

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI

TRABAJO FINAL DE GRADO



CUANTIFICACION DE DAÑOS PUNITIVOS

ALUMNA: Carina Celoria

CARRERA: Abogacía

AÑO: 2018

RESUMEN

En el presente trabajo nos proponemos analizar el instituto de los daños punitivos desde la perspectiva más compleja, que se genera a la hora de graduar su importe. Para ello se analizará la normativa que regula la cuestión, como así también las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales relativas al tema.

La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor introduce la institución de los daños punitivos en su art. 52 bis.

Frente a la ausencia de precisiones normativas y posiciones divergentes el propósito de este trabajo se encamina a realizar un análisis conceptual y legal de los daños punitivos para esclarecer los parámetros de graduación y la determinación del monto de la multa.

ABSTRACT

In the present work we propose to analyze the punitive damages institute from the most complex perspective, which is generated at the time of graduating its amount. To do this, the regulations governing the issue will be analyzed, as well as the different doctrinal and jurisprudential positions related to the topic.

The Law of Defense of the Consumer number 24.240 has introduced the institution of the punitive damages in its art. 52 Bis.

Faced with the absence of normative clarifications and divergent positions, the purpose of this paper is to conduct a conceptual and legal analysis of punitive damages to clarify the graduation parameters and determine the amount of the fine.

INDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT	2
OBJETIVOS.....	6
METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN.....	8
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:.....	11
INTRODUCCION	12
CAPITULO PRIMERO	14
I. ANTECEDENTES HISTORICOS.....	14
Los daños punitivos en el derecho de los Estados Unidos de América	14
II. INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS A NUESTRA LEGISLACION.	15
Consagración del Daño Punitivo.....	15
III. NATURALEZA JURIDICA.....	16
IV. FUNCIONES. Finalidad del instituto.	19
V. CONSTITUCIONALIDAD.....	21
CAPITULO SEGUNDO	23
REGULACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.....	23
I. CONDICIONES DE PROCEDENCIA	23

Existencia del daño. Hecho generador	23
II. FACTOR DE ATRIBUCION	24
III. Autonomía de la indemnización por daño punitivo.	26
IV. SUJETOS LEGITIMADOS.....	27
1) Legitimación Activa.....	27
2) Legitimación Pasiva.....	29
V. PROCEDENCIA A PEDIDO DE PARTE	30
VI. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	31
VII. RECEPCION JURISPRUDENCIAL DE LOS DAÑOS PUNITIVOS.....	35
CAPITULO TERCERO	44
CUANTIFICACION DE LOS DAÑOS PUNITIVOS	44
I. INTRODUCCION	44
II. DESTINATARIOS DEL IMPORTE ACORDADO PO DAÑOS PUNITIVOS. BENEFICIARIOS.....	44
III. PAUTAS PARA SU CUANTIFICACION.....	46
a) Gravedad del hecho.....	47
b) Demás circunstancias del caso.....	50
IV. La cuantificación en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012.....	52
V. EL TOPE DE LA MULTA CIVIL.....	53
VI. CONCLUSION.....	54
CAPITULO CUARTO.....	56
FORMULAS MATEMATICAS PARA CUANTIFICAR LOS DAÑOS PUNITIVOS	56
I. INTRODUCCION	56
II. ¿QUE ES UNA FORMULA (Y PARA QUE SE UTILIZA)?.....	57

III. VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE FORMULAS MATEMATICAS	58
IV. PROPOSICION DE FORMULAS.	59
V. UTILIZACION FORMULA “TESTA”	61
VI. APLICACIÓN DE LAS FORMULAS POR LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.....	64
V. ANALISIS DE LA ECUACION. CONCLUSION.....	71
CONCLUSIÓN FINAL	72
BIBLIOGRAFÍA.....	76
I. DOCTRINA.....	76
II. JURISPRUDENCIA.....	80
III. LEGISLACION.....	80

OBJETIVOS

Para el desarrollo del presente trabajo, se plantean los siguientes objetivos:

• Objetivo General:

- Analizar los criterios utilizados para la cuantificación de los daños punitivos.

• Objetivos Específicos:

- Explicar los antecedentes e incorporación de los daños punitivos a nuestra legislación.
- Analizar la función que cumplen los daños punitivos en el campo de los Derechos de Consumo.
- Precisar los límites de su ámbito de aplicación.
- Analizar la regulación de los Daños Punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor art.52 bis.
- Evaluar los requisitos de procedencia del daño punitivo.
- Explicar los cuestionamientos realizados a la redacción del art 52 bis.
- Investigar los parámetros legales de graduación del daño punitivo.
- Considerar los diferentes métodos utilizados para tarifar el daño punitivo.

- Evaluar las posturas adoptadas por la jurisprudencia para la fijación del monto de la sanción civil.
- Examinar la utilización de una fórmula matemática para la determinación del importe del daño punitivo.

METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

1) Tipo de estudio o investigación

Este apartado tiene por objeto determinar cuál va a ser la metodología a utilizar en el desarrollo del Trabajo Final de Graduación. “La metodología de la investigación permite conocer y comprender los métodos por los que la ciencia obtiene las pruebas que apoyan las afirmaciones de su conocimiento, así como el alcance y limitaciones en el mundo real” (Yuni y Urbano, 2014, pág. 5).

En este trabajo se utilizará el método Descriptivo, ya que éste es un método que apunta hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales. En este tipo de estudio se va a definir un fenómeno conocido de antemano y cuáles son las variables que lo caracterizan (Yuni y Urbano, 2014, pág. 80). Es decir que utilizaremos éste método para analizar el instituto de los Daños Punitivos, sus características principales y sus requisitos de procedencia, llegando al punto de explicar los parámetros y métodos para su cuantificación. Y todo lo que se encuentra fuera de su regulación y que debería ser objeto de estudio para lograr así una regulación más amplia y eficaz de la tarifación del Daño Punitivo.

2) Estrategia metodológica

Debido al tipo de trabajo que se realizará, en torno a La ley de Defensa del Consumidor, utilizaremos la estrategia metodológica cualitativa, ya que la misma aspira a perfilar, perfeccionar, y formular nuevas hipótesis que permiten reconstruir los fenómenos desde una perspectiva más comprensiva e integradora de la realidad. (Yuni y Urbano, 2014, pág. 88), ya que el fin de esta investigación será analizar los criterios utilizados para la cuantificación de los daños punitivos.

3) Fuentes a utilizar

Llamamos fuentes de información a aquellas obras o productos de comunicación científica, que se presentan en diferentes formatos, periodicidad y sistematicidad (Yuni y Urbano, 2014, pág. 85). El presente trabajo se llevará a cabo mediante la utilización de las siguientes fuentes:

- Fuentes Primarias: “Son aquellas que informan directamente los resultados de los estudios, a través de libros, monografías e incluso tesis o artículos de revistas especializadas” (Yuni y Urbano, 2014, pág. 85). Lo que se utilizará de las fuentes primarias será jurisprudencia, que servirán como base y sustento legal para comprobar que existe un vacío legal en la normativa que regula cuantificación de los daños punitivos, así también se trabajara con la

Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. Art. 52 bis, y con fallos y sentencias de diferentes tribunales relativos a la temática elegida.

- Fuentes Secundarias: Estas fuentes se denominan así porque someten a un proceso de reelaboración de las fuentes primarias. Cada vez son más comunes en el campo científico, dada la explosión de conocimientos científicos de las últimas décadas. Son de mucha utilidad porque permiten tener rápidamente una visión del estado actual del debate en ese tema y detectar a los autores en los hallazgos (Yuni y Urbano, 2014, pág. 85). En estas fuentes utilizaremos bibliografía de diferentes autores, revistas legales, paginas oficiales de internet que tratan la temática objeto de estudio en este trabajo. De estas fuentes analizaremos la Doctrina, no solo Argentina sino también de otros países, como EE.UU, contenida en libros, revistas especializadas, ponencias, etc. Se usará información recolectada de los diarios oficiales, como de diarios internacional a fin de comparar la realidad que se da en torno a los Daños Punitivos en ambos países.

- Fuentes Terciarias: “se trata de documentos que compendian nombres y títulos de revistas y otras publicaciones periódicas, así como nombres de boletines, conferencias y simposios, catálogos de libros básicos, lista de nombres de centros de investigación, universidades y fundaciones que pueden haber realizado trabajos sobre el tema” (Yuni y Urbano,

2014, pág. 85). En esta investigación se consultarán específicamente libros o manuales que expliquen y analicen las diversas posiciones doctrinarias sobre la materia.

4) Técnicas de recolección y análisis de datos

En este trabajo se considera conveniente utilizar la técnica de observación de datos o documentos, ya que la información que utilizaremos en la investigación será la proveniente de las fuentes primarias y secundarias, tales como los libros, artículos de diarios, doctrina, y jurisprudencia. De acuerdo a la información que sea obtenida por estos medios analizaremos los parámetros y métodos utilizados para la tarifación del Daño Punitivo, así también se analizarán las deficiencias y vacíos legales que se encuentran en la misma, buscando en base a la legislación comparada una posible solución a las limitaciones que tiene esta normativa.

5) Delimitación temporal y nivel de análisis

Argentina fue uno de los primeros países latinoamericanos en aceptar los “Daños Punitivos”, aplicando este tipo de multas que implicaron un reconocimiento concreto sobre los Derechos de los Consumidores.

A los fines de lograr el efecto disuasivo y preventivo respecto a la producción del daño, a través de la Ley 26.361 se modificó La Ley de Defensa del Consumidor, incorporando de este modo a nuestra legislación la figura de los daños punitivos por medio del art. 52 bis que fue agregado a la Ley 24.240.

Así en el marco particular de la responsabilidad, coexisten en el sistema jurídico argentino dos ámbitos de responsabilidad, uno contemplado en el actual Código Civil y Comercial de la Nación y el otro se encuentra en el Derecho de Consumidor (Ley 24.240). De modo que frente a un hecho dañoso pueden surgir distintas acciones.

Y es precisamente justo en el microsistema de defensa del consumidor donde se incorpora este nuevo instituto al estatuto del consumidor en virtud de la Ley 26.361 promulgada el 7 de abril de 2008, consagrando legislativamente la figura del “daño punitivo” (art. 52 bis).

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN: ¿Cuál es el método más adecuado para cuantificar los daños punitivos?

INTRODUCCION

Los daños punitivos se han conceptualizado como multas privadas impuestas para castigar una conducta gravemente reprochable y disuadir su futura imitación.

Entonces y desde tal caracterización resulta indudable que la finalidad del instituto es de carácter sancionatorio, ya que procura castigar determinadas conductas, que lesionan el interés comunitario y que deben ser reprochadas. Por otra parte, también poseen una finalidad preventiva, ya que tienden a evitar la reiteración de hechos similares.

El instituto conforma en definitiva, una herramienta adecuada a los fines de la prevención y erradicación de prácticas antijurídicas en derechos de incidencia colectiva.

A los fines de lograr el efecto disuasivo y preventivo respecto a la producción de los daños, la Ley de Defensa del Consumidor incorporó en nuestra legislación la figura de los daños punitivos a través del art. 52 bis que fue agregado a la Ley 24.240.

La incorporación de esta figura legal, a partir de la modificación del plexo consumerista (Ley 26.361-B.O. 07/04/2008) generó debates e interrogantes sobre las variables que debían tener en cuenta los magistrados a la hora de determinar su procedencia y esencialmente su “quantum”.

Las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales que originó el instituto en cuestión, respondieron esencialmente a la falta de precisión del texto legal, el que resulta harto deficiente en su formulación y que dio lugar a diversas interpretaciones en torno a las pautas que reglan su aplicación y extensión.

La finalidad del presente trabajo tiene como objetivo analizar el instituto de los daños punitivos desde la perspectiva más compleja, que se genera a la hora de graduar su importe. Para ello se analizara la normativa que regula la cuestión, como así también las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales relativas al tema.

El desarrollo del TFG se segmentara en cuatro secciones representadas en cuatro capítulos. El capítulo primero tiene una finalidad netamente introductoria y en la misma se hará referencia a su origen histórico, antecedentes, definición, naturaleza jurídica y sus funciones. En el capítulo segundo se analizara la regulación de los Daños Punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor art. 52 bis.

En el capítulo tercero y cuarto se analizara específicamente la temática relacionada a todos los aspectos vinculados a la cuantificación de los Daños Punitivos

Sobre la base de todas consideraciones en cuanto a su problemática y lo desarrollado en los capítulos anteriores, se elaborarán también las conclusiones finales a las que se arribe sobre la materia en cuestión.

CAPITULO PRIMERO

I. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Los daños punitivos en el derecho de los Estados Unidos de América

Los daños punitivos, han alcanzado a lo largo de su historia un pleno desarrollo y vigencia en los Estados Unidos, donde se los conoce como punitive damages o expemplary damages. Mosset Iturraspe y Lorenzetti (2011-2; p. 278), manifiestan en su Revista "...en nuestra ley 24.240, reformada por la ley 26.361, se utiliza la expresión multa civil y daño punitivo...la expresión más común para llamarlos es daños punitivos, que es la traducción literal de punitive damages".

En la tradición norteamericana el instituto de los punitive damages ha sido aplicado con dos objetivos principales. Por un lado, con la finalidad de lograr la punición del responsable de un hecho ilícito (también se incluye en los últimos tiempos cuestiones relativas a incumplimientos contractuales severos); por el otro, con la finalidad de disuasión, es decir, de evitar la reiteración de conductas similares.

En los últimos tiempos la Corte Suprema de Estados Unidos ha incursionado en este tema fijando ciertos límites a la cuantificación de las indemnizaciones punitivas y su intervención en varios casos en los que tuvo ocasión de pronunciarse respecto a la procedencia de este instituto.

En el caso "Gore"¹ se pidió la revisión judicial de los daños punitivos porque su exceso se consideraba violatorio de la razonabilidad a que da lugar el debido proceso. Explicó que los daños y perjuicios deben ser razonablemente necesarios para reivindicar el interés legítimo del Estado de castigar y disuadir cierto tipo de prácticas, pero sin que ellos sean "manifiestamente excesivos". Seguidamente estableció los criterios que los jueces y jurados de Estados Unidos debían tener en cuenta a la hora de imponer y cuantificar daños punitivos, a saber: a) El grado de

¹"BMW of North América, inc., petitioner c. Ira Gore, Jr."

culpa de la conducta del demandado, b) La razonabilidad de la relación entre el importe de los daños punitivos y los daños compensatorios y c) El alcance de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas comparables.

II. INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS A NUESTRA LEGISLACION.

Consagración del Daño Punitivo.

El instituto de los punitive damages, de origen anglosajón, comenzó lentamente a instalarse en los debates doctrinarios, jurisprudenciales y en las diversas jornadas celebradas en nuestro país. Argentina fue uno de los primeros países latinoamericanos en receptar los “Daños Punitivos”, aplicando este tipo de multas, lo que implicó así un reconocimiento concreto de los Derechos de los Consumidores.

Sin perjuicio de las críticas que puedan formularse a la norma, tales como su amplitud, carencia de tope indemnizatorio y destino de la multa, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999, por unanimidad, se consideró "...plausible la regulación específica de las multas civiles que efectúa el Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1587...".

A los fines de lograr el efecto disuasivo y preventivo respecto a la producción del daño, a través de la Ley 26.361 se modificó la Ley de Defensa del Consumidor, incorporando de este modo a nuestra legislación la figura de los daños punitivos por medio del art. 52 bis que fue agregado a la Ley 24.240.

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

incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”

El primer intento de incorporación de los daños punitivos en el ámbito de la responsabilidad civil tuvo sus antecedentes en el art. 1587 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 1998 que bajo el nombre de "multa civil" establecía: "El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúe con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada".

El artículo 1.714 del Anteproyecto de reforma del CCCN preveía la inclusión de la sanción pecuniaria disuasiva, pretendiendo incorporar así la figura del daño punitivo al Derecho Civil en general, pero finalmente el mismo no fue aprobado.

De tal modo, en nuestro régimen jurídico actual sólo se encuentran previstos este tipo de sanciones en el espectro del derecho del consumidor, a través de la figura del daño punitivo.

III. NATURALEZA JURIDICA

De acuerdo con los lineamientos seguidos por López Herrera (2011), debe descartarse desde el comienzo la naturaleza indemnizatoria de los daños punitivos, ya que no se busca a través de ellos mantener la indemnidad de la víctima y no sustituyen, por lo tanto, el daño causado por un equivalente. Sin embargo, cabe predicar su naturaleza reparadora si se entiende por reparar la terminología que proviene del latín *reparâre*, la que quiere decir también: desagraviar, satisfacer al ofendido, remediar o prevenir un daño. En su opinión pueden tener una finalidad preventiva y también sancionatoria.

Los daños punitivos funcionan como un instituto accesorio o incidental, ya que no existe acción autónoma para reclamarlos. Deben ventilarse procesalmente en un proceso principal de indemnización de daños y perjuicios. Además, son de aplicación estrictamente excepcional, ya que no basta con demostrar que se ha sufrido un daño injustamente causado, sino que además concurren otro tipo de circunstancias, tales como la malicia, temeridad o la actividad del dañador que tenga en cuenta el mayor beneficio obtenido después de pagar las indemnizaciones.

Otro rasgo característico lo marca que el elemento subjetivo debe ser agravado, la mera negligencia no es suficiente para imponer los daños punitivos.

Concluye diciendo este autor que: ...”los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada accesorio y excepcional que se impone al demandado a título preventivo y como sanción o satisfacción al ofendido en virtud de haber incurrido en conductas consideradas sumamente disvaliosas” (López Herrera, 2011, pág 22).

De lo expuesto surge que son caracteres tipificantes de los daños punitivos: a) No son una indemnización, aunque sí son una reparación; b) Poseen naturaleza accesorio; c) Son de procedencia excepcional; d) Requieren para su procedencia un elemento subjetivo agravado; y e) Son una pena privada.

IV. DEFINICION.

A lo largo del tiempo se han elaborado distintas definiciones de daños punitivos.

En el orden nacional puede mencionarse la definición de Bustamante Alsina (1994), “Los daños punitivos son una especie de indemnización, incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del

demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita, o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un ejemplo del caso, previniendo futuras inconductas semejantes ante el temor de la punición ”

Pizarro (1993), establece que son “...sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”(p. 291).

Se ha señalado que “...en sentido estricto no son técnicamente "daños" (o sea, menoscabo que proviene de la lesión a un interés patrimonial o espiritual), sino sanciones punitivas de ciertas inconductas calificadas por su particular gravedad...” (Sandoval y Pizarro, 2010).

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

Por su parte, López Herrera (2006), afirma que los daños punitivos son un plus a la indemnización por daños sufridos, algo que se concede a título distinto de la mera indemnización del daño causado, que puede tener una función preventiva y también sancionatoria.

Se ha señalado que en sentido estricto no son técnicamente “daños” (es decir, menoscabo que proviene de la lesión a un interés patrimonial o espiritual), si no sanciones punitivas de ciertas inconductas calificadas por su particular gravedad (Molina Sandoval y Pizarro, 2010).

V. FUNCIONES. Finalidad del instituto.

De los fundamentos del Proyecto de Ley 26.361 y del Dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación permiten vislumbrar la finalidad que tuvieron en cuenta los legisladores para incorporar la figura de los Daños Punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor: *“Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en si resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad”*

Las funciones principales que la doctrina más generalizada asigna a los daños punitivos podrían describirse de la siguiente manera: disuadir, sancionar y desbaratar ilícitos beneficios económicos. En tal sentido se ha sostenido que el instituto cumple una tríada de funciones: a) hacer desaparecer los beneficios obtenidos injustamente a través de la actividad dañosa; b) sancionar al causante del daño intolerable; c) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que se impusiera punición (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

También entre los múltiples objetivos que en la actualidad se asignan al Derecho de Daños cabe destacar que además de su finalidad reparatoria, adquiere singular importancia su faz preventiva.

En este orden de ideas, señalan Pizarro y Vallespinos (1999) que:

La función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación (...) un adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la Ley (p. 462).

En idéntica orientación se ha dejado en claro que no se está ante “...una indemnización o reparación por daño sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionado, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral...” (Álvarez Larrondo, 2014. Pág. 43).

Los daños punitivos conforman verdaderas sanciones civiles, que se aplican como castigo a un infractor de una norma civil, conteniendo una finalidad ejemplificadora y moralizadora, tendientes a prevenir conductas similares que afecten los derechos de los consumidores.

En este sentido, Álvarez Larrondo (2011), señaló el doble carácter del instituto, pues su finalidad no es sólo castigar una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, es decir, se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hecho similares.

En similar orientación se sostiene que el instituto cumple una tríada de funciones: a) hacer desaparecer los beneficios obtenidos injustamente a través de la actividad dañosa; b) sancionar al causante del daño intolerable; c) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que se impusiera punición (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

La posibilidad de condenar no en función del perjuicio sufrido individualmente por el actor, sino de acuerdo al beneficio obtenido por una conducta dañosa e ilegítima, es el factor determinante para no volver rentable el acto lesivo. Aquí la función preventiva de los daños punitivos se muestra patente, si se obligara al proveedor a devolver todo su enriquecimiento ilícito, desalentando futuras defraudaciones al consumidor.

VI. CONSTITUCIONALIDAD.

Desde algún sector de la doctrina existe una corriente de opinión que se opone a la aplicación de los daños punitivos en el derecho privado, cuestionando la constitucionalidad de estos últimos.

Alineados en dicha posición Bueres y Picasso (2011), impugnan la figura sosteniendo que el art. 52 bis, LDC, resulta inconstitucional, porque entienden que un mecanismo más acentuado y constitucionalmente válido para proteger a las víctimas y a los consumidores en vez de los daños punitivos lo constituye la acción colectiva sólidamente desarrollada por la Corte Suprema.

En tal entendimiento se sostiene que los llamados “*daños punitivos*” tienen indudablemente una naturaleza penal, razón por la cual aún, cuando se pretenda emplazarlos dentro del Derecho Privado su imposición debe necesariamente respetar las garantías propias de las sanciones de esa índole.

En la misma línea (Trigo Represas, 1995) considera que “...la idea subyacente es la de la utilización de la responsabilidad civil a título de pena privativa, o sea de atribuir a la condenación pronunciada contra el responsable el carácter de una penalidad civil, que no diferiría mayormente de la pena pecuniaria pronunciada por el juez penal”.

Otro sector calificado y mayoritario en una postura divergente (Pizarro, Stiglitz, López Herrera, Álvarez Larrondo, Irigoyen Testa, Vázquez Ferreyra) sostienen que si bien tiene carácter sancionatorio, no obstante no comparten la misma naturaleza que una sanción del Derecho Penal (Stiglitz y Hernandez, 2015).

Ya desde hace un tiempo autorizada doctrina Zabala de González (1999), destacaba que la responsabilidad civil no tenía únicamente naturaleza resarcitoria, en tanto desempeñaba también una función preventiva, y una punitiva..

Esta problemática fue dirimida por el Máximo Tribunal de nuestra provincia en la causa “Defilippo”, en un reciente pronunciamiento, en el que se desestimó un recurso de inconstitucionalidad, planteado contra la decisión de admitir una condena por daños punitivos.

Allí se expuso que el propósito punitivo del instituto no le otorgaba sin más el carácter penal, ya que el Derecho de Daños podía y debía cumplir una finalidad de esta índole, la que no era excluyente del Derecho Penal, con lo cual no se advertía inconveniente alguno en su emplazamiento en la esfera privada.

Se expuso que la sanción punitiva en el Derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la Ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedores de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de Defensa del Consumidor.

Desde tal perspectiva, se remarcó que resultaba posible inferir una total correspondencia entre los objetivos a que tiende el instituto de los daños punitivos, con los diversos propósitos que en la actualidad se asignan al Derecho de Daños, el que además de contener una finalidad resarcitoria, también cumple particular relevancia la faz preventiva, como la faceta punitiva, destinada a sancionar los comportamientos dañosos.

CAPITULO SEGUNDO

REGULACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

I. CONDICIONES DE PROCEDENCIA

Existencia del daño. Hecho generador

Para Pizarro (1993), una lectura contextualizada del art. 52 bis de la LDC permite inferir, una serie de “notas típicas”, las que describe de la siguiente manera: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; d) la posición de mercado de mayor poder del punido; e) el carácter ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta de mercado; i) los sentimientos heridos de la víctima.

Por su parte Picasso (2008), explica que la primera constatación que surge del análisis de la norma en el sentido de que las condiciones de procedencia de los daños punitivos quedan reducidas a que el proveedor incumpla sus obligaciones, medio o no dolo o culpa del proveedor, constituye una lectura parcial del texto legal. Así el autor citado afirma que para la procedencia de la multa civil resulta necesario que la conducta del proveedor en su anti sociabilidad implique una especulación de la operatoria mercantil en conocimiento del desmedro de los derechos del consumidor.

Los daños punitivos son excepcionales, pues proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño, esto es, ante un hecho doloso o gravemente culpable (López Herrera, 2011).

Se afirma que existe una coincidencia en exigir, para la admisibilidad de los Daños punitivos, una conducta reprochable por parte del dañador, dolo directo, dolo eventual o culpa grave. Por ello al ser la finalidad de los mismos “desbaratar la perversa ecuación” (económica del proveedor), se está requiriendo un comportamiento con dolo (o culpa grave cuyas consecuencias son asimilables en nuestro Derecho Civil a aquéllas correspondientes al dolo), (Irigoyen Testa, 2009).

En la misma línea Lorenzetti (2009), se ha señalado que resulta necesario que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia.

II. FACTOR DE ATRIBUCION

Junyent Bas y Garzino (2011), sostienen que cuando la conducta del proveedor sea contraria a la ley o a las buenas costumbres, o perjudique los derechos de un tercero, cae bajo la sanción de abusividad en el ejercicio del derecho, que regula expresamente el art. 1071 bis del Código Civil. Es por ello que parece lógico que la multa civil entre en vigor como herramienta aplicable al dañador. Ahora bien, la multa civil tiene como presupuesto el análisis subjetivo de la conducta del dañador.

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

Así, por ejemplo, el caso "Machinandiarena", en donde la condena se debió a la falta de colocación de accesos para discapacitados, de manera tal que la gravedad se configuraba no solamente por la discriminación entre seres humanos de capacidades diferentes, es decir, el hecho objetivo dañoso, sino también por el carácter desaprensivo de la conducta de la demandada y el

impacto social que dicho comportamiento genera, configurándose el aspecto subjetivo de la figura.

Este criterio ha sido sostenido también en el caso "Teijeiro", conforme se desarrollara posteriormente.

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

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

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

Ahora bien, caer en sostener que proceden los daños punitivos cuando existe factor de atribución subjetivo de reproche, tiene directas implicancias prácticas. Así las cosas, estaría el

consumidor obligado a probar el dolo por parte del proveedor, con las serias dificultades que ello trae aparejado.

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

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

III. AUTONOMIA DE LA INDEMNIZACION POR DAÑO PUNITIVO.

Una cuestión relevante, que tiene significativas proyecciones sustanciales y procesales, es determinar si el reclamo por daños punitivos tiene o no carácter autónomo con relación a la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios que experimenta el damnificado.

El art. 52 bis LDC no brinda una respuesta clara a esta cuestión.

Como primer aspecto a aclarar cabe señalar que los daños punitivos no son una indemnización por daños sufridos, sino un agregado a aquella indemnización. Es un instituto jurídico accesorio que no tiene vida propia y no existe una acción autónoma para reclamar los daños punitivos y éstos son de aplicación excepcional (Ylarri, 2014).

Por ello es que los daños punitivos son siempre accesorios a una situación gravemente dañosa que no puede ser presumida, sino que debe ser demostrada. La ley es clara al hablar de “damnificado”, lo que espeja las dudas sobre su necesidad de prueba (Lorenzetti, 2009)

IV. SUJETOS LEGITIMADOS

1) Legitimación Activa

La Ley Defensa del Consumidor en su art 52 acuerda una amplia legitimación para accionar al disponer que: “La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al Ministerio Publico...”.

Las acciones que defienden un interés individual son las que pueden iniciar los consumidores o usuarios cuando resulten afectados o amenazados sus derechos individuales. En este supuesto asiste al sujeto o a los afectados individualmente considerados, el derecho a accionar por daños punitivos, en defensa de su propio interés. Sin perjuicio de ello, en el caso que, el daño pueda tener repercusión social podrá actuar el ministerio público.

La propia Ley de Defensa del Consumidor en su art. 1 ha definido el concepto de consumidor en los siguientes términos: "...la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social"

Conforme a ello y teniendo en cuenta los lineamientos de Junyent y Garzón (2011), podemos concluir que "...el consumidor o usuario se encuentra habilitado para accionar en contra del proveedor del bien o servicio, en tanto la finalidad del instituto busca sancionar las conductas antisociales y vejatorias".

Por su parte si bien el art 52 no reconoce la existencia de "acciones colectivas" ni intereses difusos, ello se extrae de lo dispuesto en el párrafo segundo de la norma en cuestión cuando alude a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al Ministerio Público.

También cabe mencionar que el ejercicio de acciones colectivas en representación de los intereses de los consumidores y usuarios ha sido establecido por la Constitución Nacional en el art 43.

En virtud de ello el titular de la acción es, en primer lugar, el consumidor víctima de la conducta perjudicial del proveedor. Se encuentra legitimado entonces el consumidor o usuario nacional o extranjero, persona física o jurídica.

También tienen acción sus causahabientes cuando ésta ha llevado al punto de provocar la muerte o incapacidad del consumidor (Sprovieri 2010). En estos supuestos no se encuentran legitimados el Defensor del Pueblo, ni las organizaciones de consumidores, pues la ley dice a "instancias del damnificado".

El *bystander* fue incorporado en la reforma de la Ley 26.361, como aquel que "...de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo...", por lo que no existe razón alguna para que este último no resulte equiparado al consumidor en cuanto a la protección de la ley y no esté legitimado para reclamar daños punitivos, obviamente si se demuestran los extremos para su procedencia.

2) Legitimación Pasiva

De acuerdo con lo dispuesto por el art 52 resultan pasibles de ser sancionado los proveedores que no cumplan con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. La norma adopta así un criterio genérico y flexible que permite accionar frente a cualquier incumplimiento del proveedor.

Dispone el mismo artículo que cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones rectorias que les correspondan. De lo que se desprende que el consumidor se encuentra legitimado para demandar por daños punitivos a todos los proveedores intervinientes en la relación de consumo. Cabe agregar que ello será así, toda vez que todos los proveedores sean sancionados, pues en una misma relación de consumo puede ocurrir que no todos los empresarios incurran en conductas que se juzguen merecedoras de una multa civil

Señala López Herrera (2011), que en cuanto a los legitimados pasivos hay que hacer una distinción. La ley de defensa del consumidor en su art. 40 establece la responsabilidad objetiva de todos los involucrados en la cadena de comercialización frente a la víctima. Así ésta puede reclamar la reparación al vendedor, al fabricante, al importador, al que pone la marca, etc.

Pero con carácter particular en lo que hace al daño punitivo, como no existe responsabilidad objetiva, ya que por definición es una multa o pena privada en la que el factor de atribución es subjetivo y agravado, sólo cabría demandar por daño punitivo al fabricante que sabía que el producto era dañino o falseó los resultados y no contra el importador o el vendedor, que actuaron de buena fe.

En otras palabras, en los casos comunes de daño sufridos por el consumidor (art. 40, Ley 24240) no resulta procedente alegar la falta de culpa para eximirse de responsabilidad. Distinto a ello en los casos de daños punitivos (art. 52 bis, ley cit.), debido a que sólo se otorgan para sancionar un hecho grave, es perfectamente posible que sólo un integrante de la cadena de comercialización deba ser condenado

V. PROCEDENCIA A PEDIDO DE PARTE

Ley 26.361 (art 25) incorpora el art. 52 bis en la LDC:

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

Dicho precepto establece que el juez “podrá” aplicar una multa civil a favor del consumidor, no dice que el juez “deberá” aplicar una multa civil, por lo tanto el juez “puede” decidir si debe o no condenar por daños punitivos exclusivamente: a “instancia del damnificado” y cuando “el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor.

La normativa en cuestión permite deducir claramente que el sentenciante se encuentra impedido de otorgarlos *ex officio*.

Es decir tiene que haber un daño, el damnificado tiene que solicitar la aplicación de la sanción, ya que el juez no puede hacerlo de oficio, y además, tiene que haber mediado un incumplimiento por parte del proveedor de bienes y servicios, ya sea un incumplimiento contractual o extracontractual

Por más que el juez entienda que en el caso concreto de incumplimiento del proveedor es grave, malicioso y merecedor de una sanción, tiene vedada la concesión de oficio, ya que es

unicamente la víctima la que pone en movimiento la acción por daños punitivos. Hay sin embargo autores- como Bru y Stiglitz- que consideran, que la multa civil debiera proceder de oficio, e incluso poder ser continuada por el Ministerio Público en caso de que el actor abandone el juicio. (Sprovieri, 2010).

“...la figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas penas privadas , y por ello, su aplicación ejemplar a conductas disvaliosas no puede ser aplicada de oficio”. (Extraído del fallo: Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA)

VI. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

La norma en estudio en su art 52 bis dispone que “...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...”.

Explica Farina (2009), que la solidaridad que impone el art. 52 bis, en caso de daño punitivo, es distinta de la solidaridad prevista en el art. 40, pues ésta tiene aplicación en el supuesto de condena por daño compensatorio, cuyo objetivo es reparar al consumidor o usuario el daño patrimonial o moral (sin caer en el supuesto de daño punitivo) sufrido por el consumidor o usuarios por el incumplimiento o vicios en el bien o servicio prestado por el proveedor. Pero, según las circunstancias del caso, cabrá imponer el daño punitivo cuando se dan los hechos que justifican la aplicación del art. 52 bis.

Ahora bien, si como sostiene la mayoría de la doctrina, se requiere además del incumplimiento de una norma legal o convencional, una conducta dolosa, se debería demostrar quienes infringieron la ley o el contrato, y accionar contra estos proveedores (los que sí, serían solidariamente responsables).

En el caso del art. 52 bis la solidaridad nace con la comisión de un hecho doloso de incurrir en las conductas que hacen procedente la condena por daño punitivo. No basta, como se ha señalado, que se incumplan las obligaciones legales o contractuales.

Expone López Herrera (2011), que puede pensarse que la norma es innecesaria porque el art. 1081C.C. ya establece la solidaridad de todos los que han participado en el delito como autores, consejeros o cómplices. Pero esa solidaridad vale sólo para el ámbito extracontractual y no para el contractual, en el que la regla es la mancomunidad.

La razón de la aclaración legal es que la solidaridad es distinta (Rua, 2009) y se basa en la participación de un hecho intencionalmente perjudicial hacia la persona del consumidor. Esto quiere decir que la solidaridad requiere la prueba de ese elemento intencional y agravado y que no es reflejo de la cadena de comercialización. Incluso esa solidaridad puede involucrar a personas ajenas a esa solidaridad.

El consumidor sólo tiene que probar quien tuvo autoría en el grave hecho del que fue víctima para que la ley lo habilite a cobrar el total de los daños a todos los autores. No interesa si la responsabilidad es contractual o extracontractual, ya que la misma es solidaria.

VII. ADMISION Y FUNDAMENTACION

El juez debe decidir cuándo debe condenar por daños punitivos, y “...en un Estado de derecho, en particular, un sistema republicano de gobierno, donde debe existir la publicidad de los actos públicos, las sentencias tienen que tener una fundamentación expresa (no arbitraria, ni aparente) basada en derecho. El magistrado está obligado a exteriorizar cómo obtiene el resultado al que arriba (y no a otro), y así brindar información suficiente sobre la eventual legalidad de su acto jurisdiccional y garantizar el derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional — CN—)” (Irigoyen Testa, 2017).

Por lo tanto debemos acudir a la hermenéutica Jurídica Nacional para saber cuándo el juez debe imponer una condena por daños punitivos. Recordando al Código Civil de Vélez en su art 16 nos decía: *“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”*.

Pero el nuevo Código Civil en su art 1 habla de la finalidad de norma y dice: *ARTÍCULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*

Pero sobretodo el art. 2 Código Civil y Comercial: *ARTÍCULO 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.* Dice que hay que resolverlo por las palabras, por su finalidades y cuando analizamos la finalidad de las normas podríamos estudiar cual es la finalidad para el legislador argentino de los daños punitivos para darnos cuenta cuando el juez debe condenar por esta figura.

Cuando las palabras no son claras para la exégesis de la norma, debemos recurrir a las finalidades perseguidas por la ley. Sobre el particular, se explica en los Fundamentos del Anteproyecto (2012) lo siguiente:

"De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También, incluimos sus finalidades, con lo cual dejamos de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención

histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación".

Esto tiene relación directa con el Art 3 que dice que: *ARTICULO 3º.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.*

Por lo tanto, el incumplimiento de esta exigencia permitiría que la sentencia pueda ser tachada de arbitraria. Para realizar un adecuado fundamento no aparente de la cuantificación económica se debe implementar la mejor alternativa factible que cumpla con el sentido de la norma (Irigoyen Testa, 2017).

Entonces podríamos comentar mucha jurisprudencia relacionada con la hermenéutica jurídica, pero por ejemplo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades

CSJN en “Aban, Francisca América c. A.N.Se.S.” 11/08/2009 reitera:

Que es jurisprudencia de este Tribunal que en la interpretación de la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y los fines que aquélla persigue (Fallos: 267:215) (LA LEY, 125-293) y que con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de sus objetivos (Fallos: 308:2246, entre muchos otros); también ha dicho que en esa tarea no puede prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018 y 2200; 324:2107; 331:1262 "Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD)", y sus citas). (La Ley 28/08/2009, 7).

VII. RECEPCION JURISPRUDENCIAL DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

1) Recepción jurisprudencial en nuestra provincia.

En un reciente pronunciamiento el Tribunal Superior de Justicia en la causa “Teijeiro”², aludiendo los requisitos exigidos para la procedencia del rubro daño punitivo, destacó la existencia de dos criterios hermenéuticos antagónicos en torno a la interpretación que cabe acordar a la norma contenida en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

“a) Uno minoritario que podemos denominar “amplio”, sólo exige cualquier incumplimiento por parte del proveedor para mandarlo a pagar daños punitivos, postura que coincide con una interpretación estrictamente literal de la norma contenida en el art. 52 bis, L.D.C. (LOVECE, Graciela I., “Los daños punitivos en el derecho del consumidor”, LL 08/07/2010; PÉREZ BUSTAMANTE, L., “*La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*”, en Vázquez Ferreira, Roberto A. -Dir-, Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, LL Supl. Especial, Buenos Aires, 2008, p. 120).

b) Otro, opuesto al anterior, que cuenta con el aval de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, critica la redacción del art. 52 bis, LDC, y postula recurrir a la prudencia de nuestros magistrados para suplir y corregir las serias omisiones y defectos que el artículo en cuestión presenta. Esta doctrina sostiene que no basta con el mero incumplimiento de las obligaciones (legales o contractuales) a cargo del proveedor, sino que hace falta algo más: el elemento subjetivo que consistiría en un menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva y que se traduce en dolo o culpa grave (LORENZETTI, Ricardo A., “Consumidores”, edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563 y ss; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, pág. 376 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361”, LL

² TSJ Cba. Sala Civ. y Com. “Teijeiro (o) Teijeiro Luis Mariano C/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G - Recurso de Casación”. Sentencia No 63 de fecha: 15/04/2014

26/11/2009, 1; COSSARI, Maximiliano N. G., “Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino”, LL 2010-F, 1111; MOISÁ, Benjamín, “Los llamados daños punitivos en la reforma a la ley 24.240”, en R. C. y S., 2008, p. 271; NAVAS, Sebastián, ¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?, LL 2012-F, 80; SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., “Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-D, 1113. Coincidentemente con este criterio se han expedido los autores citados ut supra que han estimado correcta la decisión de la Cámara A-quo en el caso que nos toca decidir y la Comisión Interdisciplinaria de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil)”

En dicho precedente el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia estimó correcta la postura restrictiva adoptada por la Cámara a quo a los fines de analizar la procedencia de la multa civil requerida en demanda. Así y enrolado en la doctrina mayoritaria, señaló que no bastaba el mero incumplimiento legal o convencional para la condena de daños punitivos. Partiendo de tal temperamento precisó que para la procedencia de los llamados daños punitivos era necesario la concurrencia de dos requisitos: a) una conducta deliberada del proveedor, culpa grave o dolo; b) 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.

Se confirmó de tal manera la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación (Sentencia Número 49 del 17 de abril de 2012) en el entendimiento que se había efectuado una interpretación correcta de la norma contenida en el art. 52 bis, LDC, al haberse requerido un plus para la procedencia de la multa civil, cual era una conducta deliberada que denote negligencia grave o dolo, lo que no se había conseguido demostrar en el caso concreto.

En definitiva, a las circunstancias previstas en el art. 52 bis de la Ley 24240 la doctrina ha agregado como pauta de interpretación: la índole del hecho generador, proporcionalidad de la sanción con la gravedad de la falta, su repercusión social, peligro de la conducta del accionado en los términos del beneficio que obtiene, perjuicio que la infracción genera en el consumidor, gravedad de los riesgos, etc.

3) Supuestos de aplicación de daños punitivos en la jurisprudencia Argentina.

La aplicación de los daños punitivos han tenido amplia recepción por parte de los Tribunales de la República Argentina, quienes han decidido su aplicación comprendiendo diversas y variadas situaciones en las que se ha visto afectado el derecho de un consumidor como consecuencia de una conducta desaprensiva, de desprecio, abusiva o ilícita por parte del proveedor de bienes y servicios.

El *leading case* en la materia resolvió condenar a una empresa de telefonía celular a pagar daños punitivos frente a la ausencia de rampas de acceso para personas con discapacidad en un local de la demandada.

En el fallo “Machinandiarena”³ el Tribunal se limita a constatar el incumplimiento por parte de la accionada de una serie de normas de diversa jerarquía constitucional –que enumera detalladamente- que imponían la construcción de la rampa de acceso, pero sin explicar en ningún momento de qué modo se configuraba el supuesto dolo o culpa grave de la demanda.

Si bien los precedentes posteriores al mencionado han seguido en general la misma postura, limitándose con el mero incumplimiento de alguna obligación por parte de las empresas sancionadas y sin justificar la concurrencia de ningún factor de atribución subjetivo, desde éste primer fallo la jurisprudencia ha ido avanzando y ampliando los presupuestos para la configuración del daños punitivo agregando, la necesidad de la grave inconducta por parte del proveedor.

En tal sentido se señaló en la causa “A.L.A.”⁴ que un mero incumplimiento no autorizaba la aplicación de daño punitivo –art. 52 bis, ley 24.240-, pues éste debe quedar reservado a situaciones que demuestren una inconducta grave o absoluto desprecio hacia los derechos del consumidor patentizado mediante un incumplimiento de obligaciones legales o convencionales por parte de los proveedores de cosas o servicios en la relación de consumo.

³ C1° CCom. De Mar del Plata, sala II, 27-5-2009, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/Telefónica de Argentina”, L.L: del 8-6-2009,p.11

⁴ CCiv. Mar del Plata, Sala I,”A.,L.A. c. Amx Argentina S.A. s/ rescisión de contratos civiles/comerciales”, 11/06/2014, LLBA 2014 (diciembre),1203con nota de Bernardo M. Diez, AR/JUR/29911/2014

En el mismo sentido se expuso en el fallo “López”⁵ que la procedencia del daño punitivo –art- 52 bis, ley 24.240- no podía ser determinada mecánicamente sino que requeriría un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros o un abuso de posición dominante, o un lucro indebido, pues de incluirse como un rubro indemnizatorio más, se correría el riesgo de propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil.

Por su parte entre las numerosas situaciones evaluadas por los Tribunales para sancionar por daños punitivos podemos mencionar los siguientes:

- Responsabilidad bancaria por deficiente asesoramiento. Uso de tarjeta de crédito en el exterior.

En la causa “Zampieri”⁶ se impuso una multa por daño punitivo a una entidad bancaria que brindó un deficiente asesoramiento a un cliente respecto al uso de su tarjeta de crédito en el exterior y, posteriormente no sólo no reconoció el error, sino que también opuso trabas burocráticas a la pretensión de aquél de retirar el dinero inútilmente depositado. Consideró el Tribunal que configuró un acto de grave negligencia por parte de la demandada, más allá de que el ilícito no persiguió un enriquecimiento incausado a costa del usuario ni causó un daño con repercusión social.

-Reparación no satisfactoria del automóvil con defectos de fábrica. Daños punitivos.

En el precedente “Elizalde”⁷ se condenó al fabricante de automotores y la concesionaria codemandada a abonar una suma de dinero en concepto de daño punitivo al

⁵ CCiv. Com. Lab. Min., Neuquén, sala I “López, Romina V. c. Viv. Roca de Constr. del Int. SRL s/sumarísimo ley 2268”,03/06/2014, LA LEY on line, AR/JUR/33576/2014

⁶ CCiv. y Com., Azul, Sala I, 22/12/14-“Zampieri, Miguel Ángel c. Banco de Galicia sucursal Tandil s/ daños y perj. Incump. Contractual”- Suplemento Mensual del Repertorio General-La ley- Julio- 2015

⁷ C.Civ. y Com., Junín, 07/04/15-“Elizalde, Raúl Oscar c. Renault Argentina S.A. y otro/a s/vicios redhibitorios”- Suplemento Mensual del Repertorio General-La ley- Julio- 2015

accionante, ante una deficiente y no satisfactoria reparación del automotor con defectos de fábrica.

- Telefonía celular. Violación del art. 35 de la ley 24.240.modif por ley 26.361.

El Tribunal en la causa “G.L.A.A.”⁸ sancionó el accionar desaprensivo de la empresa de telefonía celular que omitió informar al cliente sobre el costo del servicio de “roaming” para el acceso a la red de datos desde el exterior y, además como producto de una política empresarial diseñada para obtener una mayor rentabilidad y aplicada en forma masiva e indiscriminada a todos los clientes, activó el servicio sin pedido expreso, en violación al art. 35 de la Ley 24.240 –modif. por ley 26.361-, calificando dicho accionar como culpa grave.

-Incumplimiento del deber de información, trato digno al usuario por parte de la empresa de telefonía.

En el precedente “Andrada”⁹ en el marco de un reclamo de una usuaria del servicio de telefonía por los cargos indebidamente cobrados por internet y corte de la línea telefónica, el Tribunal estimó que habiéndose acreditado el incumplimiento por parte de la empresa demandada del deber de información, trato digno en cuanto al deber genérico del contrato, correspondía fijar una indemnización en concepto de daño punitivo.

- Apertura de cuenta corriente sin consentimiento del cliente e incumplimiento del compromiso de condonar una deuda por gastos administrativos.

En el fallo “C.M c/ Banco Galicia”¹⁰ se impuso una multa por daño punitivo a la entidad financiera que omitió dar información a un cliente y pedirle consentimiento para abrir una cuenta corriente conexas a un contrato de tarjeta de crédito, y posteriormente incumplió el compromiso de condonar la deuda por gastos administrativos e informar a las entidades pertinentes dicha circunstancia. A juicio del Tribunal esas conductas constituyeron un grave y

⁸ CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala III, 04/08/14-“G.L.A. A. c. AMX Argentina S.A. s/daños y perj. Incumplimiento contractual” Suplemento Mensual del Repertorio General-La ley- Febrero- 2015

⁹ CCiv. y Com., Jujuy, Sala II, 11/03/15-“Andrada, Adoralicia c. Telecom Argentina S.A. c/acción emergente de la ley de consumidor” Suplemento Mensual del Repertorio General- La Ley- Octubre-2015

¹⁰ CCiv. y Com., Bahía Blanca, Sala II 28/08/2014- “C.M. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico” Revista de Responsabilidad Civil y Seguros- Año XVI- Número 11-noviembre 2014

objetivo incumplimiento de las exigencias de la Ley 24.240, sumado a la grosera negligencia, cercana al dolo, en la que incurrió en toda la operatoria.

- Multa impuesta a una empresa proveedora del servicio de telefonía domiciliaria por la demora en el traslado de la línea.

En el precedente “Montaldi”¹¹ se aplicó una multa a una empresa proveedora del servicio de telefonía domiciliaria que, ante el cambio de domicilio denunciado por un usuario, demoró más de dos años en trasladar su línea y continuó durante ese lapso de tiempo emitiendo facturas de pago. Consideraron los sentenciantes que la indiferencia ante los reclamos efectuados por aquél, primero ante la empresa y luego en sede administrativa, resultaba demostrativa de una grosera negligencia, un abuso de la posición de poder y un menosprecio grave de los derechos del actor, quien tuvo que soportar un penoso peregrinar que culminó con el ejercicio de una acción judicial.

-Multa por daño punitivo impuesta a una empresa de transporte terrestre por cancelación de viaje.

En la causa “De los Rios, Marta”¹² se condenò por daño punitivo a la empresa de transporte que incumplió de forma inesperada el contrato que ligaba a la actora en el marco de una relación de consumo, por haber vulnerado el deber de información y trato digno en los términos de los arts. 4 y 8 bis de la Ley 24.240 por haber suspendido un viaje que obligó a un pasajero a permanecer dos días en un país extranjero, máxime cuando se acreditó el desdén y la eventualidad de que la conducta se repita.

- Reclamo a una empresa de telefonía celular por cobro de cargos indebidos. Deber de información.

¹¹ ST Jujuy, 30/10/13-“Montaldi, Juan José c/ Telecom Argentina S.A. s/ violación a la ley 24240 (Suplemento mensual del Repertorio General- La Ley- Abril 2014).

¹² (CCiv. y Com. Jujuy, Sala II, 10/02/14- “De los Ríos, Marta Susana c. Autotransporte Andemar S.A. s/ acción emergente de la ley del consumidor) (Suplemento mensual del Repertorio General- La Ley- Abril 2014)

En la causa “Raspanti”¹³ un cliente reclamó por daño punitivo a una empresa de telefonía móvil por el cobro indebido del cargo de gestión de cobranza, considerando que la demandada en ningún momento reconoció la ilegalidad de su proceder y tuvo un total desinterés frente a los reclamos que aquél realizara ante la empresa, la Dirección de Defensa del Consumidor y en sede judicial, lo que denotaba –se dijo- su falta de colaboración a los fines de solucionar el conflicto.

-Ausencia de entrega del vehículo en un plan de capitalización y ahorro.

En la causa “M.E. c/Planauto”¹⁴ una administradora de plan de capitalización y ahorro resultò condenada, en forma solidaria con la asociación mutual codemandada en los términos del art. 40 de la ley 24.240, a restituir al accionante las cuotas abonadas en un plan suscripto mediante una tendenciosa publicidad que inducía a suponer que le sería entregado un automóvil en un tiempo determinado, pues mediante esa práctica incumplieron con el deber de información previsto en el art. 4 de la normativa citada y con la buena fe objetiva consagrada en el art. 961 del Código Civil, máxime cuando las precisiones formuladas en los medios de difusión fueron incluidas en el contrato con el consumidor –art 8, ley 24.240-

-Daño ambiental. Aplicación analógica de la figura prevista en el art. 52 bis de la Ley 24.240. Prueba del daño. Plan de remediación.

En el precedente “Décima”¹⁵ una sociedad fue demandada por cese del daño ambiental y remediación, por haber vertido afluentes líquidos por encima de los valores permitidos. La sentencia de primera instancia dispuso el cese del daño ambiental y la recomposición del ambiente. Apelada la sentencia la Cámara a quo confirma lo resuelto. La Cámara condena a la demandada a abonar daños punitivos, aplicando analógicamente la figura prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240.

¹³ CCiv. y Com. 6ª, Córdoba, 26/03/2015-“Raspanti Sebastián c. AMX S.A. s/ordinario- otros- Recurso de apelación” Revista de Responsabilidad Civil y Seguros-La Ley Año XVII-Número 8-agosto 2015

¹⁴ CCiv y Com., Salta, Sala III, 17/09/2015-“M.E. c/ Planauto para fines determinados S.A. de Cap. y Ahorro APLA (Asociación Mutual entre Trab. y Adherentes a Planauto) s/sumarísimo o verbal). (Revista de Responsabilidad Civil y Seguros- Año XVII-Número 12-diciembre 2015

¹⁵ CCiv. y Com., Junín, 19/11/2015- “Décima Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/daños y perjuicios” Revista de Responsabilidad Civil y Seguros- Año XVIII-Número 2-Febrero 2016

-Empresa de telefonía celular. Facturación de productos no solicitados.

En el fallo “González”¹⁶ se condenó a una empresa de telefonía celular a abonar una suma de dinero en concepto de daño punitivo al resultar acreditado que de modo indebido emitió facturas por la compra de teléfonos celulares, chips y líneas telefónicas que la actora nunca solicitó. El Tribunal estimó que dicha actuación importó una conducta reprochable e injustificada, que sometió a aquella a una reiteración de reclamos e instancias en procura de lo que debió ser conferido en forma inmediata y no con evasivas frente a los reclamos que le fueron realizados.

- Responsabilidad de una empresa de tarjeta de crédito ante la errónea información crediticia publicada.

En la causa “Lijo”¹⁷ el Tribunal consideró acreditada la existencia de una negligente y grosera conducta reiterada en el tiempo de la demandada, consistente en cobrar durante meses tasas superiores a las informadas en los resúmenes que le eran remitidos a su cliente, sin contestar ninguno de los reclamos y las impugnaciones efectuadas por la actora y luego de ello, pretender cobrarle una deuda inexistente.

- Falta de entrega de un automotor adjudicado mediante plan de ahorro previo.

En “Fernández”¹⁸ se admitió la multa por daño punitivo solicitado por quien resultó pre adjudicatario de un automóvil mediante un plan de ahorro previo y la unidad no le fue entregada. Se calificó la conducta de la administradora del plan como particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia, ya que –se sostuvo- el instituto sólo se aplica cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura del contrato va más allá de un mero incumplimiento.

¹⁶ C 1° Civ. y Com., San Nicolás, 16/04/2015 “González, María Laura c. Telecom Argentina S.A. s/daños y perjuicios). Revista de Responsabilidad Civil y Seguros- Año XVII-Número 10-Octubre 2015

¹⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial “Lijo Alicia María c/ Tarshop S.A. s/ordinario

¹⁸ C.N.Com., Sala C 12/02/2015 “Fernández, Héctor O. c. Volkswagen S.A.- de Ahorro para fines determinados y otros s/sumarísimo “ Revista de Responsabilidad civil y Seguros Año XVII, número 9 –septiembre 2015

**-Robo de automotor. Incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero.
Obligación de la aseguradora de pronunciarse en tiempo oportuno.**

En la causa “Desiderio”¹⁹ el reclamo del consumidor efectuado en concepto de daño punitivo, resultó de un incumplimiento de un contrato de seguro por robo, al advertir que la conducta de la aseguradora demandada que pretendió valerse de su propio incumplimiento al no entregar una copia de la denuncia al asegurado, para acusar la inobservancia de la carga, y mediante este ardid burlar el derecho a la indemnización, invocando que no había transcurrido el plazo legal para pronunciarse, cuando ese plazo había vencido largamente, no permite abrigar duda alguna del desprecio por los derechos del asegurado consumidor, de la ausencia de lealtad del proveedor de servicios, de la violación del deber de informar, de la insistencia en su conducta grave y que hace cerca de seis años debió haber pagado el siniestro.

Conclusión. Del extracto de los precedentes jurisprudenciales antes relacionados resulta claro que los Tribunales han decidido acordar una sanción civil en concepto de daño punitivo no sólo limitado al supuesto de mero incumplimiento, sino que también estimando necesario que se trate de una conducta particularmente grave: la que ha sido calificado de diversas maneras como: “acto grave de negligencia”; “injustificada consideración”; “un accionar desaprensivo”; “culpa grave”; “grosera negligencia cercana al dolo”; “abuso de la posición dominante con menosprecio grave de los derechos del consumidor”; “total desinterés frente al reclamo y falta de colaboración”; “conducta reprochable e injustificada”; “presencia de dolo o grave negligencia”; etc.

¹⁹ C.Civ. y Com, Mar del Plata, sala II,03/09/2015-“Desiderio Daniel Dario c.Mafre Argentina de Seguros S.A. s/ Daños y Perjuicios”-Revista de Responsabilidad Civil y Seguros-Año XVIII- Número 6-junio 2016

CAPITULO TERCERO

CUANTIFICACION DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

I. INTRODUCCION

Uno de los aspectos más controvertidos de los daños punitivos es, sin lugar a dudas, el de su cuantificación. Nuestra Ley de Defensa del Consumidor no brinda pautas claras para calcular el monto de la "multa civil" intensificando, de este modo, el debate doctrinal.

En efecto, el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor ofrece parámetros sumamente genéricos a la hora de guiar al juez en la difícil tarea de estimar el importe de los daños punitivos.

Vemos de este modo que la cuantificación de este instituto se caracteriza por una amplia discrecionalidad por parte de nuestros tribunales (Martinotti, 2016).

La inclusión de esta figura legal, a partir de la modificación del plexo consumerista no sólo generó debates por tal circunstancia, sino que despertó interrogantes sobre las variables que podían y debían tener en cuenta los operadores jurídicos a la hora de determinar su "quantum".

II. DESTINATARIOS DEL IMPORTE ACORDADO POR DAÑOS PUNITIVOS. BENEFICIARIOS.

La regulación legal art. 52 bis establece claramente que: “a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor” por lo que no caben dudas, más allá de las posiciones doctrinarias encontradas, que el beneficiario es el consumidor.

La interpretación lógica del término es que el sentenciante tiene un margen de apreciación, en cada caso particular, de si corresponde o no aplicar la multa civil, de acuerdo a los hechos, pruebas y a las reglas de la sana crítica racional.

Lo que sí resulta discutido, es que el monto resultante de la condena por daños punitivos sea destinado al patrimonio del consumidor-demandante.

Quienes defienden la solución, como Álvarez Larrondo (2009) y Colombres (2008), sostiene que esta es necesaria para que los incumplimientos del proveedor sean efectivamente denunciados por los consumidores, ya que de no existir el consumidor podría no tener interés en demandar. Y para lograr su cometido se debe aplicar un monto elevado a la condena por daños punitivos.

Por su parte Pizarro (2004), señala que no existe obstáculo alguno para que una ley pueda autorizar punitivos pecuniarios en casos de graves inconductas, ni para que dichos montos se destinen a los propios damnificados. Podrá, a lo sumo, discutirse la conveniencia o inconveniencia de propiciar tal criterio, pero ello representa una cuestión distinta, nada impide técnicamente que una pena civil pueda ser destinada a la víctima y adicionarse a la indemnización de daños y perjuicios. Más aún: nuestro sistema jurídico admite numerosas situaciones en tal sentido, por ejemplo los intereses sancionatorios, la cláusula penal y las astreintes.

Así también en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) se concluyó que “destinar la multa Civil al consumidor no genera indebido enriquecimiento: la ley considera el grave ilícito del proveedor como justa causa (motivo legítimo) para el desplazamiento patrimonial”.

En la postura opuesta, se señala que la víctima no debe enriquecerse a expensas del responsable, ni el acto ilícito debe ser una fuente de lucro para la víctima. Es claro que al recibir lo regulado por daño punitivo, el consumidor está obteniendo un riqueza extra y su patrimonio ahora es mayor que el momento de producida la lesión, produciendo un enriquecimiento incausado.

En lo que atañe al posible enriquecimiento indebido de la víctima, si bien se reconoce que se trata de una objeción seria, se aduce que no nos encontramos en el ámbito de la reparación de los daños, sino en el de la punición de ciertos ilícitos, y nada impide que una pena pueda ser destinada a la víctima.

Para salvar esta objeción se ha propuesto que el destinatario de los fondos no sea el damnificado, sino alguna entidad de bien público que designe el juez, o bien un criterio mixto, en el que la víctima reciba parte de la multa, y la porción restante reciba un destino diverso.

En tal sentido Alterini (2008), ha sostenido que para evitar la inequidad que podría provocar cualquier de las dos situaciones, se ha sugerido el destino exclusivo de la condena al fondo especial para la Educación al Consumidor previsto en el art. 47 de la ley 24.240.

III. Pautas legales para su cuantificación

A la hora de determinar el "quantum" de la "multa civil", el legislador provee al judicante de los siguientes parámetros "...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...".

Del texto expreso de la norma, el operador jurídico deberá manejarse con dos parámetros difusos tales como la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Es prácticamente unánime en doctrina que las referencias que formula la norma son demasiado amplias e inespecíficas, ocasionando que el instituto, en lo que respecta a la cuantificación, quede librado a la absoluta discrecionalidad de los jueces (con excepción del tope máximo).

La ausencia de toda pauta concreta para fijar el monto de la multa desestabiliza y siembra incertidumbre al juez sobre la aplicación concreta de los daños punitivos.

No cabe duda, según lo hemos dicho *ut supra*, que la razonabilidad en la determinación del monto va de la mano del análisis que el magistrado inevitablemente debe realizar del caso en particular.

a) Gravedad del hecho

Determinada la procedencia y viabilidad del daño punitivo reclamado, el mismo se graduará en función de: 1) la gravedad del hecho y 2) demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

La gravedad del hecho, como las circunstancias del caso no hacen a la imposición de la multa civil, sino a su graduación. Cuanto más grave es el incumplimiento y su repercusión sobre el consumidor o usuario, mayor será la multa.

Se advierte que la referencia de la norma a la gravedad del hecho no sólo alude a la cuantificación de la sanción pecuniaria, sino también sirve para calificar y graduar el hecho ilícito que lo provocó: el daño debe provenir de una conducta calificada del proveedor (Stiglitz, 2015).

La consideración sobre la gravedad del hecho conlleva la necesidad de relacionar la conducta no solamente como un hecho grave, sino también, con la nota de indiferencia o desaprensión que trasgreda las pautas de la moral media impuestas por la colectividad.

De lo dicho se advierte que en dicho capítulo converge el elemento objetivo o fáctico propiamente dicho con la conducta del dañador, es decir, que la calificación jurídica depende de ambos tipos de reproches.

Ello, porque en la multa civil se encuentra sujeta al factor de atribución subjetivo, determinado por el menosprecio de los derechos de los consumidores y/o usuarios, y consecuentemente, su aplicación no deriva del art 40 de la Ley de Derecho del Consumidor, sino por la conducta antisocial y disvaliosa.

Es que la gravedad del hecho se encuentra vinculada inescindiblemente al carácter subjetivo del reproche que requiere la gran indiferencia por los intereses ajenos, es decir, contiene el reproche a la conducta del agente como factor de atribución subjetivo.

Este aspecto, ha sido claramente explicado por Alterini (2008), cuando destaca que para fijar el monto de la multa habría sido preferible considerar puntualmente no solamente la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, sino también el perjuicio resultante de la infracción, la posición en el mercado del proveedor, el grado de intencionalidad y su generalización.

De tal modo el autor pone de relieve que en el daño punitivo existe un factor de atribución subjetivo, en tanto para la aplicación de la sanción civil se analizara “el grado de intencionalidad y su generalización” del hecho reprochable al proveedor.

Un ejemplo paradigmático lo constituye el caso "Machinandiarena", que comentamos *supra*, en donde la condena se debió a la falta de colocación de accesos para discapacitados, de manera tal que la "gravedad" se configuraba no solamente por la discriminación entre seres humanos de capacidades diferentes, sino también por el carácter desaprensivo de la conducta de la demandada y el impacto social que dicho comportamiento genera. (Junyent Bas y Garzino, 2011).

Al respecto en las XVIII Jornada Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999), la comisión n° 10 señaló por unanimidad que deben “deben considerarse como pautas orientadoras, para la fijación de la cuantía de la condenación punitiva, entre otras, los siguientes: a) la índole de la conducta del dañador; b) el beneficio obtenido por éste; c) su caudal económico; d) la repercusión social de su conducta o del daño ocasionado; e) la posibilidad de la reiteración de

la conducta vituperable si no mediara condena pecuniaria; f) la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado; g) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva o irrazonable; h) la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación; i) la actitud de dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena.

Pizarro (2004), establece que las pautas de valoración son muy variadas. Entre otras, toma en cuenta las siguientes: "...la gravedad de la falta, la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal, los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito, la posición de mercado o de mayor poder del punido, el carácter antisocial de la conducta, la finalidad disuasiva futura perseguida, la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, el número y nivel empleados comprometidos en la conducta de mercado..." (p. 380).

Debe decirse que muchos serán los extremos que el tribunal (judicial o arbitral) deberá merituar a la hora de aplicar la sanción civil. Sin dudas que la gravedad del ilícito será una directriz fundamental en este orden. La trascendencia del ilícito concurrencial se juzgará teniendo en cuenta los valores tutelados por la norma.

Siguiendo a Molina Sandoval (2018), "Un punto muy importante de referencia se relaciona con aspectos económicos. Deberá ponderarse la situación económica del responsable o las utilidades obtenidas de la conducta gravemente anticompetitiva. Quien tiene una buena posición económica (y puede arbitrar medidas de índole preventivo) y no toma recaudos necesarios para evitar el daño al próximo, debe tener un *canon de valoración distinto*"

Se sostiene entonces que la "gravedad del hecho" se relaciona directamente con el juicio de reprochabilidad del agente dañador: una grave indiferencia, una violación consciente y deliberada de los estándares de seguridad, graves omisiones al deber de información en fin, cualquier actitud que importe intercambiar la seguridad del producto por el aumento de las ganancias.

b) Demás circunstancias del caso.

La ley no ha definido ni mencionado todas las condiciones de procedencia, sino que ha dejado librada a la interpretación judicial cuáles son los supuestos comprendidos.

Señala López Herrera (2011), que el principio de interpretación genérico de las “demás circunstancias” es la violación al deber de obrar de buena fe. Sin embargo, esa mención, por demás obvia, no es suficiente y debe aclararse. También debe tenerse en cuenta el texto del art. 49, ley 24.240, texto agregado por la ley 26.361, que no obstante estar incluido en la parte de las sanciones administrativas, bien puede ser entendido como un principio de legalidad atenuada de la sanción por daño punitivo.

A manera enunciativa, pueden señalarse las siguientes “circunstancias” que habilitan la condena por daños punitivos.

El daño causado. Los daños reales sufridos por el consumidor o usuario: muere o padece una enfermedad incapacitante, cuando hay micro lesiones o daños masivos (en esos casos, el proveedor provoca miles de daños pequeños, casi imperceptibles a los consumidores, sabiendo que por ser de tan poca monta seguramente no habrá reclamos).

Posición en el mercado del infractor. Permite incluir entre las pautas a tener en cuenta las riquezas del proveedor, no es lo mismo la condena a un proveedor monopólico, que a una pequeña empresa del interior del país. Las situaciones monopólicas afectan al consumidor porque restringen la libre competencia, por lo que deben ser desalentadas también con los daños punitivos.

Cuantía del beneficio obtenido. Se refiere a la malsana actitud del proveedor que a sabiendas de que su producto causará un daño mayúsculo sabe que las probabilidades juegan a su favor, por lo que decide lanzar o no retirar su producto del mercado.

Dolo o culpa grave, para el consumidor o terceros. Éste es el elemento definitivo, condición para la imposición del daño punitivo. Si no hay intención de dañar, puede haber daño compensatorio por responsabilidad objetiva pero nunca daño punitivo.

Reincidencia. El hecho de haber sido ya condenado a pagar daños compensatorios por la autoridad administrativa.

Gravedad del hecho. La doctrina y la jurisprudencia extranjera mencionan las siguientes conductas que demuestran —gravedad del hecho: 1) defraudar o engañar sobre las calidades o bondades del producto. 2) demostrar grave indiferencia hacia la seguridad del público consumidor, violación consiente a los estándares de seguridad. 3) realizar procedimientos de prueba o comercialización inadecuados. 4) no advertir sobre peligros conocidos antes de lanzar el producto al mercado. 5) no retirar el producto o subsanar sus defectos después de lanzado al mercado.

Violación del trato digno. Según el artículo 8 bis, las situaciones que podrían ameritar la imposición de daños punitivos son aquellos actos: a) Vergonzantes: Se refiere a toda situación que exponga al consumidor, públicamente o en su círculo íntimo, a situaciones que le generen deshonra o descrédito, aun aquellas que se basen en circunstancias objetivamente ciertas o comprobables pero que, no obstante, por ser inherentes a la esfera reservada de las personas, no existe razón que legitime su divulgación. b) Vejatorias: situación que implica maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicar o hacerle padecer. c) Intimidatorios: La conducta que causa o infunde miedo a alguien. d) De discriminación hacia consumidores extranjeros: tiende de proteger a los extranjeros de ciertos abusos, que suelen sufrir por desconocimiento o vulnerabilidad, como por ejemplo, turistas extranjeros a quienes se les cobra un precio diferencial. (Págs. 379/382).

IV. LA CUANTIFICACION EN EL PROYECTO DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION 2012

Resulta pertinente a los fines de brindar un acabado tratamiento sobre la temática en cuestión, tener en consideración el precepto del art. 1714 del Proyecto de 2012.

Si bien el mismo finalmente no fue aprobado, dicho precepto introducía diversos criterios de apreciación con los que hasta ahora no cuenta nuestro derecho vigente (art. 52 bis) y que podrían ser sumamente ilustrativos para los jueces.

En efecto, el actual art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor, como ya se expuso, presenta una imprecisión conceptual, aludiendo únicamente como parámetro para la tarifación del daño punitivo a la gravedad del hecho y circunstancias del caso.

Por su parte, el art. 1714 proyectado disponía: "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 solicitarla 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".

La norma en cuestión adopta una terminología más clara y precisa, remarcando la función punitiva y preventiva de la sanción. El propio texto del Proyecto de 2012 señala así, desde un primer momento, importantes objetivos a la hora de cuantificar, a los cuales se refiere luego en su texto: la necesidad de que los daños punitivos sancionen una conducta reprochable de manera suficiente, teniendo en miras la prevención de daños futuros.

La determinación del monto requiere de una apreciación judicial, en el caso concreto y de acuerdo a las circunstancias del caso, sin fijar un tope.

El art. 1714 establecía parámetros que debía tener en cuenta el juez a los fines de determinar el monto de la sanción tales como: la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

Es ventajoso que el Proyecto se encargue de introducir pautas de cuantificación que coinciden en los aspectos sustanciales con aquellas que hemos analizado en el acápite anterior.

V. EL TOPE DE LA MULTA CIVIL

El art 52 bis en su parte final dispone que “La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inciso b) de esta Ley.”. De la lectura de este precepto surge que el tope de la condena es de cinco millones de pesos, y este constituye uno de los puntos que con más unanimidad ha criticado la doctrina nacional. (Lorenzetti, 2009).

Respecto de este aspecto cabe destacar, que actualmente el monto de los daños punitivos divide la doctrina, entre quienes sostienen que debe existir un tope y quienes plantean un punto de vista diverso.

Entre los primeros podemos citar la postura de María Isabel Rúa (2009), que sostiene: “...que el tope que ha fijado la ley —cinco millones de pesos— es una suma considerable que seguramente servirá a los fines de desalentar aquellas conductas gravosas que se pretenden evitar” y entre los que opinan que no debe existir un tope”.

En otra postura, hay quienes afirman que el monto debe estar condicionado al logro del cumplimiento de los propósitos preventivos de esta multa civil. Entre los autores que abonan esta

tesitura sostienen que el monto máximo apropiado a los daños punitivos debería ser aquella suma necesaria para cumplir con la función preventiva de los daños (Irigoyen Testa, 2010).

El Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (Bs. As., 2010) ya dijo por unanimidad que *“La multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión...”*

Coincidentemente con lo expuesto, el Código Civil de Québec (1992), establece (artículo 1621): "Cuando la concesión de daños punitivos es prevista por ley, el monto de dichos daños no pueden exceder aquello que es suficiente para cumplir con sus propósitos preventivos..."

Se debe tener presente que los cinco millones de pesos no es el único límite que posee el juez a la hora de precisar, de forma no arbitraria, el importe de la multa civil. En un Estado de Derecho, el magistrado debe graduar su cuantía, mediante una fundamentación expresa (no arbitraria) basada en Derecho y dicho importe no podrá exceder (ni ser inferior) a aquello que sea suficiente (o necesario) para cumplir con la función de los daños punitivos: disuasión (mediante una sanción) de comportamientos lesivos acorde con los niveles deseables socialmente.

En consecuencia, un monto sin justificación que sea superior (o inferior) al necesario para satisfacer la función principal de disuasión de los Daños Punitivos, sería susceptible de ser tachada de arbitraria. Aquella sentencia con un importe excesivo también podría ser considerada contraria al derecho constitucional de propiedad.

Entonces, se debe exteriorizar el razonamiento del cálculo y los actos de gobiernos deben ser exteriorizados si no deben ser tachados de arbitrarios.

VI. CONCLUSION

Las referencias que formula el art. 52 bis para cuantificar los daños punitivos (gravedad del hecho y demás circunstancias del caso) son demasiado amplias e inespecíficas.

La ausencia de toda pauta legal concreta para fijar el monto de la multa desestabiliza y siembra incertidumbre al operador jurídico sobre la aplicación concreta de los daños punitivos.

La trascendencia práctica de esta falencia, implica que al momento de aplicar la figura a un caso en concreto puedan producirse distorsiones que terminan por atentar (por exceso o por defecto) contra la utilidad de los daños punitivos.

Para lograr una interpretación superadora, se propone otorgar contenido concreto a la previsión normativa entendiendo que la “gravedad del hecho” y “demás circunstancias del caso” se relacionan directamente con: a) la índole de la conducta del dañador, b) el beneficio obtenido por éste, c) su caudal económico, d) la repercusión social de su inconducta o el daño ocasionado, e) la posibilidad de la reiteración de la conducta si no mediara condena pecuniaria, f) la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado, g) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, h) la existencia de otros damnificados con derecho a reclamación, i) la actitud del dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena, j) la reiteración de conductas similares por parte del dañador, k) la fortuna del demandado, l) los precedentes judiciales y m) la posibilidad que haya tenido el dañador de conocer el peligro y evitar el daño.

CAPITULO CUARTO

FORMULAS MATEMATICAS PARA CUANTIFICAR LOS DAÑOS PUNITIVOS

I. INTRODUCCION

El dilema actual en dicha materia, transita entre quienes entienden que corresponde utilizar la estima razonable y fundada para fijar el monto de esta multa, y por el otro lado, quienes desde el análisis económico del derecho defienden la aplicación de fórmulas matemáticas.

Entre aquellos que conciben conveniente contar con una fórmula matemática que exteriorice el modo de cuantificar el daño punitivo a fin de evitar cuestionamientos sobre la posible irrazonabilidad del monto determinado, también se hallan quienes admiten que, con fórmula matemática o sin ella, no existe otra alternativa que acudir a presunciones derivadas del sentido común y la experiencia del juzgador.

En el lado opuesto, están quienes no participan de la idea de acudir a fórmulas matemáticas para conmensurar el quantum del daño punitivo, puesto que entienden que sus variables dependen, en última instancia, de la subjetividad e improbable estimación discrecional de quien la aplica, de lo cual resulta que si todas las variables son pura y absolutamente discrecionales, la discrecionalidad sigue estando presente en la mensuración (Bilbao Aranda, 2017).

Una síntesis de los posicionamientos en uno y otro sentido, puede verse en la reciente sentencia dictada en la causa “Castaño” donde se vieron reflejadas las dos posturas entre quienes propugnan la aplicación de una fórmula matemática que exteriorice el modo en que habrá de cuantificarse el daño punitivo. Y la otra donde se deja librada su determinación a la discrecionalidad del juzgador.

Sin perjuicio de las pautas expresadas en el capítulo anterior, o mejor dicho, para poder evaluar en términos monetarios las pautas de cuantificación que se reseñaron, se advierte como conveniente el uso de alguna o algunas fórmulas matemáticas con el fin de evitar arbitrariedades y subjetividades carentes de fundamento al momento de fijar la multa civil del art. 52 bis.

Sobre la utilización de ecuaciones matemáticas para determinar los montos en las indemnizaciones (con anterioridad incluso a los daños punitivos), se ha expresado que "... acto de intuición única mediante, y genéricamente inexplicado, los jueces fijan una cantidad... esa falencia queda hundida en un proceso de decisión incognoscible... parece posible afirmar que el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial, sino a la arbitrariedad. Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente lo expresa con una claridad que es reconocidamente superior a otras posibilidades de expresión" (Acciarri y Testa, 2011)

II. ¿QUÈ ES UNA FÒRMULA (Y PARA QUÈ SE UTILIZA)?

Para dilucidar sobre la conveniencia o inconveniencia del método a utilizar para la tarificación del daño punitivo, parece relevante primeramente analizar qué es una fórmula y por qué cierto tipo de razonamiento se expresa a través de esas herramientas simbólicas, para decidir si resultan convenientes o inconvenientes a estos fines jurídicos.

De modo introductorio resulta interesante advertir una de las acepciones de "fórmula" que provee el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En concreto, en la quinta acepción, indica: "*Mat. Ecuación o regla que relaciona objetos matemáticos o cantidades*".

En la actualidad, desde la enseñanza básica estamos acostumbrados a una exposición predominantemente formal o simbólica (con el sentido de estos términos en ese contexto) de las relaciones matemáticas, que se incrementa en los estadios más avanzados. El uso de un lenguaje

integrado por símbolos gráficos de significado uniformemente aceptado, es reconocidamente una ventaja en la técnica expositiva del tipo de razonamiento implicado.

El empleo de fórmulas explícitas, en este contexto, contribuye simplemente a la honestidad intelectual exigible para ambas tareas. No se trata de una búsqueda irrazonable de precisión ni de un compromiso con método de cálculo alguno. Al contrario, importa contribuir a una honestidad consistente en facilitar la refutación de las conclusiones que sostenemos y que creemos correctas (Acciarri, 2007).

III. VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE FORMULAS MATEMATICAS

Siguiendo a Yrigoyen Testa (2017), "...el empleo de fórmulas presenta al menos cuatro importantes ventajas, por sobre a su alternativa, el lenguaje natural:

a) Las fórmulas facilitan y logran precisión en la realización de cálculos complejos con variables interrelacionadas.

b) Las expresiones matemáticas para estos cálculos aumentan la seguridad jurídica y posibilitan que las partes tengan mayor información sobre sus derechos y logren más ágilmente acuerdos voluntarios, sin necesidad de acudir a un juez, para su determinación.

c) El lenguaje simbólico aporta claridad a la argumentación jurídica, posibilitando un mejor derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional).

d) Las expresiones matemáticas exteriorizan, para un mejor derecho de defensa, las dificultades probatorias típicas en la ponderación de estos cálculos, propias de la operación en sí misma y ajenas a las fórmulas que simplemente las ponen de manifiesto. Como hemos explicado en otro trabajo, los problemas probatorios son jurídicos y no matemáticos; en ocasiones es difícil demostrar mediante prueba directa los valores de ciertas variables implicadas en el razonamiento explícito; cuando esto acontezca, el juez podrá aceptar ciertos valores como acreditados por

presunciones hominis, a partir de otros hechos admitidos o probados (indicios), de donde se puede inferir el valor examinado (tal como se verifica, por ejemplo, con la cuantía del daño moral o pérdida de la chance); estos mismos inconvenientes probatorios también se encuentran —pero de forma recóndita—en cálculos fundados en premisas (leguaje retórico) que pretenden arribar a la misma cuantía (...), sin explicar ni dejar rastros sobre la operación realizada."

IV. PROPOSICIÓN DE FÓRMULAS.

Como anticipamos, de la literalidad del art. 52 bis, LDC, no se desprende directriz legal clara que determine cuáles son las variables concretas, y la correlación de las mismas, que el sentenciador debe ponderar para calcular el monto de los Daños Punitivos. Sin embargo, atento a la hermenéutica jurídica nacional, Código Civil de Velez art 16: *“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”*.

La postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Aban”²⁰ reitera:

“Que es jurisprudencia de este Tribunal que en la interpretación de la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y los fines que aquella persigue (Fallos: 267:215) (LA LEY, 125-293) y que con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de sus objetivos (Fallos: 308:2246, entre muchos otros); también ha dicho que en esa tarea no puede prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018 y 2200; 324:2107; 331:1262 “Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD)”, y sus citas)”.

²⁰ Aban, Francisca América c. A.N.Se.S La Ley 28/08/2009, 7

Según se concluyó por unanimidad en el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (2010), conocemos que "...la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión...".

Asimismo, se destaca que en los Fundamentos del Proyecto de la Ley 26.361 y del Dictamen de las comisiones de la Cámara Diputados de la Nación:

“Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio, pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad”.

Consecuentemente con ello, afirma Yrigoyen Testa (2011): "...para desbaratar la "perversa ecuación" que tuvo en miras el dañador, se debe reescribir aquella ecuación mediante una fórmula que compute la cuantía necesaria para disuadir (de forma específica y general) similares conductas dañosas en el futuro, conforme a los estándares deseables socialmente”.

Por lo tanto debemos encontrar una cuantía que rompa esa ecuación económica que ha hecho un proveedor de bienes y servicios para dejar que se produzca un daño y no evitarlo para la generalidad de los casos.

Desde la posición de Acciarri (2007), se considera que el simbolismo (fórmulas) es holgadamente superior al uso del lenguaje natural (retórico) para obtener cálculos complejos con variables interrelacionadas. En estos casos, las fórmulas aportan claridad a la argumentación jurídica; si bien no restringen la discrecionalidad de los magistrados, limitan la eventual arbitrariedad de sus sentencias.

Tal posición ha sido receptada por la Jurisprudencia Argentina en el caso “Castelli”²¹ donde se sostuvo que: “...El quid de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea

²¹ Castelli, Maria Cecilia v. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico Cámara Primera de Apelación en lo civil y Comercial, sala 2, Bahía Blanca (28/08/2014), LA LEY2014-E, 495(AR/JUR/44655/2014)

inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas (...) En búsqueda de la mayor objetividad posible a la hora de fijar el quantum punitivo, debemos atenernos en cuanto resulte posible a modelos matemáticos.”

Además, la sala 1ª del mismo tribunal de alzada en “Castaño” sigue idéntico criterio: "...Respecto al uso de fórmulas matemáticas, lo que con el convencimiento de ser el modo más objetivo y explícito de determinar una justa retribución en toda circunstancia, las vengo utilizando desde 1996, en las sentencias que he dictado desde aquel momento en que asumí como juez de primera instancia... En dicho orden de ideas se presenta sumamente conveniente contar con una fórmula matemática que exteriorice el modo en que habremos de cuantificar el daño punitivo".

La posibilidad que ofrecen las fórmulas, en el sentido de exponer explícitamente las variables utilizadas para llegar a un resultado tornando más visible su revisión, sumado a la obligatoriedad que recae en cabeza de los jueces de brindar fundamentos y razones que justifiquen porque se arriba a determinado importe y no a otro, las hace aparecer como la herramienta más adecuada a esos fines (Pons y Corenfeld, 2017).

V. UTILIZACION FORMULA “TESTA”

En nuestro país, la fórmula aritmética más conocida es la propuesta por el Dr. Irigoyen Testa, quien revisó y adaptó la fórmula tradicional utilizada en los Estados Unidos de Norteamérica para calcular los daños punitivos.

Acudimos a un destacado trabajo de investigación del autor citado que aporta lineamientos cuantitativos a partir de la revisión y adaptación de una fórmula tradicional, la llamada fórmula *Hand*.

Expone el autor Yrigoyen Testa (2011) "...*Tal como expusimos en un trabajo anterior, la ecuación tradicional para tasar los DP surge de la llamada fórmula de Hand. Según esta última,*

una persona debería ser considerada, al menos, culpable cuando no previene un daño esperado cuyo valor es mayor a la inversión en precaución requerida para evitarlo. O más precisamente, cuando causa un daño esperado ineficiente sin invertir en la cuantía óptima necesaria para prevenirlo".

Dadas estas precisiones, el autor luego de analizar los diversos elementos que constituyen la fórmula, llega a otra que califica de superadora, por contemplar variables más ajustadas a la realidad, refiriendo "*...En esta investigación se propone una fórmula revisada de los DP, que si bien parte de la fórmula 3, no admiten los supuestos irreales indicados ut supra. Así en lugar de centrarnos en la indemnización compensatoria (que nos da problemas en los supuestos de daños irreparables), nos focalizamos en la responsabilidad total esperada (ERT) que es necesaria para que el dañador sea disuadido de forma adecuada. A su vez añadimos la variable probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria (pd)...."*

La fórmula que propone el autor:

$$D = \left(\frac{E_{Rt}}{P_h P_c} - C \right) \frac{1}{P_d}$$

Dónde:

D= Cuantía de daños punitivos a determinar.

C= Cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados.

Ph= Probabilidad de que ocurra el daño.

Pc= Probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados.

Pd= Probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.

Ert= Responsabilidad total esperada que es necesaria para que el dañador sea disuadido conforme a los niveles de precaución deseables socialmente.

El autor propone dos fórmulas a partir del distingo que realiza entre daños reparables e irreparables, diferenciación que se asienta en la posibilidad de ser compensados íntegramente — en el caso de los *reparables*—, sean patrimoniales o extrapatrimoniales; mientras que en los *irreparables* no existe suma de dinero que pueda dejar indiferente al damnificado entre no experimentar perjuicios y, por otra parte, tolerarlos y obtener compensaciones dinerarias. (p. ej: muertes, lesiones graves).

Con base en tal distingo, propone como fórmula para "*daño reparable*" la siguiente:

$$D = C \frac{1 - p_c}{p_c p_d}$$

Para el caso de "*daño irreparable*":

$$D = \left(\frac{L (1 + \alpha)}{p_h p_c} - C \right) \frac{1}{p_d}$$

Dónde:

L= Nivel de precaución deseable socialmente. Surge de la suma de la inversión en prevención (deseable socialmente) dejada de invertir, más, según corresponda, los beneficios netos obtenidos por causa de la actividad dañosa.

&= La letra británica representa el porcentaje mínimo de "L" requerido para que el dañador invariablemente prefiera ajustarse al nivel de precaución deseable socialmente (L) en lugar de afrontar su responsabilidad total esperada.

VI. APLICACIÓN DE LAS FÒRMULAS POR LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

En este último punto, se abordará el tratamiento y aplicación que nuestros tribunales han brindado a la cuantificación mediante fórmulas de los daños punitivos.

Anteriormente se ha expuesto una ecuación para el cómputo de los daños punitivos ante casos de daños reparables exclusivamente (empleada por la Jurisprudencia Argentina) y otra para supuestos de daños irreparables (exclusivamente o juntamente con daños reparables).

A continuación se hará una breve recopilación de los fallos más trascendentes resueltos por nuestros tribunales locales donde se ha tratado la cuantificación de los Daños Punitivos.

1) Uno de los primeros fallos en donde se aplicó el instituto fue el ya citado caso “Castelli”. En dicho precedente se declaró la nulidad de la apertura de una cuenta corriente y se condenó al Banco Galicia a pagar \$20.000 por daño moral y \$1.000.000 (un millón de pesos) en concepto de daños punitivos. (art. 52 bis, ley 24.240, de Defensa de Consumidor.)

Durante el juicio se acreditó que la entidad abrió una cuenta corriente sin el consentimiento de la actora, le exigió el pago incausado de gastos administrativos generados por la cuenta y envió informes infundados al banco central de la República Argentina y demás organismos de información crediticia, donde se la registró como deudora morosa de “alto riesgo”.

Se sostuvo que “...Con fórmula matemática o sin ella, no existe otra alternativa que acudir a presunciones hominis derivadas del sentido común y la experiencia del juzgador (...) como máximo un consumidor entre cincuenta que se encuentren en situación análoga a la de la

actora obtendrán una efectiva condena judicial a que se le resarzan los daños y perjuicios ocasionados por conductas como las que se ventilan en autos (en realidad, pienso que serían muchos menos, pero la ausencia de parámetros que lo demuestren debe jugar a favor del demandado -arg. arts. 375 del Código Procesal Civil y Comercial y 218 inc. 7° del Código de Comercio-) (...) es tan grotesca la situación por la que la actora tuvo que transitar hasta llegar a la condena y tan evidente la gravísima negligencia del banco -cercana al dolo-, que la probabilidad de que a la condena principal se agregue otra por daño punitivo cabe estimarla en un 98% (no digo 100% porque ante la novedad del instituto y la escasez de precedentes existe un mínimo de probabilidad razonable -que cuantifico en el 2%- de que algún tribunal se abstenga de fijar un daño punitivo en circunstancias análogas)...”

De este modo en el fallo citado, se aplica la fórmula para daños reparables exclusivamente. La Cámara utilizó expresiones matemáticas para exponer de manera clara y sencilla las variables que se tuvieron en consideración, cómo se interrelacionan entre sí y cuáles eran los valores juzgados para cada una. Con este fin, utilizó la siguiente ecuación para el cálculo de los daños punitivos, ante supuestos de daños reparables exclusivamente:

$$D = C \frac{1 - p_c}{p_c p_d}$$

En realidad, el magistrado Peralta Mariscal reescribe la misma fórmula en una sola línea: $D = C \times [(1 - p_c) / (p_c \times p_d)]$

Dónde:

D = cuantía de los daños punitivos a determinar;

C = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados;

p_c = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados;

pd = probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.

Conforme con nuestro ejemplo (C=\$10; pc=50%; pd=80%), operando con la expresión matemática, obtenemos nuevamente que los daños punitivos deben ser de \$12,50.

$$D = \$10 \times \frac{1 - 0,50}{0,50 \times 0,80} = \$12,50$$

Finalmente, calculando con los valores ponderados por la Cámara para el caso concreto juzgado (C=\$20.000; pc=2%; pd=98%), el resultado es el importe determinado en el fallo (\$1.000.000).

$$D = \$20.000 \times \frac{1 - 0,02}{0,02 \times 0,98} = \$1.000.000$$

2) Otro de los fallos donde se resolvió conforme a la fórmula Testa fue en “Pescatori”²² donde el tribunal de Alzada (confirmando parcialmente la resolución de primera instancia) juzgó responsables a los demandados por el retardo injustificado y excesivo en la presentación de la garantía post venta (97 días corridos, por más que exista una cláusula puesta por el fabricante que indica como plazo máximo para la reparación, 120 días hábiles desde que la unidad ingreso al servicio), para la reparación del automóvil 0 km adquirido por el consumidor reclamante, y por no brindar respuestas apropiadas para satisfacer sus requerimientos (si bien se acredita una reparación satisfactoria, se la juzga “extemporánea”). Así, los condena solidariamente por daño emergente derivado de la privación del uso del automotor (\$1.500), daño moral causado por sus actitudes reticentes y demoras excesivas (\$10.000), y daños punitivos (\$40.000).

²² Pescatori, Leonardo G. v. Auto Haus S.A. y otro”, Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 13/09/2012 (Abeledo Perrot n°; AP/JUR/2412/2012).

3) De igual modo en el caso “Rueda”²³ se cuantifico el daño punitivo en base a la mismo método que los anteriores. El caso, según surge del propio texto del fallo se trato: "...Un cliente de una empresa de telefonía celular se vio privado del servicio durante dos meses durante los cuales, de modo unilateral, la empresa modificó la titularidad del número de línea, facturó a nombre de un tercero, reclamándole sin embargo la deuda al primigenio cliente y, finalmente, dando de baja el servicio. El cliente inició una conciliación infructuosa ante la Dirección de Defensa del Consumidor y luego reclamó judicialmente los daños y perjuicios que estos acontecimientos le causaron. El juez de primera instancia rechazó la demanda, mediante sentencia que fue apelada por el accionante. La Cámara de Apelaciones revoca el fallo, admitiendo la pretensión en su totalidad...".

En este precedente se condenó por daño material (\$ 2.000); por daño moral (\$ 3.000) y \$ 5.000 por daño punitivo. Tal supuesto puede enrolarse en la hipótesis de "daño reparable", según el concepto que prefijamos *ut supra*.

Proponemos entonces, desmenuzar los parámetros tenidos en cuenta:

C= variable equivalente al monto de la indemnización compensatoria por daños provocados (Daño Material + Daño Moral = \$ 5.000)

Pd= probabilidad de ser condenado por daños punitivos. En este caso, a los fines del ejemplo partimos de la idea que con el proceder adoptado por el empresario es muy factible ser condenado por este rubro. En otros términos, la probabilidad es de un 100%.

Pc= probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria. Esta variable tendría que ver con la cantidad de gente que colocada en la misma situación hubiese iniciado finalmente reclamo judicial.

²³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II; 29/07/2010; Rueda, Daniela c. Claro Amx Argentina S.A.; LA LEY, 2010-F, 397, Cita Online: AR/JUR/62890/2010.

Para llegar a este guarismo, modificando la misma fórmula proporcionada para daños reparables, tomando los datos suministrados, tenemos:

$$pc = \frac{C}{pdD + C} = \frac{\$5000}{1x\$5000 + \$5000} = \$0,5$$

Llegamos a la conclusión que 1 de cada 2 consumidores promoverían reclamo.

Así las cosas, la cuantía de DP surge de la siguiente fórmula:

$$D = \$5000 \frac{1 - 0,5}{0,5 \times 1} = \$5000$$

4) En el citado caso “Castaño también se recurrió a la fórmula de Yrigoyen Testa para cuantificar el Daño Punitivo.

La Sentencia admitió el rubro daño moral y elevo el monto por Daños Punitivos. El caso se trató de un cliente de un banco que realizó dos depósitos mediante cajero automático para saldar una deuda promoviendo acción de daños contra la entidad bancaria, debido a que uno de los montos depositados nunca se acreditó en la cuenta de destino.

Se fundamentó en base a las siguientes consideraciones: “...Con base en estos parámetros y partiendo de la indemnización fijada en autos con carácter resarcitorio (\$24.000 en concepto de daño emergente y moral) se llega a un daño punitivo de \$270.000 (doscientos setenta mil pesos), cifra con la que propongo sancionar al Banco Crediccop Coop. Ltda. en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240.

El cálculo para cuantificar “D” (daño punitivo) es el siguiente:

$$D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$$

$$D = 24.000 \times [(1-0,1) / (0,1 \times 0,80)]$$

$$D = 24.000 \times [0,90 / 0,08]$$

$$D = 24.000 \times 11,25$$

$$D = 270.000$$

Re expresado sintácticamente, el Banco podría haber previsto que si existe una baja probabilidad de ser condenado ($Pc = 10\%$, es decir que una persona de cada diez estaría dispuesta a iniciar un juicio, logrando contratar a un abogado y obteniendo sentencia favorable) por el daño total provocado de \$24.000 (que en el caso es emergente y moral), tiene una condena “esperada” por este rubro de solo \$2400 ($\$24.000 \times 10\%$), irrisoria cantidad que resulta insuficiente para disuadirlo de seguir cometiendo este tipo de atropellos a los consumidores y usuarios. Sin embargo, si además puede prever que recibirá una condena de \$270.000 por daños punitivos con una probabilidad del 80% (Pd), condicionada a que exista una condena por daño provocado ($Pc = 10\%$), tendrá una condena extra “esperada” por esta multa civil de \$21.600 ($\$270.000 \times 0,10 \times 0,8$). Cabe entonces colegir que si por cada caso similar en que incurra tendrá una condena total “esperada” (daño provocado más daños punitivos) que asciende a \$24.000 ($\$21.600 + \2.400 — proporción de daño punitivo más proporción de daño provocado-), seguramente corregirá su accionar para el futuro (ya no le resultará eficiente incumplir la conducta debida) y se ajustará a los estándares sociales de diligencia requeridos tanto para la protección de los intereses económicos de consumidores y usuarios, cuanto para que no se viole el derecho a recibir un trato equitativo y digno, todo lo cual halla amparo en el art. 42 de la Constitución Nacional”.

5) Del mismo modo en el fallo “Triemstra”²⁴ se aplicó idéntica fórmula matemática.

En dicho fallo se condenó por Daño Punitivo, ante la manifiesta despreocupación y desinterés de la accionada en dar pronta solución al problema técnico, que se traducía en la

²⁴ Triemstra, Andrés Claudio c/Telmex Argentina SA s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Neuquén - Sala: I - 22/08/2017

emisión de facturas indebidas e intimaciones para el pago por deudas inexistentes, pese a la baja del servicio por parte del actor.

Se estableció: "...Sobre estas bases, y a fin de "llenar" las variables de la fórmula, considero la posibilidad de que entre tres y cuatro consumidores -de cada diez que se encuentren en situación similar al actor- obtengan una condena judicial para que se resarzan los daños ocasionados por conductas como las que se ventilan en autos (ponderando para ello la baja predisposición de los particulares para acudir al sistema de justicia). También, la probabilidad de que se añada a la condena principal otra por daño punitivo, he de estimarla en un 80% (pese a la claridad de su procedencia, habrá quienes entiendan que se puede tratar de un mero error o simple incumplimiento contractual).

Con apoyo en estos parámetros y partiendo de la indemnización fijada en autos con carácter resarcitorio (\$20.000 en concepto de daño moral) se llega a un daño punitivo de \$37.500, cifra acorde a la estimada con anterioridad. En el ejemplo que sigue, se consideraron 4 de cada 10 consumidores:

El cálculo para cuantificar "D" (daño punitivo) es el siguiente:

$$D=Cx[(1-Pc)/(Pc \times Pd)]$$

$$D=20.000x[(1-0,4)/(0,4 \times 0,80)]$$

$$D=20.000x[0,6/0,32]$$

$$D=20.000x1,87$$

$$D=37.500,00.-$$

Por ende, si se considerara la probabilidad de que entre tres y cuatro consumidores -de cada diez- iniciarían un reclamo judicial y obtendrían condena resarcitoria, la suma que ponderé inicialmente se ajusta a estos valores. En definitiva, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación

deducido por el actor y, en consecuencia, elevar el monto del daño punitivo a la suma de \$40.000,00...”

VI. ANÀLISIS DE LA FÒRMULA. CONCLUSIÒN.

Conforme se desprende de los fallos analizados *ut supra*, la utilización de una formula matemática para cuantificar el daño punitivo, estimo conforme el criterio allí propiciado estimo que resulta el más adecuado y eficaz a la hora de fijar el quantum.

Ello, porque la formula brinda suficientes parámetros objetivos que completados con los subjetivos que deben ser valorados por los sentenciantes para juzgar la procedencia de los daños punitivos, dan cuenta de la razonabilidad de su resultado.

No obstante lo expuesto, no podemos dejar de reconocer la constatación de las probabilidades que conforman dos de las variables de la formula (“pc” y ”pd”) entrañan un problema al momento de determinar su porcentaje porque tanto la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados como, la probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, no responden a valores o situaciones que puedan ser objetivizadas de manera clara, si no que en definitiva depende del criterio del juez.

De todos modos, tal circunstancia no empaña los beneficios que otorga acudir a dicha ecuación matemática, porque conforma el modo más objetivo y explícito para determinar una justa sanción.

CONCLUSIÓN FINAL

Este Trabajo ha tenido como objetivo esencial abordar el análisis de uno de los tópicos más controvertidos y que revisten particular importancia a la hora de aplicar la figura de los daños punitivos, como es el aspecto vinculado a su cuantificación.

En efecto, si bien dicho instituto en general ha sido fuente de distintas divergencias, la determinación del monto de los daños punitivos conforma uno de los matices que ha generado más posiciones enfrentadas y, ello se debe, esencialmente a que el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, único cuerpo normativo donde se encuentran actualmente regulados en nuestro ordenamiento jurídico, no define, ni establece ningún régimen específico para su cálculo, limitándose a establecer parámetros o criterios sumamente genéricos para su cuantificación.

Ahora bien, antes de ingresar en detalle sobre dicha temática se estimó necesario previamente realizar un estudio general del instituto, formulando un examen sobre su tratamiento y regulación legal en la Ley de Defensa del Consumidor, considerando que dicha institución ha suscitado desde su incorporación, las opiniones más diversas sobre los distintos capítulos que la integran, entre ellos, su naturaleza jurídica, funciones que cumplen, su constitucionalidad y los problemas derivados de su ordenación.

Así están en un lado los juristas que los rechazan de plano, entendiendo que resulta una institución extraña a la responsabilidad civil –de corte netamente resarcitorio- y que al tratarse de la imposición de una pena, no se observan las estrictas garantías de rigen en materia penal a favor del imputado, por lo que propugnan su declaración de inconstitucionalidad

En la tesitura opuesta, otros doctrinarios sostienen que los daños punitivos si bien tienen como finalidad sancionar al infractor, su esencia apunta a prevenir conductas lesivas y dismantelar los efectos de los actos ilícitos y que de ninguna manera cabe reputarlos inconstitucionales.

También se han originado posturas discrepantes en torno a los presupuestos de procedencia, por lo que se ha efectuado un breve repaso sobre las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales imperantes sobre dicha materia.

Del mismo modo mucho se ha discutido, si resulta correcto que el monto resultante de la condena por daños punitivos sea destinado al patrimonio del consumidor- demandante- o se asigne su destino a una institución de bien público, por ej.

Todo ello, que ha sido abordado en los capítulos uno y dos, teniendo como propósito mostrar el marco conceptual que define e inspira la figura de los daños punitivos, junto con su aplicación jurisprudencial, para luego de ello, introducirnos en el tema puntual que nos convoca: ¿Cómo debe ser efectuada la cuantificación de los daños punitivos?.

Esta última problemática ha sido tratada en los capítulos tres y cuatro.

La ausencia de parámetros concretos para cuantificar el monto resulta una fuerte crítica en el ámbito del pensamiento jurídico en nuestro país.

La trascendencia práctica de esta imprecisión, implica que al momento de aplicar la figura en el caso concreto el sentenciante pueda producir distorsiones que terminen por violentar (por defecto o exceso) la finalidad disuasoria y preventiva de los daños punitivos.

Así el dilema actual sobre dicha materia reside entre quienes estiman que corresponde utilizar el “prudente arbitrio judicial”, basado en un criterio razonable por parte del juzgador para fijar el monto de la multa civil, mientras que por el otro lado, se propone la utilización de fórmulas o ecuaciones matemáticas.

La aplicación de fórmulas matemáticas permite conocer con claridad como se llega a un resultado, y de esta manera conceder al demandado de que tenga la posibilidad de conocer y discutir la suma a la que fue condenado, y lo que es más importante aún, ejercer adecuadamente su derecho de defensa al saber cada una de las variables que lo componen y que fueron tenidos en cuenta para arribar al monto determinado..

A diferencia de ello, la estimación efectuada por el juez conforme su mero arbitrio podría conducir en algunos casos a un resultado arbitrario, desigual e imprevisible, que ante la ausencia de pautas concretas, no otorgue al accionado la alternativa de cuestionar apropiadamente el importe de la condena por dicho rubro.

El empleo de fórmulas matemáticas es sin lugar a dudas, el método de cálculo objetivo más adecuado para la tarificación de los daños punitivos, evitando subjetividades carentes de fundamento al fijar la multa civil del art. 52 bis.

Acorde con esta línea de pensamiento cabe mencionar la introducción producida en el C.C.C.N. del art. 1746, el cual dispone directivas concretas y pormenorizadas de cómo debe ser efectuado el cálculo de las indemnizaciones en los casos de lesiones o incapacidades permanentes, física o psíquica, total o parcial, mediante la utilización de métodos matemáticos, poniendo así en evidencia la necesidad de revisar el art. 52 bis de la L.D.C., en lo que se refiere al cálculos de los mismos.

Por ello, se estima necesario la implementación de un sistema de cuantificación apoyado en criterios matemáticos, de lo contrario, tal como acontece en la mayoría de los fallos que otorgan un importe en concepto de daño punitivos, en base a criterios subjetivos no explicitados, ello podría arrojar un resultado incierto y muchas veces infundado, resultando atentatorio contra la seguridad jurídica y el principio de la debida fundamentación receptado en el art. 3 del nuevo C.C.C.N., que requiere una *“decisión razonablemente fundada”*.

Ello también por cuanto la fundamentación del decisorio aparece como una exigencia ineludible que se traduce en la debida apoyatura lógica y legal –art- 155 de la Constitución provincial- y art. 326 del C.P.C., pero sobre todo en la “razonabilidad” del monto establecido como sanción.

El cálculo del daño punitivo mediante la utilización de fórmulas conforma una herramienta tendiente a dotar de razonabilidad y debida fundamentación del importe de la “multa civil”.

Se ha sostenido que: “La multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir su función de disuasión” (Conclusiones por unanimidad del congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, Bs. As, 2010).

“Para que la cuantía de los daños punitivos no sea inferior ni exceda el monto necesario para cumplir con la función de disuasión, sería valioso acudir a fórmulas matemáticas, entre otras herramientas que permitan cumplir con aquella función” (Conclusiones por unanimidad del Congreso Internacional de Derecho de Daños-2011).

Para alcanzar el objetivo propuesto se consideró de suma importancia y sin que ello significara restar importancia a otras fórmulas perfectamente variables para calcular los daños punitivos, hacer referencia a la brindada por Yrigoyen Testa, la que ya ha tenido amplia aplicación por parte de muchos Tribunales en nuestra provincia y el resto del País, tal como se desarrolló precedentemente.

BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina

Acciarri, Hugo A. y Irigoyen Testa, M. (2011). *La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades o muertes*, LA LEY 09/02/2011 , 1, LA LEY 2011-A , 877.

Acciarri, Hugo A. (2007) *Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?*, RCyS 2007 , 86, AR/DOC/1745/2007

Alterini, Atilio A. (2008) *Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primer lectura, 20 años después*, L.L.09/04/2008, 1, LA LEY 2008-B , 1239

Alvarez Larrondo, Federico M. (2009) *La consistencia de los daños punitivos*, en LL-B (pp 1165-1167).

Álvarez Larrondo, Federico M. (2014). *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XVI, Número 11, noviembre de 2014.

Álvarez Larrondo, Federico. (2011) *Un nuevo avance en materia de derecho de daños punitivos*, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, año 2, nro. 3 junio de 2011.

Bilvao Aranda, Facundo M. (2017) *La discrecionalidad judicial en la fijación del monto del daño punitivo*. AR/DOC/534/2017.

Bueres, Alberto J. y PICASSO, Sebastián. (2011). *La Función de la Responsabilidad Civil y los Daños Punitivos en Revista de Derecho de Daños “Daño punitivo”*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- Bueres, Alberto J. (2015) *Código Civil Y comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. (1ra ed)*, Buenos Aires: Hammurabi.
- Bustamante Alsina, J. (1994). *Los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, L.L. 1994-B, 860. AR/DOC/19990/2001.
- Colombres, Fernando M. (2008). *Los Daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor*. LL 208-(E,p. 1165).
- Farina, Juan M. (2009). *Defensa del Consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea.
- Irigoyen Testa, M. (2011). *Fórmulas para cuantificar los daños punitivos*, L.L. 0003/015353.
- Irigoyen Testa, M. (2017). *Compensación económica: Aplicación de Formulas al primer Fallo de la Cámara*, RDF 78 , 33, AP/DOC/12/2017.
- Irigoyen Testa, M. (2009). *¿Cuándo el juez puede y cuando debe condenar por daños punitivos?*, RCyS 2009-X , 16, AR/DOC/3469/2009
- Irigoyen Testa, M. *El tope apropiado de los daños punitivos*. RCyS 2010-XI , 48, AR/DOC/7136/2010.
- Mosset Iturraspe, R. y Lorenzetti, Ricardo L. (2011-2). *Revista de Derecho de Daños. Daño Punitivo*. (1ª ed.) Santa Fe. Ed: Rubinzal-Culzoni.
- Junyent Bas, F. y Garzino, María C. (2011). *Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino*. L.L. 19/12/2011, 1 LA LEY2011-2012 F, 1300.
- Kemelmajer De Carlucci, A. (1993). *¿Conviene la introducción de los llamados -daños punitivos en el Derecho Argentino?* Anales de la Academia Nacional de Derecho, nro 31,1993.

- López Herrera, E. (2011). *Los daños punitivos*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Lopez Herrera, E. (2006). *Teoría General de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Lorenzetti, Ricardo L. (2009). *Consumidores*, (Segunda Edición), Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Martinotti, Diego F. (2016). *La cuantificación de los daños punitivos*, L.L. 194-RCyS2016-X,61.
- Molina Sandoval, Carlos A. y Pizarro, Ramón D. (2010). *Los daños punitivos en el derecho Argentino*. DCCyE 2010 (septiembre), 01/09/2010, 65.
- Molina Sandoval, Carlos A. (2018). *Daños punitivos en el régimen de defensa de la competencia*. L.L. RCyS 2018-VII , 41, AR/DOC/1113/2018.
- Picasso, S. (2008). *Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor, Suplemento Especial Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- Pizarro, Ramón D. (1993). “*Daños punitivos. Derecho de daños. Libro Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, 2º parte, Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.)*. Buenos Aires: La Rocca.
- Pizarro, Ramón D, (2004). *Daño Moral*, Buenos Aires: Hammurabi.
- Pizarro, Ramón D. (1993). *Daños Punitivos, en Derecho de Daños, (2da parte)*. La Rocca: Buenos Aires.
- Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. (1999) *Instituciones de derecho Privado, Obligaciones*, Buenos Aires: Hammurabi.

- Pons, Marcela V. y Corenfeld, J. (2017). *Cuantificación de Daños Punitivos*. JA 2018-I, 471, SJA 21/03/2018, 27, AP/DOC/839/2017
- Rua, María Isabel, *El daño punitivo en la reforma de la ley de Defensa del Consumidor*, LA LEY 2009-D, 1253.
- Sprovieri, Luis E. (2010) *La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino*, SJA 03/11/2010
- Stiglitz, G. y Hernández, Carlos A., (2015), *Tratado de derecho del consumidor*,(T. III), Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Trigo Represas, F. y López Mesa, M. (2004). *Tratado de la Responsabilidad Civil*, LL 2004, AR/DOC/1627/2004
- Trigo Represas, Félix. (1995). *Daños Punitivos, en Alterini y López Cabana, La responsabilidad*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ylarri, Juan S.(2014) *La aplicación de los daños punitivos en las acciones de clase en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios*. DCCyE 2014 (febrero), 43. AR/DOC/4408/2013
- Yuni, José A. y Urbano, Claudio A. (2014). *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. (1a ed.). Córdoba: Brujas.
- Zavala de González, M. (1999) *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Hammurabi.

II. Jurisprudencia

C1° CCom. De Mar del Plata, sala II, 27-5-2009, “Machinandiaarena Hernández, Nicolás c/Telefónica de Argentina”, L.L: del 8-6-2009

Cám. Civ. y Com. Neuquén - Sala: I “Triemstra, Andrés Claudio c/Telmex Argentina SA s/daños y perjuicios” - 22/08/2017.

Cámara 1ra de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, en autos “Castaño, Maria Alejandra c. Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ Daños y Perj. – Incump. Contractual (exc. Estado)” (cita Online: AR/JUR/70973/2016)

Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba “Pescatori, Leonardo G. v. Auto Haus S.A. y otro”, 13/09/2012 (Abeledo Perrot nº; AP/JUR/2412/2012).

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II; 29/07/2010; Rueda, Daniela c. Claro Amx Argentina S.A.; LA LEY, 2010-F, 397, Cita Online: AR/JUR/62890/2010.

Cámara Primera de Apelación en lo civil y Comercial, sala 2, Bahía Blanca “Castelli, Maria Cecilia v. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico” (28/08/2014), LA LEY2014-E, 495(AR/JUR/44655/2014).

Suprema Corte de Alabama (SCAlabama) “BMW of North America, inc., petitioner c. Ira Gore, Jr” L.L. US/JUR/3/1996.

TSJ Cba. Sala Civ. y Com. “Teijeiro (o) Teigeiro Luis Mariano C/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G - Recurso de Casación”. Sentencia No 63 de fecha: 15/04/2014. Recuperado el 15 de abril de 2014, en www.microjuris.com. Cita: MJJ85415.

TSJ Cba. Sala Civ. y Com. “Defilippo, Darío Eduardo y Otro c/ Parra Automotores S.A. y otro- Recurso de Casación”. Sentencia No 61. (Sentencia de fecha: 10/05/2016). Cita online: http://www.actualidadjuridica.com.ar/jurisprudencia_viewview.php?id=18870.

III. Legislación

Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. Art. 52 bis.

Constitución Nacional art 42