechos colectivos o de incidencia colectiva (Pizarro y Vallespinos, 1999).

2.3 *Debate Doctrinario*

Un sector calificado de la doctrina representado por Bueres (2011), Bustamante Alsina (2001), López Mesa (2013) y Picasso (2009, 2012, 2014, 2015), sostienen que la única función a la que debe propender la responsabilidad civil es la función compensatoria o resarcitoria. Los autores nombrados entienden que la función punitiva es propia del derecho penal y que es ajena a la rama del derecho de daños. Tal como menciona Otaola (2013) esta discusión se avivó con la incorporación de los denominamos daños punitivos en la ley de defensa del consumidor N° 24.240 en el año 2008.

2.3.1 *Tesis negatoria de la función punitiva de la responsabilidad civil*

A continuación se analizarán los argumentos esgrimidos por quienes sostienen esta tesis.

2.3.1.1 *Coherencia normativa del ordenamiento jurídico.*

El ordenamiento jurídico es un sistema compuesto por distintas partes que cumplen un fin. Cada una de estas partes están representadas por cada una de las específicas ramas del derecho que lo componen; a su vez, para lograr un correcto funcionamiento del sistema, es imperioso que esas partes o ramas apliquen el derecho en el marco de la finalidad asignada. De este modo, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal tienen, cada una, su propio ámbito de actuación.

De esta manera, el derecho penal cumple una función punitiva que lleva a cabo mediante un proceso que cumple con reglas y principios específicos; y cuyo

principal instrumento es la pena. El derecho civil, por su parte, cumple con una función esencialmente compensatoria o resarcitoria, y si de prevenir daños se trata se puede valer de herramientas no sancionatorias como la tutela inhibitoria (Bueres y Picasso, 2011; Bustamante Alsina, 2001; Picasso, 2012, 2015).

Ambos tipos de responsabilidad transitan por caminos separados porque la finalidad perseguida entre la sanción de una y de la otra son diferentes. De otra manera se concluiría que la responsabilidad civil también es penal. Algo que los autores citados califican de absurdo e insólito. Si la indemnización fuese una sanción represiva su monto debería fijarse según la gravedad de la culpa como en el derecho penal y no según la gravedad objetiva del daño.

Muy relacionado con lo anterior, Bueres y Picasso (2011) sostienen que la responsabilidad civil tiende a responder todo problema o situación que no encuentra solución en las normas vigentes, lo cual conlleva a elaborar argumentaciones sin rigor científico ya que no se tienen en cuenta los conceptos vertidos por la teoría general del derecho y la dogmática jurídica. En tal sentido, sostienen que: “la idea de reparación permanece sumergida en una esquizofrenia por sobreabundancia de fines y objetivos que impiden reconducir la responsabilidad hacia un fundamento unitario y tener en cuenta principios objetivos unitarios” (p. 24).

No es misión del derecho privado brindar una solución más gravosa a las nuevas formas de dañosidad. Es una intromisión en una competencia que el Estado delegó en el derecho penal.

2.3.1.2 Tradición histórica.

Es una conquista jurídica que se haya logrado escindir; por un lado, la rama del derecho penal en el ámbito público; y por el otro, la rama del derecho civil en el

ámbito privado. Admitir la función punitiva de la responsabilidad civil equivale a negar la lucha jurídica por superar a la culpa (Picasso, 2012).

El Estado de derecho delega al derecho penal el monopolio de la administración de justicia para juzgar y sancionar conductas antijurídicas según su trascendencia y gravedad. En este sentido, Bustamante Alsina (2001) es tajante y niega cualquier posible traslación de principios de legislaciones foráneas que permitan penas civiles o sanciones represivas, retributivas o ejemplares en el ámbito del derecho privado, su aplicación está reservada por su carácter público a los ilícitos penales. El Código de Napoleón y la Corte de Casación francesa –máximos referentes del *civil law*- así se han manifestado.

El ordenamiento jurídico hunde sus raíces en los fundamentos filosóficos del derecho continental europeo. Así, la función resarcitoria tiene sus raíces filosóficas justificativas en los principios aristotélicos de la justicia conmutativa. Mientras que la justicia retributiva lo es del derecho penal y tiene lugar cuando es necesario castigar para restablecer la igualdad (Bueres y Picasso, 2011).

2.3.1.3 *Naturaleza penal de la multa.*

Tanto la teoría general del derecho como la dogmática jurídica diferencian la pena de la indemnización, si bien ambas son consecuencias del incumplimiento del deber jurídico determinado en una norma, sus finalidades son distintas (Picasso, 2012).

La sanción represiva o retributiva constituye una pena que se impone para hacer sufrir al infractor un mal sobre sí mismo en su persona o en sus bienes, es también preventiva porque su objetivo es evitar que se reiteren a futuro las conductas antijurídicas. Se caracteriza por ser excepcional, ya que la regla será la sanción

resarcitoria cuya finalidad es restablecer el lesionado bien jurídico conforme a derecho (Bustamante Alsina, 2001).

Sostienen los autores, que la pena es la herramienta exclusiva de la que se vale el derecho penal para cumplir con su finalidad de sancionar el ilícito penal; el ilícito civil por ende, no admite multas o penas privadas¹⁴. Bustamante Alsina (2001) evoca los artículos del código de Vélez -1109 y el 1072- tomados del código de Napoleón, los cuales rezan que en modo alguno sufrirá una pena o castigo quien dañe, aun cuando lo hiciera con dolo.

Por otro lado, Pizarro y Vallespinos (1999) sostienen que:

Habrà 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 graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero a favor de la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, destinada al propio Estado o a otros terceros (p. 245).

A su turno, Bustamante Alsina (2001) refuta:

Si su conducta tipifica un delito previsto y penado por la ley penal habrá cometido por el mismo hecho, otro ilícito que al comprometer el orden público y la organización social, será sometido a la jurisdicción penal y con las garantías del debido y específico procedimiento criminal tendrá que recibir una condena que llevará a la aplicación de la condigna sanción represiva o castigo que será la pena pública prevista por la ley para el específico delito cometido (p. 5).

El principio de legalidad y el principio de reserva suponen que los individuos deben conocer cuáles son los hechos por los cuales serán penados, ello requiere de la

¹⁴ Bueres y Picasso (2011) y Bustamante Alsina (2001) niegan el carácter de multas civiles a las astreintes, intereses punitivos, cláusula penal, intereses sancionatorios. Bueres y Picasso (2011) los denominan daños “ultracompensatorios” y alega que son resabios insignificantes de antiguas ideas represivas. Las astreintes, resarcan un daño causado por un ilícito procesal y la cláusula penal es una estipulación contractual en virtud de la cual, se anticipa la indemnización para el caso de retardo o incumplimiento y los intereses punitivos como penas civiles de origen legal.

descripción taxativa del hecho punible en una ley. Bustamante Alsina (2001) agrega: “El derecho penal aparece así como un sistema discontinuo de ilicitudes o sea un conjunto limitado de figuras jurídicas cerradas y a las cuales debe adecuarse la conducta antijurídica culpable para merecer la sanción retributiva que constituye la pena” (p. 3).

Sólo se podrá aplicar un castigo con un proceso penal mediante y las garantías correspondientes, previa tipificación de la conducta sancionada.

La distinción entre pena e indemnización es importante ya que fija los criterios para evaluar el monto de la suma a abonar: para la pena se tiene en cuenta la gravedad de la conducta del responsable, y para la indemnización, el daño efectivamente causado.

Bueres y Picasso (2011) sostienen que de existir el dolo en el actuar, luego las consecuencias del comportamiento fueron previstas en el caso en concreto, y en ese caso la extensión del resarcimiento podrá agravarse conforme el cálculo de la adecuación causal, ya que ésta indemnización no solo mira a la víctima sino también al dañador. Y cita a Pantaleón Prieto:

La responsabilidad civil está sujeta al principio dispositivo o rogatorio sin que su determinación pueda establecerse de oficio, que para graduar el monto de la indemnización no se apunta a la gravedad de la falta sino a la entidad del daño causado, que es asegurable y transmisible *iure hereditatis* (p. 52).

2.3.1.4 Razones de eficiencia.

El derecho penal es más eficiente a la hora de sancionar inconductas y prevenir su reiteración a futuro. Así lo entiende Picasso (2012):

El sistema penal cuenta con un corpus sólido y riquísimo en contenidos, que viene desarrollándose secularmente en torno a la punición de los hechos delictivos, y presenta un esquema sancionador variado, que no se agota en el simple pago de una

multa —como sería el caso de los "daños punitivos"—, sino que se extiende también a la imposición de penas de prisión o reclusión, sin contar con los accesorios tales como la inhabilitación (p. 2).

2.3.2 *Tesis a favor de la función punitiva de la responsabilidad civil.*

La doctrina mayoritaria (Álvarez Larrondo, 2011; Galdós 2014; Junyent Bas y Garzino, 2011; López Herrera, 2011; Lovece, 2012, 2013; Lovece y García Ocio, 2005; Moisset de Espanés, 1999; Mosset Iturraspe, 2011; Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016; Otaola, 2013, 2014; Pizarro y Vallespinos, 2000, 1999; Pizarro y Stiglitz, 2009; Vergara, 2011; Zavala de González, 2015; entre otros) considera que la punición del ilícito en el ámbito civil es plenamente viable.

A continuación se desarrollan las razones esgrimidas por quienes apoyan que la responsabilidad por daños debe cumplir una función punitiva en los casos que así lo ameritan:

2.3.2.1 *La función punitiva no es privativa del derecho penal.*

El derecho penal es un mecanismo de control social pero no es el único (López Herrera, 2011; Vergara, 2011). El derecho penal es la última ratio del ordenamiento jurídico y ello se condice con el principio de subsidiariedad que rige en la materia penal, es decir que se recurrirá a él cuando no exista otro mecanismo de control social más idóneo. Al respecto, López Herrera (2011) sostiene que el derecho penal no es un fin en sí mismo, y debe propender a la realización del bien común como cualquier otra rama del derecho.

En el derecho penal no hay consenso respecto de la función retributiva o preventiva de la pena, mucho menos debiera causar asombro la discusión en el ámbito del derecho civil. Además de ello, el sistema penal preventivo está saturado. La constitución dice que las cárceles no serán para castigo. En este sentido López Herrera (2011) sostiene que:

El derecho penal encuentra su justificación histórica en objetivos retributivos en un primer momento, pero dadas sus limitaciones, luego se descubren nuevos fines para la pena, dando lugar a las teorías preventivas, las cuales, a su vez, también tiene sus puntos débiles, por lo que al final se ensayan varias soluciones mixtas o eclécticas. Con mayores o menos variaciones y muy en líneas generales, puede decirse que los sistemas occidentales consideran que las sanciones tienen como finalidad la prevención del delito, teniendo como límite máximo la culpabilidad del sujeto (p.137).

Pizarro y Vallespinos (1999) sostienen que la tendencia a despenalizar ciertos delitos es más fuerte respecto de delitos menores que no revisten gravedad, sumando al costo de dinero y tiempo que insume llevar adelante un proceso judicial y de esta manera descomprimir esta rama. De esta manera, sería mejor para todos que el derecho penal intervenga en los delitos graves.

Por su parte Otaola (2013, 2014) afirma que la función punitiva no es privativa del derecho penal, ni la función reparadora es propia del derecho privado de daños. Cada rama cumple diversas funciones y se rige por principios diferentes -ejemplifica que en el caso de injuria la retractación pública opera como reparación en especie en el ámbito penal-. Para la citada autora la discusión ha devenido abstracta desde que se incorporara la figura de los daños punitivos al derecho de consumo.

El aporte particular de la autora es buscar los principios de justicia subyacentes en cada función: justicia correctiva en el caso de la reparación, justicia en la distribución de riesgos en la preventiva y respecto de la función punitiva, Otaola se refiere a la justicia correctiva de anular el desequilibrio entre quien se enriquece ilícitamente y quien se empobrece ilícitamente, y eliminar las consecuencias injustas del daño y la acción incorrecta de quien se enriqueció.

2.3.2.2 *Realidad social.*

Las ramas que componen al ordenamiento jurídico se diferencian entre sí, ya no por las funciones que cumple cada una, sino por los principios que imperan en cada una. Estos principios históricos deberán adecuarse y reestructurarse a la luz de la nueva realidad social (Otaola 2013, 2014).

El derecho es dinámico, debe adaptarse a la nueva realidad social que supone el advenimiento de la sociedad de masas y de la sociedad de consumo. Negar la realidad no es el camino, el derecho de daños debe brindar una solución a las nuevas formas de dañosidad que no se contentan con el simple resarcimiento del daño efectivamente causado ya que el ilícito continúa produciendo efectos (Lovece y García Ocio, 2005; Lovece, 2013).

Es la fluctuación de la realidad social que exige respuestas, sin ánimos de interferir en las competencias de otros ámbitos del derecho como el penal. La creciente complejización de las relaciones sociales y económicas que pretenden regular, es válido preguntarse si la sola reparación del daño es suficiente para dar respuesta a fenómenos tan heterogéneos como la contaminación ambiental, la utilización de Internet, o la venta masiva de productos defectuosos, e incluso los aspectos positivos de la teoría sobre el análisis económico del derecho.

2.3.2.3 *Penas privadas.*

Razones de justicia y equidad exigen que para evitar la repetición de ciertos ilícitos gravosos, se conmine al dañador a una afectación patrimonial que excede de la indemnización por el daño efectivamente causado. La multa civil aparece como un mecanismo de control social más idóneo que el derecho penal (López Herrera, 2011).

No existen impedimentos para aplicar multas a los ilícitos civiles a semejanza del sistema del *common law*. En este sentido las XVII Jornadas Nacionales de

Derecho Civil concluyeron que la aplicación de penas privadas monetarias con la finalidad de sanción o punición no es ajena al derecho vigente (Trigo Represas, 2004; 2009). Moisés (2009) sostiene que la sanción civil y la sanción penal son ontológicamente idénticas, y las diferencias entre ambas son de carácter dogmático-contingente.

Si bien no existe un sistema de penas privadas, existen herramientas jurídicas que cumplen una función punitiva. Las penas civiles pueden ser pecuniarias o no. Dentro de estas últimas, a título ejemplificativo, la pérdida de la patria potestad o la incapacidad para suceder por indignidad. Son penas privadas pecuniarias: intereses sancionatorios por conducta procesal maliciosa, intereses punitivos, cláusula penal, astreintes y los daños punitivos. López Herrera (2011) sostiene que es contradictorio afirmar que no hay penas civiles cuando se reconoce que existen penas no pecuniarias, y que excepcionalmente las astreintes son penas civiles una vez liquidadas.

Para Pizarro y Vallespinos (1999) y Trigo Represas (2004, 2009) está pendiente el debate acerca de qué supuestos deberían sancionarse, los criterios y las garantías y límites procesales y sustanciales, ya que no cualquier ilícito sería pasible de la sanción. Igualmente una normativa general debería emerger del derecho privado, sin perjuicio de la regulación específica en cada ámbito.

La sanción económica cuya base normativa sea el derecho privado es idónea para asegurar el equilibrio y transparencia del mercado, la libre competencia, será beneficioso para los buenos proveedores también (Pizarro y Vallespinos, 1999).

Autores como López Herrera (2011) y Mosset Iturraspe (2011) no consideran que el sistema de *common law* sea incompatible con nuestro *civil law*. Es preferible comunicar ambos sistemas en vez de aunar en sus diferencias inconciliables.

Considera al igual que Pizarro (1999) que es más conveniente avenirse al carácter evolutivo del derecho de daños y alejarse de pétreas rigideces y dogmas inmutables. En este mismo orden de pensamientos, Otaola (2013) y Vergara (2011), consideran que el sistema de la responsabilidad civil puede valerse de mecanismos destinados a la prevención al igual que lo hace el derecho penal.

La perfección pertenece a Dios, los humanos difícilmente lleguemos a tener un sistema o una creación perfecta o sin fisuras. De ahí que lo mejor sea aceptar las fallas del sistema de indemnización de daños y corregirlas, con variados instrumentos, entre los que se cuentan los daños punitivos, que, por cierto, no son los únicos ni los mejores (López Herrera, 2011, p. 13)

Pizarro y Vallespinos (1999) se refiere a que la labor del jurista no se limita a una descripción perfecta y acabada del sistema jurídico, sino que debe adecuarse al momento histórico y a las circunstancias de tiempo y lugar, so pena de caer en una producción doctrinal sin consecuencias prácticas. Por ello, el empleo de técnicas foráneas es válido como lo es la punición del ilícito civil.

La multa privada, como el caso del daño punitivo, no tiene como finalidad el castigo sino más bien la prevención. Vergara (2011) sostiene que el derecho de la responsabilidad civil debe cumplir una función preventiva por mandato constitucional, y que esta función es incluso es más importante, la realidad actual exige no esperar a que un daño se produzca para posteriormente repararlo.

Razones pragmáticas que obedecen a criterios de economicidad y utilidad fundamentan la aplicación de multas civiles. “El progreso de una teoría se mide por su despliegue argumental y por su capacidad explicativa, en la medida de que sirva para resolver problemas” (Vergara, 2011, p. 347). El común de la gente no distingue la

rama del derecho que aplica el castigo, basta que la sanción se aplique (López herrera 2011).

La multa civil, más allá de su función disuasiva es adecuada cuando se busca el desmantelamiento de los efectos del ilícito civil (Pizarro, 2000).

2.4 Tratamiento Legislativo

Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, Setiembre de 1999) aconsejaron "la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero", conclusión que fue ratificada en el ámbito de las XXI Jornadas Nacionales (López Herrera, 2011; Otaola 2013; Picasso, 2012).

2.4.1 Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998.

Es el primer intento de regular la función punitiva en el derecho privado común, con la incorporación de la figura de los daños punitivos.

Art 1587. "Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quienes actúen con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada".

2.4.2 Anteproyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Comisión de Reformas¹⁵.

Para López Mesa (2013) el fallo "Teijeiro o Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G" inspiró a las modificaciones y tratamiento normativo de la función punitiva en el derecho de responsabilidad civil. El

¹⁵ Decreto del PEN 191/2011

mismo será objeto de análisis en el Capítulo N° 4 al tratar sobre el factor de atribución requerido para atribuir la sanción al responsable.

El proyecto elaborado por la comisión de reformas preveía una concepción tripartita de la responsabilidad civil. Las funciones se encuentran en pie de igualdad desde el punto de vista cualitativo, empero, desde una perspectiva cuantitativa la operatividad de las funciones distintas a la resarcitoria tienen un ámbito más específico. Se agrega que dado que la figura de daños punitivos ya existe en el micro sistema de derecho de consumidor es conveniente su incorporación (Otaola, 2013, 2014). Al respecto reza:

El Anteproyecto presenta una sistematización innovadora e importantísima en la materia... se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria... Tanto en nuestro país como en el derecho comparado existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia.

Así es que, se incorpora el art 1708 respecto de las funciones de la responsabilidad civil:

Art 1708: "Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva".

El Proyecto a su vez, modifica el nombre del instituto de daños punitivos regulado en la LDC e incorpora una norma de carácter general que regule las situaciones de derecho privado que ameriten su aplicación, saliendo de la órbita de la relación de consumo. Y lo define de la siguiente manera:

Art 1714 "Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los

legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada".

Art. 1715 agrega: "Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida".

Asimismo, se modifica el texto del art 52 bis para armonizarlo con el derecho común.

Hasta éste momento, la sanción punitiva era objeto de una doble regulación: la LDC y el derecho común. En el primer caso, opera frente a la lesión de los derechos individuales de los consumidores, mientras que en el segundo tutela exclusivamente a bienes de incidencia colectiva (Falco, 2014; Galdós, 2014; Picasso, 2012)

2.4.3 Código Civil y Comercial vigente.

La comisión bicameral del Congreso de la Nación modifica el Proyecto de la Comisión de Reformas expuesto anteriormente. Se enrola en una concepción bipartita de la responsabilidad civil, ya que se elimina el art 1714 y con él la posibilidad de aplicar la sanción pecuniaria disuasiva en situaciones diferentes a las enmarcadas en la relación de consumo. Modifica el art 1715 y se lo divide en los actuales 1714 y 1715. No incluye la sanción pecuniaria disuasiva pero si la punición excesiva.

Art 1708. "Funciones de la responsabilidad". Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

Art 1714. “Punición excesiva”. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

Art 1715. “Facultades del juez”. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

La doctrina se lamentó por la exclusión de la norma que regulaba la sanción pecuniaria disuasiva dada su elogiada técnica legislativa y porque no se condice con la regulación de la punición excesiva (Galdós, 2014; Picasso, 2015).

2.5 *Conclusión*

En el presente capítulo se repasó el debate doctrinario en torno a la existencia o no de una función punitiva del derecho de responsabilidad civil. Al respecto, una doctrina minoritaria muy calificada, niega tal función del derecho de daños. Las razones esgrimidas responden a mantener la coherencia del sistema jurídico, respetando las divisiones que existen entre en derecho penal y derecho civil; a respetar la tradición histórica que hunde sus raíces en el derecho continental europeo de tradición romanista; agregan que dada la historia y la práctica en la aplicación de la norma represiva el derecho penal es más calificado y eficiente para su aplicación; por último, y no por ello menor, se niega la existencia de penas en el ámbito del derecho privado.

A tenor de la posición doctrinaria mayoritaria que considera que la función punitiva no es exclusiva del derecho penal. Razones de “aggiornamento”, de adecuación a la realidad social exigen respuestas por parte del derecho de daños, respuestas pragmáticas, y eficaces, que se encarnan en nada menos que las multas civiles, razón que pone en jaque los dogmas y principios históricos tanto del derecho

civil como del derecho penal y adaptarlos y sin entrometerse en la competencia delegada al derecho penal de punir y la mentada coherencia del sistema.

Por último, se expuso el tratamiento legislativo de la función punitiva y la misma resulta un espejo del estado doctrinario de la cuestión. Si bien el reconocimiento de la función punitiva se da en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, la misma no se logró plasmar; luego la Comisión de Reforma del Proyecto de 2012 quiso cerrar el debate con el reconocimiento expreso de la función punitiva en el derecho privado común. Empero, la Comisión bicameral del Congreso decidió no incluirla al tratar las funciones de la responsabilidad civil. Volviendo el debate a foja cero.

Capítulo 3. Los Daños Punitivos

3.1 Introducción

El propósito del presente capítulo es brindar un conocimiento introductorio del instituto de daños punitivos, figura que viene a encarnar la función punitiva en el micro sistema del derecho de consumidor.

Se pretende abordar el origen foráneo, su conceptualización, finalidades, la recepción normativa que tuvo el instituto a la luz de la LDC, analizar la técnica legislativa del artículo 52 bis para posteriormente adentrarnos en el capítulo siguiente sobre el tratamiento del factor de atribución requerido por la norma a los fines de la imposición de la multa.

3.2 Origen

El instituto de los daños punitivos se origina en el sistema del *common law*. Nace en Inglaterra pero su aplicación alcanzó mayor desarrollo en los Estados Unidos (Pizarro, 2000). El instituto es de creación pretoriana y sus lineamientos fueron trazados con el devenir de las distintas decisiones judiciales (López Herrera, 2011). A continuación se mencionarán los casos más relevantes dado que su estudio excede los límites de este trabajo.

El fallo "Rookes c. Barbard" dictado en Inglaterra, se pronunció respecto del ámbito de aplicación de la figura a los fines de aclarar los límites entre las penas penales y civiles (Pizarro, 2000). Este fallo fue tenido en cuenta en los fundamentos del proyecto de 1998 en oportunidad del art. 1587 (López Herrera, 2011). Y delimitó el ámbito de aplicación de los daños punitivos a: 1) casos dispuestos expresamente por la ley, 2) comportamiento arbitrario de un funcionario público, y 3) cuando el autor del ilícito daña sabiendo que el costo de la indemnización por el daño causado será inferior a los réditos obtenidos por su actuar.

La jurisprudencia norteamericana es pacífica respecto de la admisión de sanciones ejemplares punitivas (Pizarro, 2000). Trigo Represas (2011) y López Mesa (2013) hacen mención especial de los casos "Grimshaw vs. Ford Motor Co"¹⁶ del año 1981 –conocido como el caso “Ford Pinto”; y “Anderson vs. General Motors” de 1999. En ambos casos se sancionó a las empresas con una exorbitante multa, porque no obstante tener conocimiento de que las unidades automovilísticas por ellos producidos eran defectuosas; fueron introducidas al mercado, previo análisis del costo beneficio que supondría pagar e indemnizar a las potenciales víctimas y el costo de retirar del mercado y modificar las unidades, el beneficio en términos económicos estaba dado por el pago de daños ocasionados a las eventuales víctimas. Se patentiza el menosprecio por los derechos ajenos y la seguridad pública en aras del ánimo lucrativo.

3.3 Cuestión Terminológica

Los "daños punitivos" es la traducción literal de “*punitive damages*”¹⁷ (Bustamante Alsina, 2001).

Algunos autores (Bustamante Alsina, 2001; Moisés, 2009; Pizarro, 2000; Kemelmajer de Carlucci citada por Bustamante Alsina, 2001) critican la terminología daños punitivos porque no se castiga el daño en sí mismo sino ciertos ilícitos calificados por su gravedad. En línea coincidente, la Comisión de Reformas del Proyecto de CCyC de 2012 propuso la denominación de sanción pecuniaria disuasiva. Al respecto, Picasso (2012) considera más apropiada la denominación de sanción punitiva.

¹⁶ Civ. No. 20095. Court of Appeals of California, Fourth Appellate District, Division Two. May 29, 1981.

¹⁷ *damages* se refiere daño que afecta al damnificado, y *punitive* a la idea de castigo o punición que debe dirigirse al dañador.

Por su parte, López mesa (2013) y López Herrera (2011) no creen necesaria la modificación del *nomen iuris*, dado el arraigo en la doctrina y jurisprudencia y su modificación solo generaría confusión.

3.4 *Concepto*

Pizarro (1993) define al instituto como:

Sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (p. 291).

Prosser y Keeton (citados por López Herrera, 2011) los definen como:

Tales daños [que] son otorgados al actor además y por encima de la completa compensación de los perjuicios y con el propósito de castigar al demandado a no hacerlo de nuevo y disuadir a otros de seguir el ejemplo del demandado (p. 17).

Reglero Campos (citado por Trigo Represas, 2008) entiende que son “el “plus” de indemnización que se concede al perjudicado, que excede del que le corresponde según la naturaleza y alcance de los daños” (p. 30).

Por último, Lovece (2013) se refiere a “aquellas sumas de dinero que se imponen en virtud de la producción de daños graves que se anexa a la reparación de los daños sufridos por la víctima, y que están destinados a prevenir el acaecimiento de daños similares” (p. 1256).

3.5 *Finalidad del instituto*

Las finalidades perseguidas por los daños punitivos son fundamentalmente: la punición de graves inconductas y la prevención o disuasión de la reiteración de esas conductas (Barreiro, 2014; Falco, 2014; López Herrera, 2008; Junyent Bas y Garzino, 2011a; Molina Sandoval, 2008; Pizarro, 2000, Trigo Represas, 2004, 2008, 2009)

Para Shina (2014) y Moisset de Espanés (citado en Mosset de Iturraspe, 2011) la finalidad es preventiva pero con consecuencias punitivas. Álvarez Larrondo (2011), Barreiro (2014), Lovece (2012), Otaola (2013, 2014) y Vergara (2011) sostienen que es una herramienta principalmente preventiva.

Bueres y Picasso (2011), Bustamante Alsina (2001) y Tévez y Souto (2013) sostienen que la finalidad es netamente punitiva. Esta última autora entiende que desde una perspectiva del análisis económico del derecho es un mecanismo efectivo para disuadir graves inconductas teniendo en cuenta el costo mayor que implica afrontar una multa.

Pizarro (1999, 2000) sostiene que además se pretende el desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos cuando la vía resarcitoria no es suficiente para eliminar la ventaja económica generada por el ilícito. También se consideró como finalidades: restablecer el equilibrio emocional de la víctima, reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas, proteger el equilibrio de mercado, entre otros.

En el ámbito específico del derecho consumeril, la multa civil tiene un efecto preventivo, disuasivo y ejemplar de conductas que se exteriorizan como desaprensivas, antisociales e indignantes, con menosprecio de los derechos ajenos y de los derechos de incidencia colectiva. El efecto disuasivo pretende evitar que estas conductas se reiteren en el futuro a través del *quantum* de la pena. En función de ello, se valorará la importancia del bien o interés jurídico vulnerado en el caso en concreto –siguiendo la regla del art 1725 del CCyC- Y a mayor importancia del bien jurídico protegido mayor será la diligencia exigida en su cuidado.

Es el carácter eminentemente proteccionista del derecho de consumo que justifica esta finalidad preventiva. La sociedad actual es una sociedad diferente a la concebida por Vélez Sarsfield, los riesgos se incrementan debido a la producción

masiva que se caracteriza por la asimetría en la información, la impersonalidad de las transacciones y el alcance a gran escala. El art 42 de la CN tutela los derechos del consumidor: 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. Razones de equidad y justicia fundamentan la finalidad preventiva del instituto cuando el resarcimiento no es suficiente para desalentar las conductas que eventualmente puedan dañar a consumidores y usuarios.

3.6 *Supuestos de Aplicación de la Figura*

Díez-Picazo (citado en Trigo Represas, 2009) resume los posibles casos a dos supuestos: 1) cuando el victimario calcula que las ganancias obtenidas del ilícito superan a la indemnización debida al damnificado, 2) cuando hay pocas probabilidades de que el responsable sea juzgado judicialmente (ya sea por el monto escaso del daño, abuso de la posición dominante, etc.)

Zavala de González (1997) menciona que los beneficios pueden ser el resultado de ahorro en los mecanismos de prevención del daño, agrega los supuestos de micro lesiones o daño difuso: el dañador especula que el damnificado no hará ningún tipo de reclamo dada la insignificancia del mismo. Esto está relacionado con lo que Pizarro (2000) llama *mass disaster litigation* (múltiples daños en distintos lugares y hasta en diferente tiempo) y la culpa lucrativa (López Herrera, 2011)

Pizarro (1999, 2000) señala entre los principales supuestos de aplicación: la responsabilidad por productos elaborados causados por: la información defectuosa sobre la utilización o riesgos del producto; o por fallas posteriores a la introducción del bien o servicio defectuoso al mercado, deficiencias en el control de calidad, la lesión a derechos supraindividuales como el medio ambiente, invasiones a la intimidad privada y ataques al honor y la reputación por abusos en el ejercicio de la

libertad de prensa, protección de la propiedad industrial y los derechos intelectuales; publicidad engañosa; entre otros.

3.7 *Debate respecto de la Conveniencia e Inconveniencia de su Adopción.*

El debate respecto de la conveniencia de introducir la figura de daños punitivos al régimen de responsabilidad civil tiene lugar con el *landmark* de Pizarro (López Herrera, 2011).

La doctrina que niega que la responsabilidad civil cumpla una función sancionatoria niega la existencia de multas civiles en el ordenamiento jurídico, por ende consideran improcedente la adopción del instituto (Bueres y Picasso, 2011; Bustamante Alsina, 2001; López Mesa, 2013; Moisés, 2008; Mayo citado en López Herrera, 2011; Picasso, 2012, 2014, 2015) Y consideran que el instituto de los "daños punitivos" no constituyen la sanción apropiada a los ilícitos civiles. Aquí las razones:

a) Incompatibilidad entre el sistema del common law y el civil law. El sistema de la responsabilidad civil es de tradición continental europea con base romanista, es escrito y legal, el juez debe adecuar sus decisiones al texto de una ley; a diferencia del sistema anglosajón donde la fuente del derecho es predominantemente pretoriana.

b) Viola el principio del enriquecimiento sin causa.

c) No existen las penas del ilícito civil. El daño punitivo es una multa, la multa tiene naturaleza penal luego el daño punitivo tiene naturaleza penal.

d) Su determinación es arbitraria.

d) Desde un análisis económico del derecho su aplicación es social y económicamente disvaliosa ya que el costo que implica invertir en mecanismos de prevención será trasladado a los precios, los cuales serán absorbidos por los destinatarios de los productos y servicios, encareciendo los productos e impactando en la demanda y en la oferta.

Trigo Represas vincula el instituto de los daños punitivos a la función preventiva de la responsabilidad por daños. Si bien no encuentra impedimentos para aplicar penas privadas considera que el instituto generaría “más disfuncionalidades que soluciones reales...” (2009, p. 48) Además de considerarlo peligroso. López Mesa (2013) menciona el peligro de la industria del juicio por parte de abogados y clientes que quieran enriquecerse y los fallos que pequen de ideológicos o progresistas, y como ejemplo de disfuncionalidad menciona la desproporcionalidad y agrega que la magistratura argentina no está preparada para lidiar con este tipo de multa civil.

En lugar de la adopción de esta herramienta ofrecen soluciones alternativas. Así, Picasso (2012) sugiere recurrir a los regímenes sancionatorios penal y administrativo existentes, estos sistemas contemplan la figura penal del decomiso, sanciones por transgredir las leyes de Lealtad Comercial, Defensa del Consumidor, y Defensa de la competencia (Perriau, 2012, coincide con esta línea de pensamiento). También la acción colectiva, al respecto dice:

Solo la puesta en práctica de una verdadera posibilidad de accionar colectivamente por reparación de los daños de poca cuantía sufridos individualmente por una pluralidad de víctimas sería hábil para asegurar la prevención de las culpas lucrativas no sancionadas penalmente, reparando eficazmente al mismo tiempo el perjuicio sufrido por la víctima (p. 3)

Kemelmajer de Carlucci (citada en Bustamante Alsina, 2001) adopta una postura que López Herrera (2011) denomina intermedia. Para la citada autora el ordenamiento debe permitir que el damnificado opte por reclamar entre el daño efectivamente sufrido y las ganancias obtenidas por el dañador con fundamento en los derechos reales.

Bustamante Alsina (2001) propone promover en nuestro país la reforma y sanción de las leyes penales adecuadas a la realidad de hoy.

La doctrina mayoritaria se manifiesta a favor de la conveniencia de introducir la figura de daños punitivos (Álvarez Larrondo, 2011, 2014; Ariza 2008, Barreiro, 2014; Chamatropulos, 2009, 2012; Colombres, 2012a, 2012b; Falco, 2014; Farina, 2009; Galdós, 2014; Garzino, 2016; Hernández y Frustragli, 2014; Irigoyen Testa, 2012; Junyent Bas, F. A y Garzino, 2011a, 2011b, 2012; López Herrera, 2011; Lovece, 2012, 2013; Lovece y García Ocio, 2005; Martínez Alles, 2015; Moisés, 2009; Molina Sandoval, 2008; Molina Sandoval y Pizarro, 2010; Mosset Iturraspe, 2011; Nallar, 2012; Otaola, 2013, 2014; Perrioux, 2012; Pizarro, 2000, 2004; Pizarro y Stiglitz, 2009; Pizarro y Vallespinos, 1999; Rúa, 2009; Tévez y Souto, 2013; Vergara, 2011 y Zavala de González 1997, 2015)

3.8 *Pautas de Valoración*

Pizarro (1999, 2000) postula parámetros objetivos de procedencia de la multa con el fin de superar la crítica referida a la arbitrariedad en su determinación y a su vez evitar la desproporción entre el monto y la falta. Ellas son: la gravedad de la falta, la situación patrimonial y económica particular del dañador, los beneficios obtenidos del ilícito, posición de poder y en el mercado del dañador, el carácter antisocial de la conducta, finalidad disuasiva futura perseguida, actitud del demandado luego de que su falta fue descubierta, entre otras.

Estas pautas fueron reproducidas en el art. 49¹⁸ de la LDC (López Mesa, 2013).

¹⁸ ARTICULO 49. — Aplicación y graduación de las sanciones. En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley, incurra en otra dentro del término de CINCO (5) años.

3.9 *Recepción Legislativa en la LDC*

El instituto de los daños punitivos fue incorporado por la ley 26361 a la LDC en el art. 52 bis. Su texto 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. 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".

La ley mencionada también evoca la aplicación de daños punitivos en el art. 8 bis¹⁹ que regula sobre el trato digno y las prácticas abusivas (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

3.9.1 *Características de la regulación.*

El instituto tiene fuente legal, es a pedido de parte y es de aplicación discrecional del juez, el monto de la sanción tiene un mínimo y un máximo establecido en el art 47 inc b²⁰ de la misma ley, la condena se destina completamente

¹⁹ Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.

En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.

Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

²⁰ b) Multa de PESOS CIEN (\$ 100) a PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000)

a la víctima. Requiere el marco de una relación de consumo, un consumidor y un proveedor en los términos de la LDC (López Mesa, 2011)

3.9.2 Aspectos controversiales del texto de la norma.

La técnica legislativa del artículo ha generado debates respecto de la condición necesaria para la procedencia de la multa, el destino de la misma, su determinación arbitraria, hasta incluso su constitucionalidad.

La principal objeción respecto del destino de la multa es que la víctima experimentaría un enriquecimiento sin causa (Bustamante Alsina, 2001; Moisés, 2009; Picasso, 2012) Sin embargo, otros autores (Falco, 2014; López Herrera, 2011; Pizarro, 1999, Závala de González y Závala de González, 1997) están de acuerdo en que el destinatario del monto sea la víctima por razones de practicidad ya que incentivará a las víctimas a denunciar. Por último, otros autores (Molina Sandoval, 2008; Mosset de Iturraspe, 2011; Nallar, 2012) consideran que podría destinarse una parte a la víctima y otra a un fondo especial o asociaciones que persigan prevenir o ayudar a damnificados no satisfechos.

Los principales detractores de la figura se oponen a que la fijación del monto sea judicial, y proponen que en su lugar debería ser legal. Mosset Iturraspe (2011) sostiene que se caería en un positivismo puro de no permitir y delegar confianza en el juez.

Se ha dicho que el texto es vago y laxo respecto de los parámetros objetivos de la valoración de la multa -la gravedad del hecho y las circunstancias del caso-. Se ha criticado que los dañadores sean solidarios, se enfrenta la responsabilidad objetiva del art. 40 –objetividad en la imputación y solidaridad de los intervinientes- del micro sistema de derecho consumeril con el macro sistema del derecho privado.

Respecto de la constitucionalidad de la norma, quienes sostienen que la multa es penal consideran violados los siguientes principios del debido proceso.

Principio de no declarar contra sí mismo: se viola este principio ya que el procedimiento civil no aplica la protección de no declarar contra sí mismo lo cual es una desventaja frente a la absolución de posiciones que puede utilizar el actor en su beneficio.

Principio del non bis in ídem (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho): supuesto en que el demandado efectuó un pago de una multa penal o administrativa con motivo de un hecho idéntico al que motiva los daños punitivos.

Principio de igualdad frente a la ley: el hecho de que el monto recaudado se destine a la víctima significa un enriquecimiento sin causa.

Principio de legalidad: por la falta de tipicidad de la conducta a sancionar.

Principio de culpabilidad: solidaridad de los dañadores y por bastar el mero incumplimiento de las obligaciones como presupuesto de aplicación.

López Herrera (2011) sostiene que la XVII Jornadas de Derecho Civil (Santa Fe, septiembre de 1999) concluyó de *lege ferenda* que las penas privadas no estaban alcanzadas por las garantías constitucionales propias del proceso penal. No obstante, se precisó que las mismas no sean excesivas, es decir que sean razonables conforme el art. 28 de la Constitución Nacional y que respeten las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa.

El citado autor distingue entre el debido proceso sustantivo y el debido proceso adjetivo. El primero consiste lisa y llanamente en no violar el principio constitucional de razonabilidad y admite la inconstitucionalidad en caso de ser el monto excesivo, ya que por su confiscatoriedad turbaría el derecho de propiedad.

Finalmente y no por ello menos importante, la norma nada dice respecto del factor de atribución o imputabilidad, solo se hace mención a la autoría como presupuesto de aplicación. Por lo que la norma ha sido objeto de interpretaciones diferentes, y ha dividido a la doctrina (Mosset Iturraspe, 2011). Aspecto este que será objeto de estudio en el capítulo siguiente-

Haciendo eco de las críticas mencionadas, la comisión de reformas del Anteproyecto 2012 de Código Civil y Comercial propuso la modificación del actual art 52 bis con el fin de darle claridad y armonizarla con los arts. 1714 y 1715 ya analizados.

"Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida."

Ya se mencionó que la modificación no se materializó.

3.10 Conclusión

Los daños punitivos es una figura exportada del sistema del *common law* y sus alcances y características fueron delineándose con las sucesivas decisiones judiciales en Inglaterra primero y en Estados Unidos después.

Los daños punitivos consisten en la aplicación de una sanción pecuniaria ejemplificadora con el fin de punir graves conductas, por encima de la indemnización que conforme al principio de la reparación integral recibe la víctima. Es un plus que en determinados supuestos el ordenamiento jurídico manda a pagar; no solo con el fin de punir sino que fundamentalmente para evitar la reiteración de la conducta antijurídica.

El caso emblemático de la figura es el Ford Pinto, como consecuencia de la introducción al mercado de un rodado que poseía defectos en su fabricación, que en ciertas condiciones de uso lo volverían no apto para su uso y por sobre todo peligroso para la seguridad. Es que conociendo la falla, se decide no retirar las unidades lanzadas al mercado ya que sería menos costoso simplemente reparar o indemnizar a las potenciales víctimas. Cuando se sanciona y desalienta este tipo de prácticas se trata la doctrina se muestra conteste en adoptar la figura.

En nuestro derecho, la figura se aplica en el ámbito del micro sistema de los derechos del consumidor. La introducción de esta herramienta viene a provocar un cambio en nuestra cultura jurídica, al poner en jaque principios que impregnan la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, y enfrentando a la doctrina a su derredor.

Capítulo 4. Factor de Atribución de los Daños Punitivos

4.1 Introducción

El art. 52 bis de la Ley de Defensa de Consumidor reza que el consumidor podrá solicitar la aplicación de una multa civil ante el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor.

De lo anterior se desprenden los siguientes interrogantes: A los fines de la imposición de la multa civil del art 52 bis de la ley de Defensa de Consumidor ¿Basta con acreditar el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor? ¿O es necesaria la concurrencia de un reproche subjetivo de una entidad tal que fundamente la atribución de dicha responsabilidad?

Pues bien, la doctrina no es pacífica respecto del factor de atribución requerido por la norma para la imputación de la multa civil de daños punitivos ya que como dice Mosset Iturraspe (2011) la norma solo hace referencia a la autoría como presupuesto de aplicación. Por lo que la norma ha sido objeto de interpretaciones diferentes, y ha dividido a la doctrina.

Dos carriles interpretativos se han manifestado entre quienes defienden la figura de los daños punitivos. Por un lado, una interpretación restrictiva e integrada que responde a la coherencia normativa y que se integra con los principios constitucionales. Y por el otro, una interpretación amplia que se erige de una lectura literal del texto de la ley (Álvarez Larrondo, 2014).

La principal fuente jurisprudencial a trabajar será el caso Teijeiro²¹. Caso paradigmático que representa la cuestión problemática respecto del factor de atribución requerido para la imputación de la responsabilidad del art. 52 bis.

²¹ Juzg. 1ª Inst. Córdoba, Civ. y Com. 5ª Nom., “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G.” (2011) La Ley Cita Online: 70070864.

4.2 *Faz Objetiva*

4.2.1 *Doctrina.*

Un sector de la doctrina (Lovece, 2012, 2013; Lovece y García Ocio, 2005; Mosset Iturraspe, 2011; Vergara, 2011) considera que a los fines de la imposición de la multa civil del art. 52 bis basta con acreditar el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor. Quienes sostienen que el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales puede dar curso a la petición de la pena se basan en un factor de atribución objetivo o en una reprochabilidad genérica de la conducta antisocial.

4.2.1.1 *Reprochabilidad genérica de la conducta desde el punto de vista social.*

Závala de González y Závala de González (1997)²² sostenía:

No es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica al hecho perjudicial. Basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio... (p. 2)

Dado que la principal función de la indemnización punitiva es dismantelar los efectos del ilícito basta una reprochabilidad genérica en la manera de desenvolver la actividad. El foco de atención es la obtención ilegítima de beneficios y su conservación aún luego de resarcir el daño. El beneficio económico puede ser el resultado de un ahorro en los costos de mecanismos de prevención, y aunque no haya sido previsto o deseado. Al respecto menciona el caso de daños múltiples que analizados individualmente son de escasa entidad o insignificantes pero que sumados

CApel.Civ. y Com. 3ª Nominación. Córdoba, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G.” L.L. Cita Online: AR/JUR/8275/2012.

T.S.J. Córdoba, Sala Civ. y Com., “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G.” L.L. Cita Online: AR/JUR/6030/2014.

²² Este trabajo fue elaborado con anterioridad a la introducción del art. 52 bis en el año 2008.

todos ellos generan un beneficio ilegítimo. Metafóricamente la autora se refiere a los frutos de un árbol envenenado.

En la redacción del art. 1587 del proyecto del código civil de 1998 –ver capítulo segundo- no se hace referencia al factor subjetivo, basta como conducta antisocial la *grave indiferencia a los derechos ajenos*.

Vergara (2011) sostiene que la multa se aplica frente a un incumplimiento genérico que es evaluado en función de la gravedad del hecho y las demás circunstancias del caso que lo rodean. Considera que una interpretación literal o exegética deviene improcedente por irrazonable ya que se impondría la multa frente a una simple infracción sin consecuencias graves. Entiende que el origen de este incumplimiento puede obedecer a un factor de atribución objetivo como ser: cosa riesgosa, actividad riesgosa, incumplimiento de una obligación de seguridad, etc.; ya que el lucro o beneficio indebido puede provenir de una actividad que genere daño con o sin la concurrencia de un reproche subjetivo.

4.2.1.2 Responsabilidad objetiva del art. 40²³ de la LDC.

Se parte de la premisa de que el sistema de derecho de consumo es autosuficiente²⁴, y por ende las reglas de responsabilidad civil del derecho común no serían aplicables en materia de defensa de consumidores y usuarios. La sociedad de consumo es una sociedad de riesgos, riesgos que son previsibles y controlables. Pesa sobre los proveedores una responsabilidad objetiva y solidaria. La imputación objetiva es la regla en el sistema de consumo en virtud de que el deber de resarcir se funda en

²³ Art 40 LDC. “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”

²⁴ El plexo consumeril se integra con la Ley N° 22.262 de Defensa de la Competencia (actualmente Ley 25.156), la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial, la Ley 19.511 de Metrología Legal y la Ley N° 18.284, el Código Alimentario Argentino y otras normas regulatorias de actividades específicas.

la creación de riesgos, y las únicas eximentes admitidas son las que corresponden a la ruptura del nexo causal. El art. 40 en la última parte dice que *sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena* (Lovece, 2012; Mosset Iturraspe, 2011). Es decir que una vez configurado objetivamente un hecho antijurídico imputable al proveedor consistente en un incumplimiento de sus obligaciones se aplicará la multa.

Lovece (2013) afirma que la objetivación de la LDC facilita “el acceso a la reparación de los consumidores evitando la fragmentación de la responsabilidad y el consecuente traslado de riesgos a los más débiles” (p. 1259).

Mosset Iturraspe comparte la visión objetiva de la imputación, atribuida al riesgo del obrar o del comportamiento, deja a un lado ‘la pretensión de indagar en la conciencia del dañador’ y se basa en la ‘realidad de las cosas’ (2011, p. 158). El citado autor y Wajntraub (citado por Junyent Bas y Garzino, 2011a) sostienen que los requisitos de aplicación son: a) incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor, b) solicitud del consumidor, c) graduación de la sanción según la gravedad del hecho y las circunstancias del caso, d) tope de la multa de 5 millones.

4.2.1.3 El riesgo en la actividad económica.

Para Lovece (2012, 2013) la norma es de carácter general y se aparta del derecho anglosajón ya que no se alude a la función sancionatoria ni a la conducta del agente dañador porque no es ese el espíritu de la ley. Si esa hubiese sido la voluntad del legislador lo hubiese aclarado y no es el caso.

Se requiere sí, de un daño grave, el cual no alude al factor de atribución, la gravedad del hecho que requiere la norma mira al resultado final o efecto de la conducta del dañador. La multa viene a compensar los daños extraordinarios

generados cuando la maximización del beneficio excede el riesgo socialmente aceptable (Lovece, 2013).

El criterio objetivo de imputación de responsabilidad seguido por la norma es la actividad económica que constituye un riesgo potencial en sí mismo; y el beneficio económico perseguido con dicha actividad (Lovece, 2012; Lovece y García Ocio, 2005).

4.2.2 Jurisprudencia.

4.2.2.1 Teijeiro – Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial de la Quinta nominación.

El caso Teijeiro es paradigmático en cuanto a la interpretación del artículo 52 bis. Luis Mariano Teijeiro en calidad de consumidor adquirió una botella de gaseosa que contenía un cuerpo extraño flotando en su interior. El consumidor promovió acción contra la empresa productora, distribuidora y proveedora de la bebida a fin de reclamar por el resarcimiento del daño material, daño moral y daño punitivo.

La actora alegó que la demandada incurrió en el incumplimiento de las normas de control de calidad, del Código Alimentario y de la ley de defensa de la competencia y del art 42 de la CN. Y basó su demanda en los siguientes puntos: el innegable hecho objetivo del producto viciado, el deber de la justicia de dictar una sentencia ejemplificadora con el fin de moralizar y equilibrar el mercado y de disuadir a las empresas de actuar con desaprensión en los controles de calidad, en que la finalidad teleológica de la norma es preventiva y la voluntad del legislador apunta a estimular que los consumidores denuncien los incumplimientos de la LDC, actuando estos como fiscales de la ley y descolapsando la justicia penal, y a poner atención en la antijuridicidad significativa antes que en la escasa entidad del daño a la hora de

aplicar la multa civil, ya que si así no fuera, ningún damnificado se interesaría en alegar y probar la transgresión.

La sentencia de primera instancia en el caso Teijeiro hizo lugar a la solicitud de aplicación de daños punitivos, y consideró que pese a que el factor de atribución requerido para la imputación es subjetivo, la prueba aportada respecto de la diligencia debida en el control de calidad, no fue suficiente para enervar la negligencia grave. Que en virtud de los arts. 5 y 40 de la LDC, se requiere que los bienes y servicios en condiciones normales y previsibles de uso en modo alguno representen un peligro para el consumidor, lo cual configura una obligación de resultado, y su incumplimiento degenera en una responsabilidad de carácter objetivo.

Como consecuencia del decisorio, la Cámara de Apelaciones decidió revocar la multa; por lo que la parte actora interpuso un recurso de casación provincial y alegó:

Arbitrariedad normativa: por la falta de motivación suficiente para apartarse el Tribunal de Apelaciones del derecho vigente, al exigir requisitos que no figuran en el art 52 bis.

Error en la apreciación de la carga de la prueba.

Falta de consideración de hechos confesados por la demandada.

Omisión de ponderar como hecho sobreviniente la ejemplaridad del fallo de la instancia de grado.

4.3 Faz Subjetiva

4.3.1 Doctrina.

Quienes afirman que no cualquier incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor es fundamento suficiente para dar lugar a la petición de este tipo de pena sostienen que el factor de atribución de tipo subjetivo y agravado es

presupuesto de su aplicación (Álvarez Larrondo, 2011, 2014; Ariza 2008, Barreiro, 2014; Chamatropulos, 2009, 2012; Colombres, 2012a, 2012b; Falco, 2014; Farina, 2009; Galdós, 2014; Garzino, 2016; Hernández y Frustragli, 2014; Irigoyen Testa, 2012; Junyent Bas, F. A y Garzino, 2011a, 2011b, 2012; López Herrera, 2011; Moisés, 2009; Molina Sandoval, 2008; Molina Sandoval y Pizarro, 2010; Nallar, 2012; Otaola, 2013, 2014; Perriau, 2012; Pizarro, 2000, 2004; Pizarro y Stiglitz, 2009; Pizarro y Vallespinos, 1999; Tévez y Souto, 2013 y Zavala de González 1997, 2015).

La conducta debe ser especialmente grave o reprochable, con la presencia de dolo o grave negligencia, obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o abuso de una posición de poder que implique un grave menosprecio por los derechos ajenos.

La laxitud en la descripción de la condición de admisibilidad de la multa vinculada con la omisión de un factor de atribución subjetivo, y seguida de una interpretación literal y exegética de la norma, ha llevado incluso hasta a cuestionar su constitucionalidad por violar el principio de culpabilidad²⁵ -tal como se expuso en el capítulo anterior- por una calificada doctrina.

Con el objetivo de salvar la laguna técnica de la ley, Moisés (2009) sostiene que la palabra *podrá* convierte a la norma en una norma de tipo abierto y autoriza a su integración normativa con presupuestos mínimos atento a su insuficiencia legal. El ilícito civil requiere de dos presupuestos, uno objetivo que consiste en un daño que por su gravedad, transcendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar (Galdós, 2014) y otro de tipo subjetivo, la conducta debe ser dolosamente desaprensiva o antisocial.

²⁵ Ver capítulo tercero: Aspectos controversiales del texto de la norma.

López Herrera (2008) propone una lectura en su conjunto y que las pautas indicadas en la norma para evaluar la condena sean tomadas para evaluar también su procedencia, es decir: la gravedad del hecho -hecho doloso o gravemente culpable- y demás circunstancias –las cuales suponen la violación del deber de obrar de buena fe en conjunción con lo dispuesto en el art 49-. Las micro lesiones o daños masivos, o aquellos que por su insignificancia tienen pocas probabilidades de ser objeto de reclamo, serán también objeto de punición y disuasión.

En similar orden de ideas Irigoyen Testa (2012), Junyent Bas y Garzino (2011a, 2011b) y Molina Sandoval y Pizarro (2010) acuden a la integración normativa con *la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso* y la aplicación analógica de las pautas de valoración objetivas²⁶ establecidas en el art 49 de la misma ley y el tope de la multa establecido en el art. 47.

Junyent Bas y Garzino (2011a, 2011b) propician una interpretación axiosistemática, la cual supone la integración normativa, y que en la expresión gravedad del hecho convergen el elemento objetivo y la apreciación de la conducta del dañador, que puede manifestarse como indiferencia y desaprensión frente a la comunidad o como un ejercicio abusivo de los derechos en detrimento de terceros, en contra de la moral y las buenas costumbres. Además, deben evaluarse las circunstancias, las pautas objetivas de valoración y verificar la función preventiva del instituto respecto de los casos futuros y su ejemplaridad.

Colombres (2012) no participa de un criterio restrictivo para aplicar la multa civil, pero sí interpreta que la gravedad de la falta debe ser de una entidad tal que amerite su aplicación y un calificado juicio de reproche.

Barreiro (2014) sostiene que:

²⁶ Ver capítulo tercero: Pautas de valoración.

Compete al órgano jurisdiccional establecer los parámetros de aplicación del daño punitivo. Así algunos optarán por exigir distintos grados de intencionalidad -aunque más no fuere, por omisión- y otros, postura que por vía de principio no se acepta, se darán por satisfechos con el simple incumplimiento. Tan válida es, en definitiva, una interpretación como la otra (p. 8).

En otras palabras, el mero incumplimiento no es suficiente para que un sujeto de derecho sea sancionado.

La omisión del factor de atribución subjetivo atenta contra la seguridad jurídica, el principio de legalidad y de la supremacía constitucional. López Mesa (2013) es categórico respecto de la inseguridad jurídica connatural a la figura, desde que la norma no menciona el factor de atribución sumado a la ausencia de pautas claras, objetivas y previsibles de aplicación.

Irigoyen Testa (2012) siguiendo a la jurisprudencia norteamericana, interpreta que la norma debe ser integrada con otros requisitos, tales como: indiferencia o dolo eventual en contra de la salud y seguridad de terceros, dolo directo, malicia, dolo eventual o culpa grave; y prueba que acredite la relación de causalidad entre la conducta y el riesgo introducido. Así lo entienden también Trigo Represas (2009) López Mesa (2013) y Pizarro (2000).

¿Por qué salvar la norma?

La doctrina mayoritaria entiende que finalidad preventiva del instituto justifica salvar la insuficiencia técnica de la redacción de la norma. En una economía de mercado donde las empresas con ánimo de lucro vulneran los derechos del consumidor, se equilibraría la asimétrica relación mediante la disuasión de inconductas que buscan lucrar a costa de los derechos de usuarios y consumidores.

Asimismo, el desbaratamiento de los lucros mal habidos y la protección de la leal competencia son otras razones que ameritan su aplicación.

Esta finalidad del instituto se podría frustrar si se aguarda a que se provoque un daño resarcible, y trasciende el caso particular de quien solicita la aplicación de la multa civil por su incidencia para casos futuros y respecto de todos los proveedores por su ejemplaridad y no solo con respecto al proveedor incumplidor; por ello, se beneficia todo el grupo económico y social de consumidores (Barreiro, 2014).

Entiende la doctrina que la conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social necesariamente involucra a un factor de atribución subjetivo, la desidia, desaprensión, son manifestaciones de él, también la obtención de una ventaja indebida a costa del consumidor, y el abuso de posición dominante con grave menosprecio (Barreiro, 2014; López Herrera, 2011).

¿Es una interpretación razonable del instituto sostener que éste escapa a los principios de defensa de la responsabilidad civil? No es desacertado integrarlo con el derecho civil (Barreiro, 2014).

El derecho comparado demuestra que, tanto en la jurisprudencia norteamericana e inglesa que le dio origen a la figura, se requería el reproche subjetivo en la conducta (Junyent Bas y Garzino 2011a y 2012; Barreiro, 2014).

Una interpretación literal de la norma es absurdo e incomprensible (Bustamante Alsina, 2001; Junyent Bas y Garzino, 2011a, 2011b; Picasso, 2012, 2015).

La aplicación de la multa responde a la igualdad y justicia, por ello el reproche a la conducta del dañador se evaluará conforme a la desaprensión o transgresiones groseras.

4.3.2 *Jurisprudencia.*

Para Junyent Bas y Garzino (2011a, 2011b) la multa ha sido impuesta generalmente con base a la gravedad del hecho y la reprochabilidad de la conducta del dañador, por antisocial y vejatoria respecto de los consumidores y con base en el trato indigno o prácticas abusivas descriptas a título ejemplificativo en el art 8 bis de la LDC. Son situaciones indignas y de inequidad.

El primer caso en el que se aplicaron los daños punitivos fue en “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina”²⁷. El tribunal consideró reprochable la conducta discriminatoria de la empresa de telefonía Movistar por no contar en la sucursal con un acceso para personas discapacitadas, y fundamentó el decisorio en el incumplimiento de la norma. El tribunal se refirió en el decisorio a que la norma solo requiere un mero incumplimiento por parte de las obligaciones del proveedor. No obstante, agregó no desconocer las críticas a la laxitud del texto, y entendió que la discriminación a discapacitados es una desaprensión socialmente reprochable para con el hombre mismo y su dignidad. La cámara de apelaciones que resolvió el recurso de apelación en Teijeiro se refiere a un abuso de posición de poder con menosprecio de los derechos individuales y de incidencia colectiva a la hora de ejemplificar el elemento subjetivo agravado.

En “Raspanti, Sebastián c/AMX Argentina SA”²⁸ se condenó a pagar la multa por incumplimiento del deber de información de los cargos por gestión de cobranza, por la modificación unilateral del contrato y por la propagación múltiple del daño a todos los usuarios de Claro, el elemento subjetivo estaba configurado por violación del art 8 bis.

²⁷ CApel.Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina” 27/5/2009 en Revista de Responsabilidad civil y Seguros, Año XI, N° 7, julio 2009.

²⁸ CApel.Civ y Com. 6ª, Córdoba, “Raspanti, Sebastián c/AMX Argentina SA”, 26/3/2015

En el caso de “Navarro, Mauricio José c/ Gilpin Nash David Iván”²⁹ se pretendía evitar la reiteración de la conducta dañosa.

En “Arrigoni, Ignacio c/ Telecom Personal S.A.”³⁰ se condenó a pagar daños punitivos por violación del deber de información de los precios del plan, por realizar una sobrefacturación y por el trato indigno que supuso elevar el reclamo a instancia judicial para lograr el reconocimiento de los derechos vulnerados.

En “Anglada, Noerci, y otro c/ Bristol Medicine S.R.L.”³¹ el tribunal interpretó que el incremento en la cuota de la prepaga con base a la mayor edad del afiliado suponía una conducta reprochable por el aprovechamiento de un sector vulnerable de la comunidad, y que no bastaba con la indemnización del perjuicio efectivamente sufrido sino con la disuasión de la reiteración de las mismas conductas en el futuro.

En “Fasán Alejandro c/ Volkswagen S.A.”³² se negó la procedencia de los daños punitivos por no concurrir dolo o culpa grave.

Hasta aquí, fallos cuyos decisorios estaban basados en el art. 8 bis. Se analizará a continuación el *leading case* Teijeiro en el que se decidió la aplicación de los daños punitivos sin recurrir al mentado artículo. Se analizarán los fundamentos de la Cámara de Apelaciones y del Tribunal Superior de Justicia con motivo de resolver el recurso de casación.

4.3.2.1 *Teijeiro - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera nominación.*

La cámara decidió acoger el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y revocar la condena de daño punitivo por entender que no basta con la

²⁹ CApel.Civ y Com. 1ª, Córdoba, “Navarro, Mauricio José c/ Gilpin Nash David Iván”, 20/10/2011.

³⁰ CApel.Civ y Com. 8ª, Córdoba, “Arrigoni, Ignacio c/ Telecom Personal S.A.”, 19/5/2016.

³¹ CApel.Civ y Com. San Isidro. Sala I “Anglada, Noerci, y otro c/ Bristol Medicine S.R.L” 1/11/2010, RCYC, 2011-III-203.

³² CNac.Com. Sala C, “Fasán, Alejandro Luis Arnoldo c/ Volkswagen S.A”, 26/04/2011, El Dial, AA6C1E.

atribución objetiva de la responsabilidad del proveedor establecida en el art 40 LDC. La cámara entendió que sí correspondía el resarcimiento del daño causado ya que se había configurado objetivamente un hecho antijurídico imputable a la demandada en su calidad de proveedora consistente en el incumplimiento de sus obligaciones. Pero este fundamento no justificaba la aplicación de una multa por el solo hecho de primar la obligación de resultado en la normativa consumeril. Es entonces necesario que concorra un reproche subjetivo de una entidad tal que torne conveniente adoptar la medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito.

Los fundamentos de la cámara de apelaciones fueron los siguientes: 1) la aplicación de la multa no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, 2) es facultativo del juez apreciar su procedencia, ya que el art 52 bis dice que el juez *podrá* aplicarla, 3) lo dirimente para determinar el factor de atribución requerido es la naturaleza esencialmente punitiva o sancionatoria de la multa civil, la cual es incompatible con factores objetivos de atribución de la responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, debido proceso, de la defensa en juicio (art. 18 CN) que rigen para cualquier rama del derecho aunque con distinto grado e intensidad, 4) del estudio del derecho comparado y la jurisprudencia norteamericana en la materia el factor de atribución subjetivo es requerido, 5) no basta el solo hecho objetivo y comprobado de un producto vicioso y la no acreditación de la culpa ajena como eximente de la responsabilidad del proveedor.

La cámara también se refirió a que el elemento subjetivo requerido consiste en una conducta deliberada -culpa grave o dolo-, y que supera a la simple culpa o a la debida diligencia, sumado a un elemento objetivo que se traduce en un daño que tiene trascendencia social, repercusión institucional o una gravedad de una entidad tal que

amerite la ejemplaridad, tales como un menosprecio grave a hacia los derechos individuales y de incidencia colectiva.

En resumen, la cámara entendió que no basta el mero incumplimiento para que proceda la aplicación de los daños punitivos sino que se requiere un factor de atribución subjetivo calificado -dolo o culpa grave- Y apreció que en el caso de marras no se comprobó la omisión de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia, ya que la empresa probó un acabado control de calidad de sus productos, tampoco la actora invocó qué medida de precaución o control concreta podía adoptarse para optimizar el resultado; que éste era un caso aislado y no reiterado por lo que el interés social no se advierte controvertido. Por último, consideró que no se aportaron elementos en el juicio que probaran la real y efectiva potencialidad dañosa para la salud.

4.3.2.2 Teijeiro - Tribunal Superior de Justicia.

Por su parte la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia desestimó el agravio expresado por la parte actora fundado en la arbitrariedad normativa, el tribunal consideró que no hubo ostensible apartamiento del derecho vigente sino discrepancias interpretativas de las normas sustanciales y que esa no era la vía para su revisión. El tribunal no se refirió al argumento de la ofendida en cuanto a que era previsible y evitable introducir al mercado una botella viciada.

Al tratar la cuestión referida al daño punitivo, se expresó respecto de los dos criterios hermenéuticos antagónicos: uno minoritario y “amplio” que responde a una interpretación literal de la norma y que exige cualquier incumplimiento por parte del proveedor y otro mayoritario, que no se contenta con el mero incumplimiento sino que requiere el menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva y que se traduce en dolo o culpa grave.

El tribunal entendió que enrolarse en una postura restrictiva y sistemática a los fines de analizar la procedencia de la multa no es un grosero error de derecho y por ende desestimó la causal de arbitrariedad normativa invocada.

Seguidamente, interpretó que es deber de los jueces interpretar las normas conforme al ordenamiento jurídico integralmente considerado y basado en una interpretación dinámica que permita superar las limitaciones que conlleva la letra de una ley. En esta inteligencia, entendió que en el caso en concreto se requiere la concurrencia de:

- ✓ Una conducta deliberada del proveedor consistente en una culpa grave o dolo.
- ✓ 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.

La prueba demostró que la parte demandada cumplía con las reglas de control de calidad impuestas por las normas legales de la materia. Y en la convicción de su actuar diligente, el factor de atribución calificado para la procedencia de la reclamación del daño punitivo no se había verificado.

El daño lucrativo no es un requisito que se exige en todos los casos. Pero, dado el caso en particular, si habría sido una herramienta útil para determinar si la conducta de la demandada buscaba abaratar costos para obtener un beneficio indebido.

Respecto de *las demás circunstancias* a la que se refiere la norma, éstas deben tomarse en cuenta a la hora de evaluar la procedencia de la sanción. Y es así, que se interpretan en ese sentido, a la falta de una falla generalizada y la potencialidad para provocar daño.

No se exige al consumidor probar el origen de la falla, aclara que lo que la cámara intentó manifestar era que no advierte qué medida de control habría sido

omitida por la demandada para poder imputarle la conducta negligente, luego de que se probara el cumplimiento de las normas de control de calidad.

Adhieren a lo decidido por el tribunal: Perrioux (2012), López Mesa (2013), Junyent y Garzino (2012), Hernández y Frustagli (2014).

4.3.3 De la prueba del elemento subjetivo.

La doctrina mayoritaria entiende que para la imposición de la multa se requiere de la concurrencia de un factor de atribución subjetivo agravado. No obstante, a raíz del fallo Teijeiro las opiniones respecto de la valoración fáctica de cuándo se tiene por probado tal elemento son disidentes.

Chamatropulos (2009, 2012) se pregunta cuándo estamos frente al dolo o culpa grave. Y tomando el caso concreto de una botella cuyo contenido está destinado al consumo humano, donde por un lado el proveedor tiene la obligación de garantizar la seguridad de los alimentos y por el otro, el bien jurídico protegido en juego es la salud e integridad física del consumidor, advierte el citado autor que la tolerancia debe ser cero, no hay margen de error posible en los controles de calidad, por lo que el standard de la responsabilidad es agravado. El nivel de diligencia debido se evalúa conforme a la mayor responsabilidad exigida, a la luz del art 1725 del CCyC. Disiente en cuanto a que tenga que ser el consumidor quien deba soportar la falibilidad del sistema y que no se haya valorado la finalidad eminentemente preventiva del instituto a la hora de valorar los daños potenciales que pueden derivar de un deficiente control de calidad, a modo ilustrativo sostiene que no es saludable esperar a que ocurra una desgracia para aplicar la multa. Si bien no coincide con el monto establecido en primera instancia –ya que no se acreditaron demás circunstancias- considera que hay una falta de índole subjetiva de tal gravedad que la hace merecedora de la multa.

Nallar (2012) también pone el acento en la finalidad preventiva del instituto y considera que no se debe esperar a que se reitere una conducta eventualmente dañosa para aplicar la multa ya que el sentido de la norma es precisamente evitar que los daños ocurran.

Irigoyen Testa (2012) entiende que la conducta gravemente reprochable si está probada, desde que la parte demandada alega que es previsible que el sistema falle, luego es probable que ocurra el daño aunque no se quiera el resultado, configurando este un supuesto de dolo indirecto o dolo eventual. Además de ello, el art. 5 de la LDC es categórico en cuanto a que los productos destinados al uso o consumo no deben representar peligro alguno para el consumidor, como así también el art 42 de la CN. Finalmente, el autor entiende que no es tolerable socialmente la adquisición de una botella destinada al consumo con un cuerpo extraño en su interior, y considera útil la sanción desde que incentiva a los consumidores a perseguir conductas riesgosas y dañosas.

Colombres (2012a, 2012b) considera que si falló el control de calidad es porque existió una omisión culposa sobre dicho sistema y entiende que para la configuración del dolo obligacional basta la intención de incumplir, a diferencia del dolo delictual que requiere de la intención de dañar. Dado que la empresa tiene por objeto la venta masiva de un producto destinado al consumo humano, remarca que la masividad involucra niños y adultos mayores, el deber de diligencia exigido es superior a la media. Agrega que no priman las consecuencias del hecho por sobre la conducta.

Martínez Alles (2015) sostiene que cuando de una sanción social se trata, el esfuerzo probatorio debe centrarse en la práctica reprochable misma y que el elemento subjetivo decantará de ello.

Álvarez Larrondo (2014) considera que en el fallo se omitió valorar que la sociedad actual es de consumo y ya no una sociedad del trabajo. Concluye que el abogado deberá trabajar en la elaboración de la prueba a los fines de solicitar la aplicación de la multa civil. Desde que en el caso de marras no se aplicó la sanción por no haberse probado la falla interna concreta que permitió que la botella saliera de la fábrica con el cuerpo extraño en su interior, sumado a que no se trató de un daño lucrativo, de una falla generalizada o reiterada, y que el defecto no era peligroso para la salud.

El rechazo de la pretensión punitiva se asentó, por sobre todo, en la convicción de que la prueba colectada en la causa excluía un factor de atribución calificado.

Las posiciones esgrimidas en este último punto tienen relevancia atento a que fueron vertidas en el reciente fallo dictado por la cámara de apelaciones civil y comercial de la provincia de Tucumán³³ en oportunidad de resolver sobre otro caso similar en contra de la misma demandada, con la salvedad de que se condenó al pago de daños punitivos ya que se introdujo en el mercado una botella de gaseosa con una pila dentro de ella.

³³ CApel.Civ y Com. San Miguel de Tucumán, Tucumán. Sala II “E., N. E. vs. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s. Daños y Perjuicios”, 27/07/2017, RC J 5364/17.

Conclusión Final

El art. 52 bis de la ley de Defensa de Consumidor reza que frente al incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales del proveedor el juez podrá aplicar una multa civil a instancia del consumidor. Dos son los carriles interpretativos que surgen de su lectura; uno minoritario y amplio que surge de una interpretación exegética de la norma y otro mayoritario y restrictivo, que consiste en una interpretación integrada y funcional en consonancia con el ordenamiento jurídico integralmente considerado.

La doctrina mayoritaria se pronunció respecto de la deficiente técnica legislativa de la norma en diferentes aspectos, en el que atañe a este trabajo, fundamentalmente la laxitud de la descripción de la conducta a sancionar y la ausencia de mención de un factor de atribución subjetivo y calificado. En esta inteligencia la magistratura ha materializado el esfuerzo doctrinario por suplir y corregir omisiones y defectos.

Una lectura gramatical, significaría que cualquiera sea la obligación incumplida por el proveedor, exista o no la intención de dañar o incumplir -dolo o culpa-, se haya o no provocado daño siquiera, e incluso sin mediar enriquecimiento patrimonial del dañador, la aplicación de la multa civil estaría justificada. Lo cual, para calificadas opiniones doctrinarias sería un despropósito jurídico, ya que la finalidad del instituto se vería desvirtuada.

Atento al origen foráneo del instituto, los antecedentes de su aplicación en el sistema del *common law* indican que en la mayoría de los casos su aplicación ameritaba la presencia de una particular subjetividad en la conducta del dañador, es

decir, que no cualquier ilícito civil tenía como consecuencia la aplicación de este tipo de sanción.

Por otro lado, este instituto adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, específicamente por la rama de derecho de consumo, debe ser integrado y coherente con el resto de las normas. Nuestro sistema de derecho hunde sus raíces en el sistema de derecho continental europeo de tradición romanista, y se nutre de principios que – si bien a lo largo del tiempo fueron adaptándose a la realidad de las cosas, propio del carácter dinámico del derecho- constituyen el cimiento del andamiaje jurídico al proporcionar seguridad jurídica, indispensable en un estado de derecho.

En aras de lograr la seguridad jurídica es que los principios tales como la división de poderes y el debido proceso en su faz sustancial y adjetiva deben ser valorados. Respecto de la división de poderes y con base en un derecho predominantemente escrito, la ley es la directriz y la Constitución Nacional la madre de todas las leyes, y es tarea del juez interpretar el texto legal a la luz de los principios constitucionales. Con respecto al debido proceso, en virtud del art. 18 de la CN, deben garantizarse las garantías de inviolabilidad de la defensa en juicio, el principio de inocencia y de legalidad, en armonía con el principio de reserva del art. 19 de la CN.

Cuando de punir se trata, la conducta debe estar descripta en la ley, de otra manera se vulneraría la libertad de actuación; la sanción consiste en el desplazamiento patrimonial que supone un empobrecimiento de una persona y el enriquecimiento de otra, esta atribución debe estar debidamente justificada so pena de violar los derechos de propiedad y de igualdad.

He aquí, el esfuerzo doctrinario llevado a cabo para arribar a una interpretación que impida vulnerar la coherencia normativa. Con el fin de salvaguardar el principio de la culpabilidad, se requiere una particular subjetividad en

la conducta del dañador, y es particular porque se requiere un especial reproche que excede la mera negligencia, denota gravedad por su manifestación desaprensiva, menospreciadora y desinteresada de los derechos ajenos. Si bien la finalidad de la multa civil es predominantemente preventiva y disuasiva, su naturaleza tiende a la punición de los ilícitos y a ejemplificar, por lo cual deviene una medida excepcional y no es compatible con un factor de atribución objetivo de la responsabilidad en el que basta comprobar el daño y el nexo de causalidad.

En esta línea de pensamiento se manifestaban los predecesores proyectos de modificación legislativa del código civil. Así, el art. 1587 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998 se refería a la *grave indiferencia* respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva; y el art. 1714 del Anteproyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Comisión de Reformas trataba de la "Sanción pecuniaria disuasiva" y se refería al *grave menosprecio* hacia los derechos de incidencia colectiva. Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se referían a la sanción de *graves inconductas*.

La norma no fija una directriz para que el juez pueda aplicarla. No obstante, la palabra *podrá* la convierte en una norma de tipo abierto y posibilita su integración. El hecho de que es facultad del juez decidir sobre su aplicación en el caso concreto significa que no cualquier incumplimiento tiene como consecuencia la sanción de la multa civil.

Este elemento subjetivo se valora junto a otro de carácter objetivo, es decir un daño o la posibilidad de que este ocurra, no es un simple daño sino uno que por su gravedad, trascendencia social y repercusión institucional amerite una sanción de carácter ejemplar. Esto se vincula directamente con la finalidad preventiva y disuasiva del daño punitivo y con el carácter proteccionista y de orden público que tiene el

micro sistema de derecho de consumo que viene a complementar el sistema de la responsabilidad por daños en respuesta al tipo de sociedad de consumo y de riesgos de nuestros días.

El criterio jurisprudencial en los fallos Teijeiro y en el recientemente dictado en la provincia de Tucumán, se expresan en el sentido descripto. Se recurre a la valoración de la conducta conforme el art 1725 del CCyC, y el estándar de apreciación de la conducta del empresario variará en exigencia conforme a la entidad del bien jurídico protegido, se evaluará si hubo diligencia adecuada para evitar que la cosa o actividad riesgosa provoque un daño. Así, la negligencia u omisión culposa será la falta de diligencia adecuada para evitar que la cosa o actividad riesgosa provoque un daño, y quien se valga de una actividad o cosa riesgosa –en el marco de una relación de consumo- debe extremar su diligencia para evitar un daño.

Así las cosas, en virtud de los antecedentes de la figura en el derecho comparado, el tratamiento dado en los proyectos legislativos anteriores, la opinión mayoritaria de la doctrina, la finalidad preventiva y sancionatoria del instituto, el esfuerzo de la magistratura en pos de lograr la coherencia normativa sin violentar los principios constitucionales de la seguridad jurídica, el debido proceso y de legalidad y que es facultad del juez determinar en qué casos y conforme a qué circunstancias se aplicará la multa civil de los denominados daños punitivos. Se concluye, que a los fines de la imposición de la multa civil del art 52 bis de la ley de Defensa de Consumidor no basta con acreditar el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor, por lo que será necesario la concurrencia de un reproche subjetivo de una gravedad tal que torne conveniente adoptar la medida excepcional de los daños punitivos con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que ésta continúe repitiéndose.

Listado de Referencias

Legislación

Ley 26361. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 24240. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 22802. Poder ejecutivo Nacional.

Ley 26994. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 27077. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 24430. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998.

Anteproyecto del CCyC

Doctrina

Álvarez Larrondo, F. M. (2011). Un nuevo avance en materia de daños punitivos. Nota a fallo. *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*(3), 115-123.

Álvarez Larrondo, F. M. (2014). *La tesis restrictiva en daños punitivos. Necesidad probatoria*. L.L. AR/DOC/1421/2014.

Ariza, A. (2008). *La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Barreiro, R. F. (Junio de 2014). El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por la ley de defensa del consumidor. Nota a fallo. *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, (3), 123-135.

Bueres, A. J., y Picasso, S. (2011). La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos. *Revista de Derecho de Daños*, (2), 21-73.

Bustamante Alsina, J. (2001). *Los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*. L.L. AR/DOC/19990/2001.

- Chamatropulos, D. A. (2009). *Los daños punitivos en la Argentina: Legislación. Jurisprudencia. Doctrina*. Buenos Aires: Errepar.
- Chamatropulos, D. A. (2012). *Daños punitivos sí, daños punitivos no...* LA LEY2012-C, 63.
- Colombres, F. M. (Abril de 2012). Algunas cuestiones acerca de los daños punitivos. Nota a fallo. *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, (3), 131-140.
- Colombres, F. M. (2012). *Daño Punitivo: Criterios para encuadrar la conducta del proveedor en los presupuestos de procedencia*. . L.L. AR/DOC/4221/2012.
- Falco, G. E. (Abril de 2014). El daño punitivo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y en el de modificación de la Ley de Defensa del Consumidor. *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, (2), 55-69.
- Farina, J. M. (2009). *Defensa del consumidor y del usuario: comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*. (4a ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Galdós, J. M. (2014). *Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el código*. L.L. AR/DOC/3839/2014.
- Garzino, M. C. (2016). La constitucionalidad del daño punitivo : una nueva convalidación por el TSJ de Córdoba. *La Ley Córdoba*(6), 5-6.
- Gherzi, C. A., y Weingarten, C. (2011). *Tratado Jurisprudencial y doctrinario: Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- Hernández, C. A., y Frustagli, S. A. (2014). Decision judicial sobre daños punitivos. *La Ley*, AR/DOC/1404/2014.
- Herrera, M., Caramelo, G., y Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (2da ed., Vol. I). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Irigoyen Testa, M. (2012). Necesidad de daños punitivos ante la culpa grave o (dolo) de una embotelladora. *La Ley*, C, 703-705.

- Junyent Bas, F. A., y Garzino, M. C. (2011). *Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino*. L.L. AR/DOC/5622/2011.
- Junyent Bas, F. A., y Garzino, M. C. (2011). Caracterología del daño punitivo. En torno a los presupuestos de aplicación, cuantificación y destino. *Semanario Jurídico*(1832), 737-747.
- Junyent Bas, F.A., y Garzino, M. C. (2012). El factor de atribución necesario para la aplicación del daño punitivo: a propósito del caso "Tejeiro". *Semanario Jurídico*(1865), 45-51.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). *Prácticas abusivas en los contratos de consumo*. L.L. AR/DOC/392/2015.
- López Herrera, E. (2011). *Los daños punitivos*. (2a ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- López Mesa, M. J. (2013). *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Lovece, G. (Abril de 2013). Algunas consideraciones sobre la Ley de Lealtad Comercial: la integración normativa y la tutela del orden público económico. Nota a fallo. *Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa*, (2), 91-100.
- Lovece, G. I. (2012). *De los daños punitivos a la sancion pecuniaria disuasiva en el proyecto de código*. L.L. AR/DOC/2615/2012.
- Lovece, G. I., y García Ocio, A. (2005). *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- Martínez Alles, M. G. (2015). *Daños punitivos: ¿cómo sancionar malas prácticas empresariales?* LA LEY2015-C, 526.
- Moisá, B. (2009). Los llamados daños punitivos en la reforma de la ley 24240. *La Ley*, D, 1113.
- Moisset de Espanés, L. (2009-2011). *Reparación de daños y responsabilidad civil* (Vol. III). Buenos Aires: Zavalía.
- Molina Sandoval, C. A. (2008). *Derecho de Consumo*. Córdoba: Advocatus.

- Molina Sandoval, C., y Pizarro, R. D. (2010). Los daños punitivos en el derecho argentino. *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, (1), 65-83.
- Mosset Iturraspe, J. (2011). El daño punitivo y la interpretación económica del Derecho. *Revista de Derecho de Daños*, (2), 151-160.
- Mosset Iturraspe, J., y Piedecabras, M. A. (2016). *Responsabilidad por daños* (rev. ed.). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Nallar, F. (2012). Procedencia y cuantificación de los daños punitivos. *La Ley*, C, 432-436.
- Otaola, M. A. (2013). Los daños punitivos: acuerdos y desacuerdos en la doctrina argentina. *Revista de derecho de daños: Daños en la contratación bancaria*.
- Otaola, M. A. (2014). *El régimen de Responsabilidad Civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la "sanción pecuniaria disuasiva"* . L.L. AR/DOC/4029/2014.
- Perriau, E. J. (2012). El daño punitivo puesto a prueba. *La Ley*, C, 703-705.
- Picasso, S. (2012). *Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado*. L.L. AR/DOC/5132/2012.
- Picasso, S. (2014). *Objeto extraño en una gaseosa y los "daños punitivos"*. L.L. AR/DOC/2140/2014.
- Picasso, S. (2015). *Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. L.L. AR/DOC/557/2015.
- Pizarro, R. D. (2000). Daño Punitivo. *Derecho de daños. Homenaje al Dr. Félix Trigo Represas, II*, 287-337.
- Pizarro, R. D. (2004). *Daño Moral* (2da ed.). Bs. As.: Hammurabi.
- Pizarro, R. D., y Stiglitz, R. (2009). *Reformas a la ley de defensa del consumidor*. L.L. AR/DOC/1219/2009.

- Pizarro, R. D., y Vallespinos, C. G. (1999-2012). *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Rodríguez Juárez, M. E., Falco, G. E., Asrin, P. V., y Sigifredo, E. C. (2013). *El daño resarcible y el proceso civil*. Córdoba: Mediterranea.
- Rúa, M. I. (2009). *El daño punitivo en la reforma de la ley de Defensa del Consumidor* (Vol. V). Córdoba: XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.
- Shina, F. E. (2014). *Daños al consumidor: soluciones jurisprudenciales a casos célebres*. Buenos Aires: Astrea.
- Tévez, A. N., y Souto, M. V. (2013). Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor. *Derecho Comercial y de las Obligaciones, (B)*, 667-675.
- Trigo Represas, F. (2009). Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361. *La Ley*.
- Trigo Represas, F. (2009). *La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor*. L.L. AR/DOC/4009/209.
- Trigo Represas, F. A. (2008). La prevención y el daño punitivo. *Revista de derecho de daños, (2)*, 27-48.
- Vergara, L. (2011). La multa civil. Finalidad de prevención. Condiciones de aplicación en la Legislación Argentina. *Derecho de Daños. Daños Punitivos*.(2), 329-360.
- Zavala de González, M. (2015). *La responsabilidad civil en el nuevo Código*. Córdoba: Alveroni.
- Závala de González, M., y Závala de González, R. M. (1997). Indemnización punitiva. En A. Kemelmajer de Carlucci, y A. J. Bueres, *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje a Atilio A. Alterini*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. L.L. AP/DOC/7/2011.

Jurisprudencia

- Juzg. 1ª Inst. Córdoba, Civ. y Com. 5ª Nom., “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G.” (2011) La Ley Cita Online: 70070864.
- CApel.Civ. y Com. 3ª Nominación. Córdoba, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G.” L.L. Cita Online: AR/JUR/8275/2012.
- T.S.J. Córdoba, Sala Civ. y Com., “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G.” L.L. Cita Online: AR/JUR/6030/2014.
- CApel.Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina” 27/5/2009 en Revista de Responsabilidad civil y Seguros, Año XI, N° 7, julio 2009.
- CApel.Civ y Com. 6ª, Córdoba, “Raspanti, Sebastián c/AMX Argentina SA”, 26/3/2015
- CApel.Civ y Com. 1ª, Córdoba, “Navarro, Mauricio José c/ Gilpin Nash David Iván”, 20/10/2011.
- CApel.Civ y Com. 8ª, Córdoba, “Arrigoni, Ignacio c/ Telecom Personal S.A.”, 19/5/2016.
- CApel.Civ y Com. San Isidro. Sala I “Anglada, Noerci, y otro c/ Bristol Medicine S.R.L” 1/11/2010, RCYC, 2011-III-203.
- CNac.Com. Sala C, “Fasán, Alejandro Luis Arnoldo c/ Volkswagen S.A”, 26/04/2011, El Dial, AA6C1E.
- CApel.Civ y Com. San Miguel de Tucumán, Tucumán. Sala II “E., N. E. vs. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s. Daños y Perjuicios”, 27/07/2017, RC J 5364/17.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

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>	Gabriela Alejandra Navarro Gómez
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	28.259.570
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El factor de atribución de los daños punitivos.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	galenita2001@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21 - Córdoba

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 página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Córdoba, 1 de octubre de 2017.

Gabriela A. Navarro Gómez

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____ certifica que 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.