



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

# Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Carrera de Abogacía

Daños punitivos en la Ley de Defensa del  
Consumidor

N° 440

María Virginia Mattio

Tutor: Jorge Surin

Departamento de Investigaciones  
Diciembre 2010

Universidad de Belgrano  
Zabala 1837 (C1426DQ6)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533  
e-mail: [invest@ub.edu.ar](mailto:invest@ub.edu.ar)  
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>



## Índice

<b>Prólogo</b> .....	<b>5</b>
Introducción .....	6
<b>Análisis económico</b> .....	<b>6</b>
<b>Capítulo I: Concepto - Antecedentes</b>	
1- Definición .....	8
2- Naturaleza jurídica .....	9
3- Antecedentes .....	10
4- La evolución de la figura en fallos .....	11
5- Derecho comparado .....	13
6- Clasificación .....	14
<b>Capítulo II: Aspectos Principales</b>	
1- Constitucionalidad .....	14
2- Procedencia .....	15
3- Legitimación .....	16
4- Finalidad .....	19
5- Afinidad con la pena del derecho penal .....	19
<b>Capítulo III: Aspectos Secundarios</b>	
1- Tope máximo .....	20
2- Cuantificación .....	20
3- Destino .....	21
4- Costas .....	22
5- Asegurabilidad .....	22
6- Acciones colectivas .....	23
7- Derechos humanos .....	23
<b>Capítulo IV: Diferencia con otras figuras</b>	
1- Daño directo .....	24
2- Daño moral .....	25
3- Intereses punitivos .....	25
4- Astreintes .....	26
5- Clausula penal .....	27
<b>Capítulo V: Críticas</b>	
1- Penas privadas .....	27
2- Enriquecimiento sin causa .....	28
3- Redacción del Art.52 .....	29
Conclusiones .....	31
Bibliografía .....	32



## Prólogo

En el campo de la responsabilidad, los ordenamientos de origen romano-germánico como el nuestro, han evolucionado hacia la necesidad de reconocer un resarcimiento pecuniario a la víctima hasta llegar a exigir no solo los perjuicios materiales efectivamente causados, sino también, los perjuicios morales causados y probados, todo esto con un límite claro: dejar a la víctima en la posición que se encontraba antes del daño producido, evitando su enriquecimiento sin causa. El derecho anglosajón, por otro lado, tiene en el presupuesto de la responsabilidad objetivos adicionales, que le permiten al juez fijar una indemnización más allá del daño efectivamente causado.

En un país como Argentina, donde en las últimas décadas se ha producido un cuantitativo, aumento de las relaciones de consumo, donde la presencia de grandes empresas multinacionales como prestadoras de bienes y servicios se ha multiplicado, se presentan cada vez más, situaciones intolerables e irritantes en las que el resarcimiento del perjuicio, no silencia las repercusiones de inequidad e inseguridad que acarrearán. Frente a esta realidad, el derecho ciencia social, que nace constantemente frente a las nuevas necesidades, comenzó a preguntarse si era necesario avanzar sobre los postulados clásicos de la responsabilidad, y utilizar a la indemnización como un mecanismo, no solo resarcitorio sino también punitivo, para así evitar y subsanar, abusos y arbitrariedades.

Como exitosamente expresa Zuleta Puceiro<sup>1</sup>, nos encontramos frente a una demanda constante de nuevas respuestas que desde el mundo del derecho deben brindarse a la sociedad: “Este incremento del cuestionamiento social, marca el comienzo de una nueva era de lucha en el derecho, que dispara a su vez una nueva demanda de teoría jurídica.”

Este trabajo, se propone, reflejar esa lucha, desentrañando la figura de los daños punitivos, su admisibilidad, su evolución desde su origen, los problemas y desacuerdos que originó su reciente incorporación al ordenamiento jurídico local. Pasando por su aplicación jurisprudencial internacional y local, sin dejar de lado las distintas opiniones doctrinarias.

---

<sup>1</sup> Zuleta Puceiro, Enrique, “La ciencia jurídica en el fin de siglo”. La situación planteada -y calificada por la doctrina citada como “postmodernidad jurídica”- recuerda en alguna manera a las principales manifestaciones de la llamada “jurisprudencia mecánica” o “formalista” -también denominada “pensamiento legal clásico”- del derecho norteamericano. Su manifestación más conocida es, quizás, una serie de decisiones dictadas por Cortes de Apelaciones que -durante el último tercio del siglo XIX- fortalecieron sistemáticamente la posición de las corporaciones en sus luchas con los trabajadores y los consumidores. Ella se constituyó en objeto de duras críticas, dando origen a una lucha que generó una nueva teoría jurídica: el nacimiento de la llamada “escuela realista”. Fisher, William W. III, Horwitz, Morton J. y Reed, Thomas A. (editores), “American legal realism”.

## Introducción

A modo introductorio, debemos mencionar que la incorporación en la Ley de Defensa del Consumidor de la figura del “daño punitivo” en su art. 52 bis, además de reciente y trascendente, implica, aunque no nos sea familiar, considerar al derecho de daños en sus tres funciones; prevención, reparación y punición.

Los daños punitivos, comprenden la función punitiva y también preventiva. La institución, conforme a doctrina y jurisprudencia, resulta ser aquella sanción -consistente en sumas de dinero- que los jueces condenan a pagar a quien ha incurrido en una grave conducta, que, a su vez, le ha reportado beneficios económicos. En este sentido, procede básicamente en casos de particular gravedad, que denotan -por parte del dañador- una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos y una posición dominante.

La finalidad que persigue no es sólo castigar aquel grave proceder, sino también prevenir -ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. También contribuye -como sostienen varios autores- al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos, pero sin acudir a principios o normativas del derecho penal. La idea es, básicamente, que “frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos”.

Así fue recepcionada por el Art. 52 bis, al establecer que cuando un proveedor, no cumple con sus obligaciones legales o contractuales, con el consumidor, el juez podrá, a instancia de este último, y a su favor, fijarle una multa civil, independientemente de otras indemnizaciones que le correspondan

Pizarro y Stiglitz consideran que “Lamentablemente, la recepción de los denominados daños punitivos se ve severamente malograda por la pésima redacción del artículo 52 bis, que denota muchísimas imperfecciones, con virtualidad suficiente para convertir a la ley en un instrumento de inseguridad jurídica y, peor aún, de inequidad. Es lamentable que el legislador no haya tenido la sensatez de reproducir el texto del Proyecto de 1998, que era claro, preciso, prudente y que había merecido apoyo generalizado de la inmensa mayoría de la doctrina nacional. (...) En resumidas cuentas: una institución atractiva, útil, por la cual se ha venido bregando desde hace varios lustros, nace malograda por una reforma que presenta serios errores de técnica legislativa y, peor aún, de política legislativa. Es una pena, debería haberse hecho algo mejor”.

Sin embargo, pese a las deficiencias técnicas que presenta la ley 26361, incumbe a la comunidad jurídica argentina propiciar interpretaciones que afiancen la protección de los derechos del consumidor en un ámbito de razonable ponderación de los intereses individuales y colectivos comprometidos. A esos fines, la valoración judicial del marco normativo deberá inspirarse en los principios constitucionales vigentes, quedando en manos de los magistrados la prudente aplicación del instituto en análisis.

## Análisis económico

Comenzamos este punto con dos casos jurisprudenciales que nos servirán como disparador para comprender porque es tan importante lo económico en esta figura jurídica. Caso Ford Pinto<sup>2</sup>: la compañía hizo un “cálculo de morgue”, según el cual le convenía más pagar las 180 muertes calculadas y los 180 lesionados que se proyectaban que gastar U\$S 11 más por vehículo en la subsanación del defecto que tenían. Sucedió algo muy similar con los Chevrolet Malibú, modelo que fue fabricado con un defecto en el diseño del tanque de gasolina. En el verano de 1999 un jurado de California dictó un veredicto condenando a la General Motors Company a una importante suma; el debate procesal se centró en un estudio

---

<sup>2</sup> Centanaro- Surin, “Leyes de defensa del consumidor y usuario”, Lajouane, 2009. Es ampliamente estudiado el precedente “Grimshaw, Richard c/ Ford Motor Company” la corte de apelaciones del estado de California, USA, 29.05.1981, falla a favor de la familia Grimshaw, que reclamaba daños por un accidente de autos que sufriera la hija del matrimonio, a raíz de comprobarse defectos de fabricación en el auto, el cual se incendiaba si era colisionado en su parte posterior. La empresa había detectado el desperfecto pero estimó sumamente oneroso retirar los vehículos del mercado, no así el pago de las indemnizaciones particulares damnificados que las reclamaran. La corte aplicó una multa de 125 millones de dólares en concepto de daño punitivo, además de los compensatorios.

de coste-beneficio realizado en 1973 por un ingeniero de la empresa, en el cual, tras haber asignado un valor de U\$S 200.000 a cada vida humana, se llegaba a la conclusión de que costaría únicamente U\$S 2,40 transigir los casos de accidente, pero U\$S 8,59 modificar el diseño y ubicación del depósito de gasolina. La compañía reconoció la autenticidad del documento.

Otro ejemplo que nos permite ilustrar la situación es el recordado por Mosset Iturraspe de su experiencia profesional. Recuerda que, allá por la década del '60 y siendo abogado de "Ferrocarriles Argentinos", sugirió un par de veces la necesidad de colocación de barreras en un cruce de particular peligrosidad: la respuesta que recibió fue que convenía más, económicamente, pagar los reclamos por daños que realizar obras de infraestructura. Por otro lado, comenta que las instrucciones operativas para los conductores de trenes eran de no aplicar, bajo ninguna circunstancia, los frenos al máximo, para así evitar la "cuadratura" de las ruedas.<sup>3</sup>

Desde hace algún tiempo, se ha impuesto a nivel mundial una disciplina científica que combina aspectos jurídicos con económicos, el Análisis Económico del Derecho. Es un método novedoso en nuestro país pero muy utilizado y ponderado en otras latitudes, nos pareció atractivo incorporarlo a este trabajo para comprender el porqué de la necesidad de los daños punitivos, desde otro ángulo.

Expresa Hal Varian que "en los últimos años, el análisis económico se ha convertido en algo habitual en la teoría y práctica del Derecho. Es fácil ver la afinidad natural que existe entre estas dos disciplinas: ambas comparten el objetivo de comprender las instituciones sociales. Ambas tienen, además, un importante componente normativo: tanto el Derecho como la Economía se ocupan no sólo de indagar cómo funcionan las instituciones sociales, sino también de cómo mejorar su funcionamiento".

Según este autor, el análisis económico de los delitos (en general de las acciones antijurídicas) es una de las áreas más importantes donde esta nueva disciplina ha incursionado fuertemente. Según la teoría económica todo individuo que actúa en el mercado toma decisiones a partir de lo que se conoce como el análisis de costo-beneficio, es decir, comparando los beneficios y los costos de cada alternativa posible. Aunque también solemos aplicar el mismo criterio de decisión a otras situaciones de la vida social que no se dan estrictamente en el contexto del mercado.

Entonces, se considera que es posible que este modelo de análisis, creado para poder comprender y racionalizar el comportamiento del individuo en el mercado, pueda extenderse a otros ámbitos de la vida social. Es decir, según ese criterio, el individuo responde a los incentivos y desincentivos que encuentra –los cuales adoptan la forma de beneficios (premios) y costos (castigos)– y en función de ellos desarrolla su acción.

Una persona comete una acción contraria a Derecho porque los beneficios esperados de este comportamiento para él superan los costos esperados.

Evidentemente, este análisis sólo resulta válido si se ocupa de decisiones racionales y, en consecuencia, debemos excluir cualquier tipo de comportamiento no-racional, porque sobre ello es más difícil influir con un sistema de incentivos.

Un comportamiento no-racional, no quiere decir simplemente conductas antojadizas, caprichosas o absurdas, sino cualquier comportamiento incluso patológico que no se ajuste a la regla de racionalidad..

Sin embargo, eso no debe preocuparnos en demasía porque el comportamiento irracional es necesariamente minoritario. Esto es así porque el universo de potenciales incumplidores incluye a toda la sociedad y, dentro de ella, los individuos racionales son mayoría.

El incumplidor sopesa los beneficios que derivan de su conducta antijurídica y los costes de la misma.

Debiendo incluirse en este último rubro tanto la posibilidad de ser "atrapado" como la pena que pueda aplicársele en ese caso.

Quien incumple lo hace porque para él deriva de esa acción algún beneficio y si los beneficios superan a los costos esperados, existen grandes incentivos para que la inejecución se perpetre; en el caso contrario, el cumplimiento será la opción más razonable.

Desde el punto de vista de los beneficios esperados por el deudor, es muy difícil de determinarlos porque no son solo de naturaleza patrimonial, pero de todos modos la cuantificación económica de la

<sup>3</sup> Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por daños", Rubizal-Culzoni Editores.

prestación incumplida es un indicador insoslayable. Como se ve, la comparación de la satisfacción que proporciona la inejecución voluntaria entre distintas personas es imposible. Pero “es evidente que muchos [delitos – acciones antijurídicas] están motivados por consideraciones económicas”.

La situación es diferente por el lado de los costos. Los costes tienen dos componentes principales: la probabilidad de “ser atrapado” y condenado por un lado, y la magnitud de la pena por el otro. El costo de cometer una acción antijurídica es más alto cuanto más alto es la probabilidad de ser atrapado y condenado, y cuanto mayores sean las penas. La probabilidad de ser atrapado y condenado depende de la efectividad del sistema judicial y de los instrumentos probatorios con que cuente el acreedor, y con relación a la magnitud de las penas está prevista –en este caso– por la cláusula penal. Vale la aclaración que la probabilidad de “ser atrapado” no tiene mucha importancia en la presente exposición, por lo cual, podemos otorgar un valor estable suponiendo en todos los casos que el sistema judicial funciona razonablemente bien y el acreedor es un sujeto diligente que cuenta con todos los medios probatorios a su favor.

Cuando se toma una decisión, cuando se encara una acción, se sacrifican otras acciones alternativas en las que se hubiesen utilizado los mismos recursos y el mismo tiempo que el requerido para llevar a cabo la acción elegida. El beneficio que se hubiese obtenido si el tiempo y los recursos usados en la acción elegida se hubiesen aplicado a concretar la mejor acción alternativa es el “costo de la oportunidad” de la decisión tomada. Mide los beneficios sacrificados al privilegiar una acción sobre muchas otras posibles y es, entonces, el verdadero costo de hacer algo. El costo de oportunidad depende, por lo tanto, de las alternativas que tiene abiertas quien toma una decisión. Así, los costos de oportunidad son diferentes para distintos individuos.

Además de las reservas morales que se anteponen al incumplimiento, hay costos de oportunidad económica derivados del tiempo dedicado a este y del sacrificio de ingresos esperado en caso de ser condenado. Todos estos “costos de oportunidad” se reducen si la pena es baja. El incumplimiento adquiere entidad como alternativa y, finalmente, sólo subsisten las trabas morales como barrera a la inejecución.

Como se observa en el caso de Ford y Chevrolet a los que hicimos referencia, cuando menor la pena estipulada, es menor el incentivo para la ejecución de la prestación debida, no pueden ser solo las trabas morales la barrera de la inejecución, los daños punitivos vienen a cumplir esa función en forma más eficiente.

Por otra parte, continuando con la línea argumental aquí desarrollada, los daños punitivos que realmente predispongan al cumplimiento, no deberían ser ponderados solo en relación a la prestación debida, sino también en relación a la fortuna del deudor, a efectos que realmente constituyan un estímulo para ese individuo hacia el cumplimiento.

## Capítulo I: Concepto- Antecedentes

### 1- Definición

Para comenzar correctamente este trabajo de investigación, debemos empezar por definir el instituto que nos propusimos analizar, para tener presente de que vamos a ocuparnos y tener un claro punto de partida.

Nos parece propicio iniciar, con definiciones dadas en el marco del sistema jurídico anglosajón, cuna de la figura. El autor norteamericano, Dobbs, en su obra *Laws of remedies*<sup>4</sup>, menciona a los daños punitivos como; “aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado”.

En la misma línea, la Corte de Estados Unidos en el caso “Gertz v. Robert Welch”<sup>5</sup> los han definido a como “multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia”.

<sup>4</sup> Dobbs, Dan B., “Law of remedies”, 2ª edición, West Publishing Co, 1993, St. Paul Minnesota, p. 312. “Punitive damages are sums awarded in addition to any compensatory or nominal damages, usually as punishment or deterrent levied against a defendant found guilty of particularly aggravated misconduct, coupled with a malicious, reckless or otherwise wrongful state of mind”.

<sup>5</sup> “Gertz v. Robert Welch”, Inc. 418 US 323,350 (1974).

Según definición de Blacks Law Dictionary; “Los daños punitivos son daños de alto grado, que adjudican al demandante no solo compensación por su pérdida, sino también por su angustia mental, pena u otras agravaciones del daño original cuando este fue cometido con malicia o fraude y conducta indebida en la parte del demandado.”<sup>6</sup>

Ingresando en las definiciones dadas a nivel nacional, es dable mencionar la definición de Bustamante Alsina; “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.”<sup>7</sup>

En resumidas cuentas es una “multa que el consumidor puede obtener, y que no guarda relación con el daño que ha sufrido.”<sup>8</sup>

Destacamos que el daño punitivo es igualmente conocido como daño ejemplarizante, daño retributivo o dinero picante<sup>9</sup>. Lo entendemos como una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas es la víctima del daño causado. Estas dos características, son principalmente las que convierten a los daños punitivos en un sistema tan particular, como criticado.

## 2- Naturaleza Jurídica

Definidos los daños punitivos es necesario desentrañar su naturaleza jurídica diciendo que *no son una indemnización* por daños sufridos. No tienen por finalidad mantener la indemnidad de la víctima, objetivo que se consigue con la acción común de daños de carácter netamente resarcitorio, o como diría la terminología estadounidense, compensatoria. Sin embargo es probable que tangencialmente indemnicen como sería el caso en que en tal o cual país exista una infra compensación por las razones que fuere (política legislativa, dificultad probatoria, deficiencias judiciales, tarifación, etc.). Todo sistema jurídico indemniza sólo ciertos daños porque la indemnización de todos los daños a todos los damnificados puede hacer llegar la responsabilidad al infinito. Por ejemplo en algunos sistemas el daño moral se indemniza sólo cuando existe un delito criminal, o bien no se indemnizan los daños morales en los contratos, como era el sistema argentino antes de la reforma de la ley 17.711.

Pero si bien no puede hablarse de que tomen el lugar del daño causado, sustituyendo el daño por un equivalente, los daños punitivos sí pueden ser catalogados como una “reparación”. Reparación, del latín *reparāre* quiere decir también “desagraviar, satisfacer al ofendido” como también, “remediar o precaver un daño”. No podemos dejar de mencionar que el código civil argentino manda “reparar” el daño.

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

Amén de *accesorios*, los daños punitivos son de aplicación estrictamente *excepcional*. La regla es que los daños punitivos no proceden en ningún tipo de acción. No basta demostrar por ejemplo que se ha su-

<sup>6</sup> Blacks Law Dictionary, [www.pdinsurance.com](http://www.pdinsurance.com) (traducido)

<sup>7</sup> **Bustamante Alsina, Jorge**. “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, La Ley, 1994-B, 860.

<sup>8</sup> Ivana C. Centanaro- Surin A. Jorge, “Leyes de defensa del consumidor y usuario”, Lajouane 2009

<sup>9</sup> Rowlett Vs Anheuser-Busch Inc. “la indemnización por daños punitivos debe hacer picar o rascar al causante”

frido un daño, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad o, en casos excepcionales<sup>10</sup>. Los daños punitivos son excepcionales, pues proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño<sup>11</sup>. Es una figura 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”.<sup>12</sup>

### 3- Antecedentes

El daño punitivo, para muchos, tiene sus orígenes remotos en el código de Hammurabi, pero su limitación y distinción de otros rubros indemnizatorios, se produce recién a finales del siglo XVIII. La primera aplicación, se produjo en 1763 en Inglaterra, en el caso “Hucke c/ Barbard”, el “Common Law” británico, considero una justa respuesta la aplicación de daños punitivos adicionales, ante actos dolosos o faltas graves en perjuicio de terceros. Pese a este antecedente, ha sido en Estados Unidos en donde esta figura, conocida como *punitive damages* o *exemplary damages* ha alcanzado su mayor desarrollo. Los jueces de Estados Unidos, han utilizado este instrumento, no prescindiendo del factor subjetivo, ante conductas negligentes o despreocupación temeraria.

No fue fácil la introducción del daño punitivo, en los sistemas jurídicos romanistas, el jurista formado bajo este sistema, experimenta complicaciones al intentar comprender una figura que se refiere tanto a la víctima como a la del dañador<sup>13</sup>. La Corte de Casación Francesa, ha rechazado en múltiples oportunidades la aplicación de daños punitivos, sosteniendo que configurarían enriquecimiento sin causa para la víctima, pero se ha dado en las últimas décadas una positiva evolución, camino a su recepción. La ley española 1/1982, autoriza con fines indemnizatorios a computar además del daño causado, el beneficio obtenido por el demandado. En la legislación italiana desde hace más de 20 años, los daños causados al medio ambiente se calculan en base al beneficio obtenido por el autor del mismo.

En nuestro país, mucho se ha discutido sobre su incorporación al derecho positivo, el Proyecto de Reformas del 98’ recibió originariamente la figura en los siguientes términos: “*Art. 1587: Multa Civil: El Tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija en consideración 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*”.

*La Comisión de Diputados, aprobó el siguiente texto: “Artículo 1559: Atribuciones del Juez. Medidas preventivas. Multa civil. Condenación conminatoria. El Juez tiene atribuciones para:*

- a) Disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro.
- b) Para aplicar una multa civil a quien actúa con **grave indiferencia** respecto de los derechos ajenos cuando afecte o pudiere afectar intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta.

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

Si bien este proyecto nunca llegó a ser derecho vigente, ni hay actualmente perspectivas de que lo sea, sirve de antecedente y muestra de manera mucho más clara que el actual Art. 52 de la ley de defensa del consumidor el fin perseguido por el instituto.

<sup>10</sup> Stiglitz, Rubén S.-Pizarro, Ramón D. en “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, publicado en La Ley 2009-B, 949

<sup>11</sup> Nallar, F. “Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes”, La Ley 2009-D, 96

<sup>12</sup> Cañadas Pérez María c/ Bank Boston s/ Daños y perjuicios, CNCIV – SALA F – 18/11/2009. elDial.com

<sup>13</sup> Álvarez Larrondo, Federico, “Los daños punitivos”, LL VOL. 2000-A Pag.1113

En el marco de discusiones sobre la incorporación de la figura, la doctrina adoptó, frente al instituto tres posturas diferentes:

- 1) Pizarro, uno de los primeros expositores, es partidario de la aplicación del instituto en nuestro derecho, proponía que se realice de "*lege ferenda*".
- 2) **Bustamante Alsina**, se muestra contrario a su aplicación por considerarlo una sanción penal que no es traspasable al ámbito civil.
- 3) **Kemelmajer de Carlucci**, en tesitura intermedia, postula que la víctima opte por reclamar el daño sufrido o, en su defecto, las ganancias percibidas por el dañador en los términos de ilícitos lucrativos.<sup>14</sup>

Diez años de aparecer en un primer proyecto, los daños punitivos nacen como derecho positivo pero no en el marco del código civil, sino en el ámbito del derecho del consumo, con la ley 26.361.

Se encuentra regulado por el Art. 52 bis, en los siguientes términos:

*"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 Art. 47 Inc.b) de esta ley."*

Pero aun antes de su recepción por el derecho del consumidor, de los daños punitivos, pudo advertirse, una tendencia jurisprudencial favorable a la admisión del daño moral en los contratos de consumo. La lectura de los fallos judiciales permite concluir que muchas veces el daño moral se establecía con una doble función: el resarcimiento a la víctima, y la sanción ejemplificadora al dañador.

Esta conducta coincide con el espíritu que dio nacimiento al llamado "Derecho del Consumo" y obedece a postulados que mucho tienen en común con la función de los daños punitivos: desprotección del más débil, intención de lucrar con el daño o abuso de posición dominante.

Pero pese a que, nada impedía que el daño moral, se imponga con fines sancionatorios, no es conveniente darle una función tan amplia, y la figura de daño punitivo, es más adecuada para ese fin.

Por otro lado, desde el punto de vista del dañador, el encuadre de los daños bajo el instituto del daño punitivo le permitiría alegar garantías tales como el *non bis in idem*, impropias del daño moral. La aplicación de esta garantía a los daños punitivos era postulada por la doctrina, y en la actualidad es receptada por el Art. 1559 del Proyecto del 98', de acuerdo a la redacción aprobada por la Comisión de Diputados.

#### 4- La evolución de la figura en fallos

1- Hasta 1998, año del Proyecto de Código civil:

- **Gesteira Baldeverde, Raul c/ Instituto Nacional de Serv. Soc. para jubilados y pensionados**, Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 2ª, 1997

2- De 1998 a 2008, año en que la ley 26.361, introduce los daños punitivos al derecho de consumo:

- **BankBoston c/ Del Rio**, la Cámara Comercial D, resuelve que no corresponde aplicar daño punitivo a la entidad bancaria, como lo solicitó el demandante, porque no se apreció inequívocamente temeridad, y dicho instituto no está recibido por la ley actualmente vigente.

<sup>14</sup> Galdós, J.M., "Los daños punitivos...", R.C.y S. 1999-196 y Alvarez Larrondo F. M. "Los daños punitivos", L.L. 2000-B-1111

- **Vargas de Braña Adriana Beatriz c/ Telefónica de Argentina SA**, Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 2ª, 1999, resuelve que los daños punitivos no han merecido hasta el momento recepción como regla en el derecho positivo, de modo que no puede condenarse a la demandada a título de sanción ejemplar.
- **Bugallo Traba, Leopoldo H. c/ Edesur S.A.**, Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 2ª, 2001. Los “daños punitivos” que consisten en una suerte de penalización civil que imponen los tribunales, a modo de castigo ejemplar, en determinados supuestos, no han merecido hasta el momento recepción en nuestro derecho positivo, a diferencia del estadounidense que se inspira en la doctrina de los punitive damages.
- **Donatti, Gimena c/ Telefónica Argentina SA.**, Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 3ª, 2005. Los daños punitivos no han merecido hasta el momento recepción -como regla- en nuestro derecho positivo, de modo que no puede ser condenada la demandada a título de sanción ejemplar, deviene inadmisibles la reparación pretendida y, por consiguiente, tampoco es factible hacer uso de la facultad que confiere al juzgador el art. 165 “in fine” CPCCN., en orden a la fijación del resarcimiento, desde que dicha norma autoriza a fijar “el importe... de los perjuicios, siempre que su existencia esté legalmente comprobada”.

### 3- De 2008 al presente:

- **M., H. R. C/ V. de D., N**, Cámara Nacional Civil, sala K, 2009. En tanto los daños punitivos están destinados a punir graves inconductas y a prevenir hechos similares en el futuro o bien se consideran como herramientas tendientes a disuadir y castigar prácticas de conductas desaprensivas por parte de los actores económicos, resulta improcedente el reclamo efectuado en el marco de una acción resarcitoria entablada para obtener la reparación de los perjuicios causados por la turbación de la posesión.
- **Machinandiarena, Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares**, Cámara de apelaciones en lo civil de Mar del Plata, Sala II, 2009. Se condenó a Telefónica porque en uno de sus locales no tenía los accesos para discapacitados exigidos por ley, impidiéndole al actor el ingreso al mismo. El tribunal consideró que se trató de una conducta discriminatoria por parte de la empresa, que mostraba un gran desprecio por los derechos de la comunidad y que ocasionó un daño moral al consumidor. Justamente éste punto a primera vista aparece como lo más polémico del fallo, entender que el daño se produjo en el marco de una relación de consumo y por consiguiente se le podían aplicar los daños punitivos. El tribunal entendió que debía aplicarse la ley de defensa del consumidor, porque el actor pretendió ingresar a la empresa con motivo de una relación de consumo. Dijo que se encontraba “acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil (conf. art. 52 bis de la ley citada -t. o. ley 26.361-).
- **De la Cruz c/Renault Argentina S.A.**, Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Concepción del Uruguay n°1, 2009. El actor había comprado un automóvil defectuoso, y a pesar de llevarlo en varias ocasiones al servicio técnico el problema no fue solucionado. Si bien el automóvil funcionaba, el ruido que tenía, disminuía su valor. El fallo aplicó la figura de daños punitivos, teniendo en cuenta la responsabilidad por el producto defectuoso entregado por el proveedor. Pero no entra de lleno en el tema de analizar si hubo culpa o dolo ni en el concepto de “culpa lucrativa”, que se considera uno de los presupuestos más usuales de este tipo de indemnización.
- **Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA.** Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil SALA F, 2009. En primera instancia se condenó al banco a pagar una suma de dinero en concepto de daños punitivos, por haber suministrado información errónea de la demandante al Banco Central de la República Argentina y a Veraz S.A, basándose en la Ley 26.361 de 2008. La sentencia paso por alto que el hecho ocurrió en 2006, razón por la cual se violaba la regla de la irretroactividad de las leyes. La cámara revoca la sentencia por haber aplicado una norma inexistente en el sistema jurídico nacional al momento del acaecimiento del hecho.

## 5- Derecho comparado

Los daños punitivos han alcanzado un mayor desarrollo en los países del Common Law, sobre todo en los Estados Unidos de América.

Por otro lado, en los países de Europa y Latinoamérica no han tenido mayor repercusión, más allá de que en dichas legislaciones se promueve su paulatina incorporación.

Veamos algunos ejemplos de ello:

- Europa

**Inglaterra**, cuna de los daños punitivos, pero su gran popularidad se vio afectada por un fallo de 1964 de House of Lords, que redujo la aplicación a tres supuestos;

1. comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios del gobierno.
2. estuvieran previstos, por disposiciones estatutarias.
3. el demandado hubiera intentado premeditadamente, obtener provecho con su accionar antijurídico.

**Francia**, no se han aceptado los daños punitivos, argumentando que generarían un enriquecimiento injustificado y, por otro lado, la Corte de Casación, se niega a darle función penal a la responsabilidad civil. En el tratado de Viney Geneviene, expresa “ la gravedad de la culpa, no puede justificar una condenación superior al daño causado”.

**Suiza**, pese a no ser una figura utilizada con normalidad, el código de las obligaciones, permite al juez, tener en cuenta la gravedad de la culpa al momento de evaluar la indemnización.

**España**, existen mecanismos que si bien no son daños punitivos, se aproximan a la figura. La ley 1 de 1981, en su art.9, establece la posibilidad de fijar una indemnización, superior al daño sufrido por la víctima, que refleje el beneficio económico sufrido por el demandado.

**Noruega**, el derecho penal, es el que reconoce la obtención de una suma de dinero, en base a dos factores: gravedad de la culpa del demandado y capacidad contributiva del responsable.

- América Latina

**Perú, Guatemala, Bolivia, Suriname**, los daños punitivos no forman parte del derecho vigente de estos estados, pero si están presentes en la jurisprudencia, porque han tenido que acatar fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones de carácter ejemplarizante o disuasivo ya marcan presencia en la jurisprudencia de esta Corte. Algunos de ellos son:

- **Aloeboetoe c/ Suriname, 1993**, la Corte ordenó la reapertura de una escuela y la creación de una fundación para asistir a los beneficiarios.
- **Villagrán Morales y Otros c/ Guatemala, caso de los “Niños de la Calle”, 2001**, la Corte ordenó una vez más la designación de un centro educativo con nombre alusivo a las víctimas del caso.
- **Cantoral Benavides c/ Perú, 2001**, la Corte ordenó al Estado proporcionar una beca de estudios universitarios a la víctima.
- **Barrios Altos c/ Perú, 2001**, la Corte dispuso sobre reparaciones en prestaciones educativas y el pago de gastos de servicios de salud.
- **Durand y Ugarte c/ Perú, 2001**, la Corte volvió a ordenar el pago de gastos de prestaciones o servicios de salud y de apoyo psicológico.
- **Trujillo Oroza c/ Bolivia, 2002**, la Corte volvió a ordenar la designación de un centro educativo con el nombre de la víctima.
- **Myrna Mack Chang c/ Guatemala, 2003**, la Corte ordenó reparaciones dotadas de carácter a un tiempo resarcitorio y sancionatorio, con propósitos ejemplarizantes o disuasivos.

Los daños punitivos aparecen particularmente significativos, y ejemplarizantes, como medidas de reparación tendientes al reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y a la preservación de su memoria colectiva. Contribuyendo a garantizar la no-repetición de dichas violaciones.<sup>15</sup>

## 6- Clasificación

Los tratados norteamericanos sobre la materia, no clasifican los daños punitivos, tampoco los artículos, sin embargo nos parece valioso mencionar la clasificación que realizó el Dr. Edgardo López Herrera, en su tesis doctoral:

- **Según su origen:** Judiciales, arbitrales o legislativos.

Los daños punitivos nacieron con un acto proveniente del juez, con o sin ley que los autorice, pero hoy estos, que serían los judiciales han desaparecido, por lo menos en los países en que se han incorporado al derecho positivo. Por ello, pese a que las leyes han recogido los principios de la jurisprudencia, actualmente los daños punitivos son generalmente, legislativos.

También podrían tener su origen en una cláusula compromisoria de un acuerdo arbitral o a falta de este, nacer de las leyes declaradas aplicables por las partes para el caso de arbitraje.

- **Según su imposición:** facultativos u obligatorios.

Generalmente los daños punitivos forman parte de la discrecionalidad del juez, la víctima no puede obligar a su imposición, como si puede exigir ser resarcida en el daño causado. En contra de esta posición, encontramos los daños punitivos obligatorios, muestra de estos, en estados unidos, encontramos los daños triples, caso en que la víctima recibe tres veces más el daño causado. Esta condena esta prevista en la ley antimonopolio, es claramente obligatoria su concesión.

- **Según su relación con la condena:** relacionados o no relacionados.

Los primeros son conocidos como daños dobles o triples o porcentuales. Por ejemplo se condena en concepto de daños punitivos por el doble de la condena o por el 20% de esta.

Los segundos, se clasifican a su vez, en daños punitivos sin limite (el juez puede establecer la cifra que conceder según su leal saber y entender) y en otros limitados a una cantidad fija( se pone un tope en dinero, sin relación con el monto de los daños causados)

- **Según el destino de la condena:** de condena completa, compartida o cero.

Según a quien vaya destinada, en el primer caso hace referencia a la condena que va íntegramente a la víctima, en el segundo, se cuando esta debe compartirla con el estado y en el último es cuando es percibida totalmente por el estado u otra persona distinta de la víctima.

## Capítulo II: Aspectos Principales

### 1- Constitucionalidad

Muchos autores argentinos defienden la norma con fundamento en que los constituyentes del 94 han introducido con el art. 42 un nuevo sistema jurídico: el Derecho del Consumo, que importa un cambio de posición ius filosófica por parte del Estado a la hora de enfrentarse con el mercado, considerando a los daños punitivos parte esencial de esta reforma.

---

15 Marilyn Flórez Villaverde, Tesis, Maestría en Derecho Civil y Comercial. Universidad San Martín de Porres. Lima – Perú.

Enumeremos las principales críticas en torno a este tema:

### **Principio de reserva**

El planteo de inconstitucionalidad de la figura, proviene de los autores que la consideran una sanción penal. Argumentan por ese motivo, que dentro de un proceso civil, no se dan las garantías de un proceso penal, y de ahí la inconstitucionalidad. Picasso, afirma que viola el principio de reserva (art. 18CN), al afirmar que *“la consagración legislativa de los “daños punitivos” requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso, no bastando con una genérica y abierta cláusula general. Lo mismo ocurriría, naturalmente, con el monto de la sanción”*<sup>16</sup>. Pero nos permitimos disentir diciendo que, las sanciones de carácter civil que no requieren la descripción del hecho generador o tipificante con la misma precisión que se exige en materia penal, recayendo en los magistrados la facultad de su aplicación o no en cada caso concreto.

### **Non bis in ídem**

También se corre el riesgo, se ha dicho, de violar el non bis in ídem. Al respecto caben formular algunas precisiones: no se viola el principio en tanto y en cuanto la misma conducta no sea objeto de una sanción penal. Nadie sostiene que se viola el non bis in ídem cuando el condenado en sede penal por un ilícito es obligado a reparar las consecuencias dañosas del hecho. Aquí ocurre algo similar. El plus que constituye el daño punitivo tiene una finalidad -entre otras- disuasoria, lo que permite su asimilación parcial con la pena. El hecho de que deban pagarse dos sumas dinerarias, una en concepto de indemnización y otra como “daño punitivo”, no implica una doble sanción por la misma conducta. Tampoco constituiría violación al principio en cuestión que el condenado con pena de multa en fuero penal deba reparar -también pecuniariamente- los efectos de su acto dañoso. La Corte Suprema de los EE.UU. ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tópico en el caso Halper<sup>17</sup>. En el caso comentado el demandado había sido condenado penalmente -dos años de prisión- y más tarde condenado en sede civil a un pago -con carácter de multa- de U\$S 5000. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la medida, atendiendo a la tésis de la sanción civil, aclarando que si hubiera tenido finalidad meramente compensatoria y no punitiva, habría sido constitucional. De cualquier forma, la decisión de la Corte deja un resquicio peligroso por cuanto aclaró que el tema del non bis in ídem no se ve involucrado cuando el litigio civil se limita a sujetos privados con exclusión del Estado.

### **Violación al debido proceso legal**

Se ha dicho que violan el debido proceso legal, porque generalmente se aplican sobre la base de una presunción de preponderancia de evidencia, siendo diferente del proceso penal donde la condena requiere que la evidencia vaya más allá de toda duda (INDUBIO PRO REO).

También, se argumenta que al fijar sumas excesivamente altas como multas, no se garantiza el debido proceso. La corte suprema de Estados Unidos ha manifestado al respecto que la petición de parte interesada al momento de interponer la demanda garantiza el debido proceso y el derecho de defensa en juicio. En consecuencia, considera que al demandar por daños punitivos, debe necesariamente establecerse la suma pretendida en ese concepto.

## **2- Procedencia**

Los daños punitivos tienen múltiples aplicaciones y pueden ser utilizados para casos de discriminación, responsabilidad profesional, responsabilidad por productos elaborados, por ocultamiento de defectos o por culpa lucrativa, difamación, entre otros.

<sup>16</sup> Picasso, Sebastian “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor” LL, Supl. Esp. reforma de la ley de defensa del consumidor, 2008.

<sup>17</sup> United States v. Halper”, 490 U.S. 435, 446 (1989).

Debido a esta amplitud, es que deben fijarse claramente los requisitos de su procedencia, a saber:

- a) existencia de un daño resarcible, entonces además de las indemnizaciones compensatorias se impone un “plus” a título de pena;
- b) actuación con dolo o culpa grave o una notoria desaprensión por los derechos ajenos;
- c) Tener en la mira la obtención de beneficios económicos aunque no los haya obtenido, ya sea por ganancias producto de la actividad lucrativa o por ahorro de gastos en medidas de prevención.<sup>18</sup>

Con respecto al punto a), creemos propicio indagar sobre si es necesaria la existencia de lesión y daños susceptibles de reparación para la víctima, como requisito para reconocer los daños punitivos. Hay posiciones encontradas, en algunos fallos no solo es necesaria la existencia de daños reparables sino también se exige una razonable relación entre ambos. Pero la posición dominante, sostiene que por ser la principal función de los daños punitivos la sanción privada, se puede reconocer en ausencia de una pérdida material demostrada o cuando esta sea mínima. Pero dejemos claro que se trataría de una excepción ya que generalmente por su carácter accesorio se reclaman como un ítem más en un proceso de daños.

En el fallo de 1988, *Edwards vs. Jewish of. St. Louis*, se reconocieron US\$10.000 por daño punitivo, frente a una indemnización por daño nominal de US\$1. Criterio sostenido en fallos posteriores por la Corte Suprema de justicia estadounidense.

Adviértase que la norma incorporada a la L.D.C. (art. 52 bis) indica que el juez “podrá” aplicar una multa civil, lo que significa que es facultativo para el magistrado que deberá atender a las circunstancias del caso y evaluar que se reúnan los requisitos estudiados por los doctrinarios. Sin embargo, toda vez que se den los presupuestos de su procedencia, entendemos que el juez “deberá” imponer la multa civil.

### 3- Legitimación

Distinguimos en este apartado, la legitimación para demandar, de la legitimación para ser demandado.

#### Legitimación pasiva

Siguiendo el art. 52 Ley 26361, son pasibles de ser sancionados los proveedores que no cumplen con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. La norma asume un criterio genérico y flexible, que permite utilizar el instrumento frente a cualquier incumplimiento del proveedor.

El supuesto de hecho, incumplimiento legal o contractual, parece en su literalidad, demasiado extenso. Por nuestra parte, entendemos que no debe aplicarse la multa civil si no se reúnen los recaudos generales con que la doctrina ha caracterizado a los daños punitivos; en este sentido son de suma utilidad las enseñanzas de otros sistemas –como el del common law–, que tienen una larga y fructífera tradición en su utilización. De lo contrario, si se permitiera su aplicación literal a despecho de los lineamientos propuestos por la doctrina para su aplicación, se trataría de una norma excesivamente laxa, susceptible de acarrear una potencial sanción desproporcionada a la conducta 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 recursorias (art. 689 Cód. Civ.) que les correspondan. De lo que se desprende que el consumidor está legitimado para demandar por

---

<sup>18</sup> Zavala de González sostiene que no es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, y funda su posición en la prioridad que debe darse a la recomposición económica de las derivaciones de la situación lesiva. Agrega que no interesa tanto la subjetividad orientada hacia el hecho, como la que existe hacia la ilegítima obtención y conservación de los frutos colaterales. Ob. cit. pág. 190. Asimismo, vale para los supuestos donde sólo existe una notoria indiferencia por los derechos ajenos y la sanción puede imponerse al titular de la empresa donde se produjo la situación lesiva. En el caso los damnificados sufrieron tratos discriminatorios y ofensivos por personal de la empresa demandada. La Corte condenó al empleador por daños compensatorios y punitive damages. (U.S.C. Oregon, Paul, Ardí, Arnold and Barfield vs. Asbury Automotive Group, Civil Case N° 06-1603-KI, enero 2.009, en archivo electrónico de la Biblioteca de la Universidad de Oregon, Eugene). Vide también Stiglitz Rubén - Pizarro Ramón. Reformas a la ley de defensa al consumidor. L.L. 2.009-B-958; Ariza, Ariel. Contratos y responsabilidad por daños en el Derecho de Consumo, en La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2.008.

daños punitivos a todos los proveedores intervinientes en la relación de consumo. Agregamos nosotros que ello será así si todos los proveedores son 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.

## Legitimación activa

### Intereses individual y difuso o colectivo

Antes de tratar puntualmente la legitimación activa, creemos necesario dedicarle un párrafo a el interés individual y difuso. Una de las innovaciones más importante que presenta la ley es la ampliación de la 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 Público”*.

En efecto, no sólo se da tutela a un “interés legítimo”, que es aquel que se pone en cabeza de un titular para actuar y exigir una satisfacción, que por ser directo y exclusivo constituye un verdadero “derecho subjetivo”, sino que da cabida también y legitima para actuar respecto de los “intereses colectivos”, también denominados “intereses difusos”, a los que la ley alude al referenciar en su art. 55 LDC, al “interés general de los consumidores”, dentro de éstos se deben considerar incluidos los intereses individuales homogéneos.

Es precisamente en tutela de tales intereses que se reconocen en este artículo las *acciones particulares y las acciones colectivas*.

#### • **Acciones Particulares**

Las acciones particulares son las que pueden iniciar los consumidores o usuarios cuando se ven afectados o amenazados sus derechos individuales, supuesto que se encuentra expresamente contemplado en el párr. 1º de la norma en comentario cuando hace referencia a cuando “sus” intereses resulten afectados o amenazados.

Sin perjuicio de la legitimación que en este supuesto asiste al citado sujeto o a los afectados individualmente considerados, no se debe descartar el caso en que por el objeto de la acción pueda tener repercusión social, alimentos, medicamentos, supuesto que determinará la actuación del Ministerio Público.

Por otra parte, se debe hacer notar que el decreto reglamentario implícitamente reconoce que la asociación de consumidores podrá actuar en representación de un consumidor que ha sufrido un daño individual, al disponer que; “se requerirá a las asociaciones de consumidores legalmente constituidas carta poder para reclamar y accionar judicialmente, exceptuándolas de tal requisito en aquellos casos en que actuaren en defensa de un interés general de los consumidores”. Concordantemente, el art. 53 del decreto reglamentario establece los requisitos de la carta-poder.

#### • **Acciones colectivas**

Si bien el art. 52 LDC, no reconoce en forma expresa la existencia de “acciones colectivas” ni “intereses difusos”, ello se extrae de lo dispuesto en el párr. 2º de la norma en comentario y del art. 45de la LDC.

Por otra parte, siendo que el párr. 1º del art. 52 LDC, refiere a las acciones individuales, cuando el párr. 2º hace referencia nuevamente al consumidor o usuario, como legitimado, para luego mencionar *a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al Ministerio Público, no puede sino estar haciendo referencia a las acciones colectivas*.

Sin perjuicio de lo expuesto, se debe hacer notar aquí que el ejercicio de acciones colectivas en representación de los intereses de los consumidores y usuarios también ha sido habilitado por la Constitución Nacional art. 43.

Tanto el art. 52 LDC, como el art. 43 CN, conceden legitimación colectiva a las asociaciones de consumidores -que a tal fin deben tener personería jurídica y autorización para funcionar art. 56 LDC y al consumidor-afectado. En caso de “amenazas”, “afectado” es cualquier consumidor. Empero, mientras el art. 43, CN, añade al defensor del pueblo como legitimado activo, el art. 52 ley 24.240, se refiere a otros dos: el Ministerio Público y la autoridad de aplicación nacional o local.

Es dable evidenciar aquí que de la interpretación *a contrario sensu* de la reglamentación de este artículo se extrae que cuando la asociación de consumidores actúe en defensa del interés general, estará legitimada sin necesidad de la carta poder exigida para actuar en defensa de consumidores particulares.

#### • **Acción preventiva**

La ley 24240 también brinda tutela por la simple “amenaza de lesión” de sus derechos subjetivos sustantivos; se trata de una tutela preventiva que deviene impuesta, no sólo para evitar el daño futuro que podría sufrir el propio consumidor, sino también el que eventualmente podría alcanzar a otros usuarios y sujetos difusos, pues la jurisdicción interviene con carácter sancionatorio y una vez violado el derecho, la Ley de Derecho del Consumidor establece una suerte de jurisdicción preventiva, tendiente a eludir la transgresión del orden jurídico, a condición de que el derecho se halle amenazado, lo que acontecerá, cuando la empresa que presta servicios de limpieza utiliza sustancias peligrosas para la salud de las personas; una empresa que provee electricidad, lo hace suministrando baja tensión que pone en peligro la seguridad de los artefactos utilizados por el consumidor (heladeras, televisores, etc.); cuando la empresa encargada de suministrar agua potable lo hace en combinación con productos químicos en condiciones inapropiadas para la salud del consumidor.

Es precisamente con tal orientación que el art. 52 LDC, dispone: “Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten amenazados”. Pues, al hablar de “intereses amenazados” establece la posibilidad de deducir acciones preventivas, de un todo de acuerdo con los normas en el art. 55 LDC, que también legitima a las asociaciones de consumidores para promover acciones de esta naturaleza.

#### • **Ministerio Público**

De lo dispuesto por los párrafos 2º y 3º del art. 52 LDC, se extrae que el Ministerio Público en los procesos de incidencia colectiva puede tener una doble intervención como fiscal de la ley o como legitimado activo.

En efecto, el art. 52, LDC, concluye disponiendo: “El Ministerio Público, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley”. La expresión “obligatoriamente” incluida en la norma, a continuación del tiempo futuro del verbo “actuar”, refuerza de un modo indudable el papel del Ministerio Público, ya que su intervención se produce “en defensa del orden público y de la ley”, y “garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional”, lo que ocurre aun en las hipótesis de que las acciones sean promovidas por otros legitimados colectivos, puesto que persiste la necesidad de la intervención del MP, en razón de los fundamentos establecidos en el art. 120 CN, que deben ser resguardados en toda eventualidad.

En lo atinente a su legitimación activa, se deben destacar los posibles supuestos que surgen de la norma en comentario: *a) inicio de la acción, b) continuación frente al desistimiento de una acción de consumidores, c) legitimación activa compartida ab initio o a posteriori.*

Tal como establece el art. 52 LDC, las acciones judiciales se reconocen “sin perjuicio de lo expuesto”; esto es, del procedimiento administrativo y sanciones reguladas en el cap. XII, justamente porque son independientes de aquellos reclamos que decidan realizar los consumidores como consecuencia de incumplimientos contractuales, y cualquier otra causa que habilite la instancia judicial.

No obstante, se debe hacer notar aquí que de accionarse judicialmente para reclamar la reparación del daño sufrido por la infracción, si el actor es el mismo denunciante en sede administrativa donde se

resolvió la inexistencia de aquella, esta resolución le será oponible en sede civil; pero si las actuaciones administrativas han sido promovidas, no por el concreto damnificado que entabla la acción judicial, sino por otro de los legitimados según el art. 45 LDC, dicha resolución administrativa dictada en un proceso no promovido por el consumidor o usuario, y en el cual no ha tenido posibilidad de participar, sólo tendrá autoridad de cosa juzgada a su respecto, cuando se trate de una acción promovida en los términos del art. 52 párr. 2º, sea condenatoria para el proveedor y la cuestión afecte un interés general.

#### 4- Finalidad

El objeto de esta multa es disuadir al proveedor en la continuación de la oferta y venta de un producto o servicio que genere perjuicio; ello, por estimar que resultara más económica la reparación de los casos particulares que la prevención para la generalidad.<sup>19</sup>

Ya hemos hablado de la finalidad económica y social del instituto en otros puntos del trabajo, por lo que no creemos propicio extendernos demasiado, el párrafo del fallo transcrito a continuación resume en forma suficiente y bien lograda lo que queremos expresar en esta oportunidad:

“La finalidad que persiguen las sanciones en materia de defensa del consumidor es restituir el equilibrio que se quebró en la relación de consumo, en relación a la disparidad de situaciones en la que se encuentran uno y otro de los sujetos de la relación. Esa finalidad de la actividad sancionatoria a partir de las repercusiones de la denominada sociedad de consumo (caracterizada en lo que nos interesa, por la masificación y abstracción de las relaciones contractuales) busca un doble objeto, una situación de prevención general y otra de prevención especial. La prevención general procura tutelar esa incidencia colectiva que tipifican a las relaciones de consumo. Vale decir, prevenir que la falta que se cometió en forma específica, con relación al usuario o consumidor, no tenga un efecto multiplicador respecto a otros. Esto es que el obrar antijurídico no se reitere con relación a otros usuarios y, a su vez, que otras empresas no incurran en una conducta igual o similar a la sancionada”<sup>20</sup>.

#### 5- Afinidad con la pena del derecho penal

Tanto la pena del Derecho Penal, como la indemnización por daño punitivo del Derecho Civil:

- a) constituyen formas de retribución por el daño causado;
- b) tienen por objeto la prevención de nuevos daños.
- c) procuran impedir un indebido enriquecimiento del agente causante del daño.

Sin embargo, pueden establecerse algunas diferencias significativas, que estarán basadas en las particularidades de los sendos sistemas en que los institutos se encuentran insertos.

En tal sentido, mientras en el Derecho Penal rige el principio de tipicidad con las características derivadas por el hecho, por tratarse de un sistema normativo formal, en el Derecho Civil, por su parte, el carácter de sistema normativo material permite la integración del ordenamiento normativo, no requiriéndose una descripción normativa exacta del instituto, pudiendo extraerse el mismo, por ejemplo, de los principios generales del Derecho o de normas análogas.

En otro orden de ideas, también puede apuntarse que “mientras que las penas públicas se definen en función prioritaria de la gravedad de la falta y del mal causado (...), en la indemnización punitiva, también es fundamental la medida de los lucros ilícitos. En otras palabras: si bien la grave antijuridicidad de la conducta es un requisito de la institución, no constituye una pauta evaluativa del monto”. Con lo cual, la determinación normativa de la sanción efectiva a aplicar, obedece, en cada uno de los dos casos, a razones diversas.

<sup>19</sup> Centanaro-Surín, “Leyes de defensa del consumidor y usuario”, Lajouane, 2009.

<sup>20</sup> Cámara de apelaciones en lo contencioso administrativo y tributario de la CABA, SALA II, 12.09.2006, “Volkswagen, compañía financiera SA c/ G.C.B.A” CAUSA N° 1358/0.

## Capítulo III: Aspectos Secundarios

### 1- Tope Máximo

Para abordar este punto es importante tener presente que este nuevo instituto tiene efectos ejemplificadores y disuasorios con respecto al conjunto de los proveedores del mercado, más aún con la ampliación de los montos de las multas del inciso B, del artículo 47, y de la responsabilidad solidaria que se fija en dicho artículo.<sup>21</sup>

La L.D.C. en el art 52 bis, donde introduce el daño punitivo, con respecto a la pena remite al Art. 47 de la misma ley, que fija como monto máximo de las sanciones en la suma de \$5.000.000.<sup>22</sup>

Parte de la doctrina, considera que hubiera sido más acertado, como lo hace el Código Civil de Quebec (1994)<sup>23</sup>, en materia de valuación de los daños punitivos, adoptar un sistema amplio de apreciación, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso, a saber: gravedad de la falta cometida por el dañador, su situación patrimonial,<sup>24</sup> y la dimensión de la reparación,<sup>25</sup> como asimismo, la actitud del dañador con posterioridad al hecho, si es reincidente o no, y demás circunstancias del caso.

Alterini señala que debería haberse optado por un sistema de multa global (una sola multa por causa generadora, y no tantas como consumidores afectados hayan) pero sin techo cuantitativo (pues el previsto puede resultar exiguo en relación a la infracción cometida). Pizarro y Stiglitz consideran que este monto puede ser ínfimo en casos de particular gravedad y, a la vez, no se resuelve la coordinación de penas privadas en supuestos de multiplicidad de damnificados ni en relación a las multas del art. 47 de la ley, lo que puede llegar a la imposición se sumas exorbitantes.

### 2- Cuantificación

En Estados Unidos, en el célebre caso "Gore, Ira jr. v. BMW", fallado por la Corte Suprema de Justicia en fecha 20 de mayo de 1996, se dejó sin efecto una sentencia de una Corte estadual que había hecho lugar a una indemnización punitiva absolutamente irrazonable.

Nos cuenta Galdós que la actora reclamó daños punitivos y compensatorios, porque compró un automóvil nuevo en un concesionario oficial, habiendo luego de unos meses descubierto que el auto había sido repintado ya que durante su traslado en barco desde Alemania se había afectado su pintura. La actora entabló demanda alegando que, como consecuencia de que la empresa no le había informado sobre el repintado del automotor, había sufrido daños. En el juicio ésta admitió que no informaba a los concesionarios cuando un coche nuevo y sin uso había sufrido un daño si el costo de la reparación no excedía del 3% del precio de venta. El jurado encontró a BMW responsable, en materia compensatoria por u\$s 4.000 y por u\$s 4.000.000 (cuatro millones de dólares) en materia punitiva. Hasta aquí la irracionalidad. El Tribunal Supremo de Alabama redujo la condena punitiva a dos millones de dólares (seguía presente la irracionalidad por más que la reducción fue del 50%). Volvió la razonabilidad cuando la Corte federal anuló la sentencia estadual por considerar que violaba el debido proceso. El tribunal federal consideró que, ambos daños no guardaban relación, ya que los punitivos representaban 500 veces los compensatorios, que la conducta de la demandada no era de extrema malignidad y que la proyección económica del perjuicio debía circunscribirse al estado de Alabama sin computar su trascendencia en todo el país.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Centanaro-Surin "Leyes de defensa del consumidor y usuario", Lajouane, 2009

<sup>22</sup> Art. 47(texto según ley 26361). Sanciones. Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones...b) multa de pesos 100 a pesos 5 millones.

<sup>23</sup> El art. 1621 del Código Civil de Québec dispone: "... *Los daños punitivos son fijados apreciando todas las circunstancias apropiadas, particularmente la gravitación de la culpa del deudor, su situación patrimonial, la extensión de la reparación por la cual es responsable frente al acreedor y, donde tal es el caso, el hecho que el pago de los daños sea total o parcialmente asumido por una tercera persona.*" en <http://www.yahoo.com> - Canadá - voz "Code Civil"

<sup>24</sup> El T.J. de S.C., Brasil, condenó a la empresa de telefonía celular VIVO S.A. a pagar una multa de R\$100.000.- por desobediencia a una orden judicial, para lo cual tuvo en cuenta la situación patrimonial de la empresa, expresando que la multa fijada era un poco más del 0,08% del lucro líquido de VIVO S.A. en el primer trimestre de 2.009, que fue de R\$123.500.000.- (Agravo de Instrumento n. 2009.019334-0, da Capital, Rel. Des. Luis Fernando Boller, T.J.S.C., Florianópolis, 03/07/2.009)

<sup>25</sup> Pizarro Ramón Daniel. Daño moral ... Ob. cit., pág. 456/57.

<sup>26</sup> Galdós, Jorge M., "Los **daños punitivos**. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año I, nro. 5, set.-oct. 1999, p. 25.

Cuando hablamos de cuantificar, nos referimos a cuál va a ser la suma que el juez va a fijar en concepto de daños punitivos, y para hacer este cálculo es fundamental la razonabilidad.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, Morello recuerda que "...las leyes (y las sentencias) son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran (o los fundamentos o motivación de los fallos no superan por sus fallas intrínsecas el test de validez constitucional) no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallo, "Bozano, Edgardo v. Estado Nacional", del 13/6/1995, entre otros). Todo acto gubernativo debe resistir la prueba de razonabilidad (y al cabo también las sentencias judiciales, que por ello no pueden ser arbitrarias ni carentes de lógica del pensar en su motivación, y sí plenas de sentido común).

Lamentablemente la mayoría de los pronunciamientos judiciales que mencionan a la razonabilidad como pauta o test de validez constitucional, no nos brindan un concepto depurado de ella. Tal vez sea porque el propio concepto de razonabilidad viene impuesto por el sentido común (en realidad, lo razonable es lo acorde con el sentido común), y por ello cualquiera puede captar su sentido sin necesidad de una solemne definición como aquellas a las que están tan acostumbrados los abogados.

En el *Diccionario* de la Real Academia Española encontramos que irrazonable es aquello que carece de razón, no razonable.

Podemos afirmar que lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario. "Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dicte el sentido común"<sup>27</sup>.

En definitiva, "en último análisis y en su más pura esencia, el concepto de razonabilidad encierra las ideas de justicia, ponderación, equilibrio, moderación, buena fe, prudencia, buen juicio, o sea, en su más extremada síntesis, sentido común".

En el caso narrado al principio, ¿puede algún magistrado sostener que resulta razonable aplicar una multa de cuatro millones de dólares cuando el daño realmente ocasionado a la víctima no supera los cuatro mil dólares?

Obviamente que si un tribunal se detiene a analizar estas decisiones, más allá de que las mismas pueden ser jurídicamente correctas en cuanto a la aplicación fría de la institución, no lo son desde el punto de vista de la razonabilidad.

Una solución jurídica puede ser correcta desde el punto de vista estrictamente jurídico y no obstante no aprobar el test de la razonabilidad. Y no puede quedar duda a esta altura de que los magistrados judiciales están obligados no sólo a aplicar el derecho, sino también a que sus decisiones sean razonables.<sup>28</sup>

### 3- Destino

El proyecto de 1998, dejaba librado el monto de la multa al criterio del juez, pero la Comisión de legislación General le agregó: "la multa se destinara al fondo de garantía para las víctimas, con el objeto de cubrir las indemnizaciones fijadas contra deudores insolventes en cada jurisdicción. El tribunal no podrá destinar a la víctima más del 30 % de la multa". Años después, la ley de defensa del consumidor destina la totalidad de esta al consumidor reclamante.

El art. 52 bis, establece la multa solo a instancia de la víctima y la destina al consumidor reclamante. Desechando con esto, lo propuesto en el Anteproyecto de 1998, y también, la posibilidad del fondo de garantía, opciones más adecuadas para parte de la doctrina como Pizarro y Stiglitz.

<sup>27</sup> Linares Quintana, Segundo V., Tratado de interpretación constitucional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 559.

<sup>28</sup> AbeledoPerrot Online/Obras de Abeledo-Perrot y De palma /A/ARBITRARIEDAD/04.- Casuística/c) Obligaciones/Ameal, Oscar J. (dir.) - Tanzi, Silvia Y. (coord.) (OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI)/Lexis N° 1013/005026

La solución no está exenta de críticas, entre ellas la de Alterini, que sostiene que da lugar al enriquecimiento sin causa del consumidor beneficiario, y plantea que hubiera sido más racional asignar el producido de la multa al Fondo Especial creado por el art. 47 de la ley, con lo que coinciden Ghersi y Weingarten.

Pese a las críticas, la doctrina en su mayoría considera razonable, la postura legislativa, porque:

- el Estado ha demostrado ser un mal administrador, y la experiencia en materia de fondos con destinos especiales, es nefasta; y
- es poco probable que el consumidor gaste energías y tiempo en reclamar algo que, si se logra, no será destinado a él.

Es muy importante este último punto, ya que como la autoridad de contralor es incapaz de alcanzar todas las supuestas infracciones, el incentivo al consumidor de ser el destino de la multa, lo convierte en un fiscal de la correcta aplicación de la ley.

Considero que es un argumento de peso el interés propio de la víctima en accionar y el carácter privado de estas penas. Además, no genera un indebido enriquecimiento para el consumidor, toda vez que encuentra su fundamento o causa en la ley.<sup>29</sup>

#### 4- Costas

Es uno de los puntos más cuestionados de la ley de defensa del consumidor, introducidos por la reforma de la ley 26.361, en el último párrafo del Art. 53 versa; "...las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley gozaran del beneficio de justicia gratuita."

Muchos autores, entre ellos, Vázquez Ferreira y Avalor<sup>30</sup>, interpretan que introduce un beneficio de litigar sin gastos automático, persiguiendo que frente al rechazo de la demanda no se cobren las costas al consumidor, porque de tener que pagarlas constituiría un freno para efectuar el reclamo. Mientras otra parte de la doctrina, por ejemplo Perriau<sup>31</sup>, considera que el beneficio comprende los gastos de justicia, pero no las costas.

En el fallo "Gaddes Enrique c/ General Motors de Argentina SRL s/ ordinario", los jueces de cámara, concedieron el principio de justicia gratuita, diferenciando este concepto del beneficio de litigar sin gastos, sosteniendo que el último abarca desde el comienzo de las actuaciones judiciales hasta su finalización, sin embargo el primero se refiere indudablemente al acceso a la justicia y que pasado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluidas las costas.

Es un tema complicado, agravado por tratarse de una nueva institución, y que las diferencias tienen consecuencias prácticas, pero es claro que el principio consagrado no debe convertirse en un beneficio que permita al consumidor demandar por cifras exorbitantes en concepto de daños punitivos, amparado en que no puede ser condenado en costas, porque desencadenaría reclamos maliciosos e improcedentes.

#### 5- Asegurabilidad

La ley guarda silencio sobre la asegurabilidad de los daños punitivos, tema de suma importancia sobre el cual debería haberse pronunciado.

El planteo gira en torno a la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada de la aplicación de daños punitivos.

<sup>29</sup> Iribarne Santiago y Bravo D'André Ignacio. De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo. RCyS L.L., Año XI, N° 5, mayo de 2.009, 44.

<sup>30</sup> Vázquez Ferreira y Avalor, Damián "Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios" LL 2008-D, 1063.

<sup>31</sup> Perriau, Enrique J., "La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor", LL 2008-E 1124.

En Estados Unidos, en el caso “Cas Co. Vs. Mc.Nulty” de 1962, se prohibió asegurar las consecuencias de los daños punitivos, porque si así fuera estos perderían el efecto de castigo y disuasión que persiguen. Esta tendencia sigue aplicándose hasta la actualidad, ya que en la mayoría de los estados expresamente se ha prohibido la asegurabilidad de los daños punitivos.

El criterio que nace con el fallo, puede funcionar pero puede plantearse excepciones como el caso de que los daños punitivos sean derivados de la actuación de empleados o dependientes, en este supuesto debería permitirse la asegurabilidad para brindar protección a las empresas.

A nivel nacional, la asegurabilidad sería imposible, primero porque si los efectos de la aplicación de los daños punitivos pudieran diluirse a través del seguro, perderían totalmente su propósito sancionatorio y preventivo. Segundo, conforme la ley de seguros, Art. 114 “el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o con culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad”, claramente si los hechos descriptos en el artículo son presupuestos necesarios para que haya daño punitivo, no hay posibilidad de aseguramiento”.

## 6- Acciones colectivas

La ley nada dice sobre si podría interponerse una demanda colectiva reclamando daños punitivos.

Si bien este tema ya fue tratado in extenso con anterioridad, aquí podemos analizar la posición de la doctrina en el tema.

La doctrina nacional, en su mayoría, se niega a combinar la acción de clases con el reclamo de daños punitivos, fundados en que las acciones colectivas no están diseñadas para ese fin, sino que persiguen la reparación integral de los daños de un grupo homogéneo de personas.

Pero en disidencia, vale destacar la posición de Agustín Álvarez<sup>32</sup>, que si bien, se inclina por la negativa, basándose en una razón práctica: si el destino de la multa es para el damnificado es imposible dividirla equitativamente entre todos los damnificados posibles que se verían beneficiados por una acción de clase. Deja a salvo que, de poder salvar esta complicación práctica, sería partidario por la posibilidad de su interposición.

## 7- Derechos humanos

Debemos distinguir entre las sentencias a personas físicas o jurídicas privadas, de las sentencias a estados soberanos.

En el primer caso, no hay ninguna sentencia, pero si ha habido demandas que han solicitado el reconocimiento de daños punitivos por perjuicios ocasionados a derechos como el de la salud.

En los años noventa en los estados norteamericanos de Mississippi, Florida y Texas, se presentaron demandas contra compañías productoras de tabaco, que terminaron en millonarias negociaciones extrajudiciales, razón por la cual no se registran antecedentes jurisprudenciales. Los argumentos aludidos en las pretensiones era; omisión con intención engañosa de la información sobre los posibles efectos nocivos para la salud ocasionados por el tabaco y el perjuicio causado a consumidores, y también a los estados, que no pudieron tomar medidas para evitar que se siguiera dañando la salud de los habitantes y terminaron pagando enormes sumas en tratamientos médicos para los afectados.<sup>33</sup>

En el segundo caso mencionado, debemos mencionar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>32</sup> Agustín Álvarez, “Repensando la incorporación de los daños punitivos”, [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos)

<sup>33</sup> García Matamoros, Laura Victoria y Herrera Lozano, María Carolina. “El concepto de los daños punitivos”-Revista Estudios Socio-Jurídicos, enero-junio 2003 n°101-Universidad del Rosario-Bogotá Colombia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos como ya se menciona en el punto; Derecho comparado, América Latina, ha emitido desde el año 1993 sentencias condenando a los estados americanos a obligaciones de hacer de carácter resarcitorio o compensatorio como sancionatorio, entendiendo a los daños punitivos más allá de la acepción puramente pecuniaria, configurando una respuesta o reacción a las violaciones graves a los derechos humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, condenó en diversas oportunidades a estados demandados por actos discriminatorios contra algún habitante (no necesariamente ciudadano). El quantum indemnizatorio, fue calculado no atendiendo al daño irrogado sino pretendiendo lograr una suma que resulte importante para el Estado condenado para que sirva de elemento disuasorio futuro.

## CAPITULO IV: Diferencia con otras figuras

### 1- Daño directo

El daño directo, otra figura que se incorpora con la ley 26.361 en 2008 introduciendo el derecho a obtener una indemnización en sede administrativa. Confiando a la autoridad de control la facultad de adjudicar daños y perjuicios bajo la figura del denominado "daño directo".

La inclusión del daño directo y el daño punitivo en la reciente reforma de la ley 24.240 tiende a maximizar la tutela del consumidor, aunque las previsiones legales muestran graves imperfecciones técnicas, que podrían neutralizar o inficionar la efectividad tuitiva, exigiendo una aplicación flexible, razonable y sistemática de las instituciones incorporadas.

El artículo 40 bis define al daño directo como todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o prestación de servicios. Lo que merece especial atención es que se faculta a la autoridad de aplicación para determinar la existencia del daño y su magnitud, función que siempre incumbió a los jueces y por esto, se presta a la polémica.

En cuanto al tope para el resarcimiento por esta vía, se fija hasta un valor máximo de cinco Canastas Básicas Total para el Hogar 3 que publica el INDEC. Las sumas que el consumidor reciba por esta vía se deducirán de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieran corresponderle a aquel por acciones judiciales.

Pero la gran diferencia con los daños punitivos es que; "La apreciación de los hechos, la gravedad de la falta y la graduación de las sanciones pertenecen al ámbito de facultades discrecionales de la Administración, en cuya ejecución ésta no debe ser sustituida por los jueces, a quienes sólo les cabe revisarlas en caso de irracionalidad o arbitrariedad manifiesta."<sup>34</sup> Y no puede considerarse arbitraria la multa si resulta comprendida dentro de los montos fijados por la Ley N° 24.240, ni tampoco irrazonable si se tienen en cuenta las características del servicio, la posición en el mercado del infractor y los inconvenientes y perjuicios causados por el denunciado que en definitiva fueron consecuencia de la conducta infractora y el riesgo de generalización de este tipo de infracciones. Criterio este último, también aplicable a los daños punitivos.<sup>35</sup>

Del mismo modo que para graduar la sanción de los daños punitivos, se toma en consideración no sólo la cuantía de los beneficios indebidamente obtenidos por el proveedor de bienes y servicios, sino también su proyección económica, el peligro de su generalización, la posición en el mercado de la denunciada en los términos del art. 49 de la Ley N° 24.240, sobre la Aplicación y Graduación de las Sanciones.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> CNFed Contenciosa Administrativo Sala III, 16-3-2000. "Círculo de Inversores S.A. c/ Sec.de Comercio"

<sup>35</sup> fallo del 6/5/99 de la C.N.C.A., Sala I, autos "Sevel Argentina S.A. c/ S.C.I."

<sup>36</sup> Art. 49 ley 24.240, "En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho"

La aplicación es otra tarea asignada a la administración, no es judicial como en los daños punitivos, pero los criterios utilizados para hacerlo son los mismos, dado que se rigen por el art. 49 de la ley 24.240, esto es el perjuicio para el consumidor derivado de la infracción y el art. 47, que reza; se tendrá en cuenta: 1) el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor, 2) la posición en el mercado del infractor, 3) la cuantía del beneficio obtenido, 4) el grado de intencionalidad, 5) la gravedad de los riesgos o los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, 6) la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho (Cfr. 16 de la ley 757).

Las diferencias con los daños punitivos saltan a la vista, procedencia, tope de la indemnización, pasando por la que podría considerarse fundamental; uno es un instituto del derecho administrativo y otro judicial. Pero nadie puede negar una estrecha vinculación basada en la defensa del consumidor, su origen en la misma ley y los criterios utilizados para la graduación y aplicación de las multas.

## 2- Daño moral

Esta figura tiene un origen similar a la de los daños punitivos, en un principio se discutió si era o no una categoría susceptible de reparación y luego cual era el fundamento de la obligación de indemnizar.

En tal sentido, parte de la doctrina otorgaba a dicha obligación *carácter resarcitorio* por lo cual su función sería procurar el restablecimiento de la situación anímica del lesionado, brindándole la posibilidad de compensar con dinero la alteración disvaliosa de su espíritu, posición que compartimos. Pero otro sector de la doctrina consideraba en cambio que la justificación de la reparación del daño moral, se encontraba en la pena civil, por la cual se reprobaba de manera ejemplar la falta cometida por el ofensor.

Con la reforma de la Ley 17.711 del año 1968, se modificó el art. 522 del Código Civil, incorporándose al derecho positivo la figura del daño moral en el ámbito contractual. La mencionada norma otorga a los jueces la facultad de condenar a la reparación del daño moral por responsabilidad contractual.

Hoy la doctrina y la jurisprudencia, casi unánimemente, entienden que, si bien deben tenerse principalmente en cuenta las circunstancias de la víctima, no puede soslayarse la persona del dañador. Y esta mirada al victimario puede derivar en una morigeración o en un agravamiento de la indemnización: ocurrirá lo primero en el supuesto del art. 1069 del Código Civil (reducción equitativa del monto en atención a la situación patrimonial del victimario), y lo segundo en el supuesto en que su conducta tenga una repercusión disvaliosa y nociva en el plano moral de la personalidad del usuario.<sup>37</sup>

Ahora así descripto nada impediría que el daño moral se utilice con fines indemnizatorios y sancionatorios, un sector muy importante de la doctrina le ha asignado ambas funciones, y antes de la incorporación al derecho positivo de los daños punitivos era la figura jurídica utilizada por los jueces con ese fin. Pero creemos que no es conveniente utilizar el daño moral en términos tan amplios.

Tanto el daño moral y los daños punitivos, se advierte que éstos últimos resultan más adecuados a los fines sancionatorios. Y ello es así, fundamentalmente, pues las indemnizaciones fijadas en concepto de daños punitivos no siempre son percibidas por la víctima.

Los daños punitivos nos brindan postulados más cercanos al derecho del consumo. Por otro lado, desde el punto de vista del dañador, el encuadre de los daños bajo el instituto del daño punitivo le permitiría alegar garantías tales como el *non bis in idem*, impropias del daño moral.

## 3- Intereses punitivos

Conforme la nota del art. 495 CC, "Las definiciones son impropias de un código de leyes", por esta razón, no encontramos una definición de intereses punitivos, la doctrina se ha encargado de esa labor

<sup>37</sup> Andrada, Alejandro D. y Hernández, Carlos A., su ponencia "Criterios para la cuantificación del daño moral", en las II Jornadas Rosarinas de Derecho Civil.

<sup>38</sup> Cuiñas Rodríguez, "Intereses Punitivos, lesión y revisión judicial" LL. Suplemento Intereses 2004.

diciendo que son una especie de intereses moratorios, una compensación dada al acreedor por la privación en el uso de algo a que tiene derecho.<sup>38</sup>

Los intereses punitivos, son entonces los debidos en caso de retardo en el cumplimiento de la prestación dineraria, convenidos por las partes, y esto es precisamente lo que los distingue de los moratorios.

Esta clase de intereses, comparten con los daños punitivos y la clausula penal, su naturaleza jurídica; son penas civiles destinadas a la víctima, pero a diferencia estos siempre deben ser proporcionales al capital y pueden llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios, en los supuestos de "inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero". Así reza el segundo párrafo del artículo 622 del Código Civil, también agregado por la reforma del decreto-ley 17711/68; el cual repite en rigor una igual sanción contenida en el segundo párrafo del artículo 565 del Código de Comercio intercalado por el decreto-ley 4777/63, y que además tiene asimismo su correlato en lo dispuesto en los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, en los cuales se efectúa un fundamental agregado, que resulta implícitamente de los códigos de fondo: *el importe de la multa por tal conducta maliciosa o temeraria asumida en el pleito, "será a favor de la otra parte"*.

#### 4- Astreintes

Son condenaciones pecuniarias fijadas por los jueces a razón de tanto por día, semana o mes de retardo del deudor en el cumplimiento de la sentencia, destinadas a vencer la resistencia obstinada e injusta del obligado.

Sucede con frecuencia que, pese a haber una resolución judicial -sentencia, auto interlocutorio, providencia- condenando al deudor al cumplimiento de una obligación, éste se muestra remiso y se obstina en no cumplir, y esta actitud es más grave en las obligaciones de hacer, en las que no hay ninguna forma de forzar al obligado a ejecutar la actividad debida.<sup>39</sup>

Cuando una resolución judicial firme que impone a una de las partes el cumplimiento de una obligación, o de un deber de conducta, y la parte no acata ese mandato, los jueces pueden aplicar las "astreintes", como accesorio de la resolución judicial a fin de lograr el cumplimiento de esa orden.

En el artículo 666 bis CC, incorporado con la reforma del decreto-ley 17711/68, se presentan las astreintes, que expresamente faculta a los jueces para "imponer en beneficio del *titular del derecho*, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial".

No es una pena civil porque ésta se impone a quien ha infringido antes un deber y a causa de ello. Las "astreintes", en cambio, miran el futuro y sólo alcanzan en su punición a quien luego de dictada persiste en su desafuero. El presupuesto de las "astreintes" no es exactamente la inexecución de lo debido, sino la infracción futura al deber que le impone la sentencia. Tampoco pueden confundirse con la cláusula penal, porque no han sido pactadas por las partes para el caso de incumplimiento, sino que son impuestas por los jueces.

Las "astreintes" son medidas esencialmente conminatorias, porque su única función es la de constreñir al deudor -con la amenaza de una sanción pecuniaria- a que cumpla la obligación. Importan una presión sobre la voluntad del obligado. "Vueltas de tornillo", según Josserend, para constreñir al deudor a ejecutar la condena. Llambías considera que: "...La "astreintes" es un instituto admirablemente adaptado a las ideas del derecho moderno: la persona del deudor es sagrada, pero sus bienes han de soportar la agresión de quienes tienen contra él el justo motivo de queja. De ahí que no haya nada más razonable que sujetar al deudor a una sanción de tipo pecuniario, mientras incumpla deliberadamente el deber impuesto por la sentencia". (Tratado de Derecho Civil -Obligaciones- T. I pág. 101).

<sup>39</sup> Martyniuk Baran, Sergio "Porque los jueces y tribunales no aplican las condenaciones conminatorias pecuniarias o astreintes" www.robertexto.com

Constituye una forma de sanción disciplinaria, que está dentro de la facultad del “imperium” de los magistrados, para lograr el acatamiento debido a las resoluciones que adoptan y a las órdenes que imparten. El juez no sólo debe declarar el derecho sino lograr que se cumpla lo que él ha resuelto, caso contrario, su autoridad se verá mal parada. Con las “astreintes” se brinda a los jueces un arma sumamente útil para lograr el acatamiento de sus decisiones.-

## 5- Cláusula Penal

Si hablamos de clausula penal, siempre debemos situarnos en un marco contractual, por esto mismo es que también es conocida como liquidación convencional. Esta es la primera diferencia significativa con los daños punitivos que proceden también extracontractualmente. La clausula penal debe ser siempre pactada por las partes, de lo contrario no podrá aplicarse, ni pedir las partes al juez que la fije.

La cláusula penal debe ser propuesta por las partes dentro de la relación contractual, del Código Civil del Ecuador dice: “Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento.”

La cláusula penal no solo equivale a una determinación del daño calculado de manera previa, a una estimación calculada por el incumplimiento de la obligación principal, sirve también como un medio de apremio al deudor, y de caución o garantía de cumplimiento. Sumando, de esa manera, una clarísima la función punitiva o sancionadora.

Si bien comparten la función punitiva, por tratarse en ambos casos de penas privadas, presentan otras diferencias al margen de la mencionada anteriormente. El cálculo previo de la clausula penal, le da la característica propia de la inmutabilidad; no varía de acuerdo al capital, como los intereses, ni conforme el criterio aplicado por el juez, como en los daños punitivos, siempre va a ser la cifra fijada por las partes. Por otro lado, el acreedor para pedirla, no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá *eximirse de satisfacerla, probando que el deudor no ha sufrido perjuicio alguno*”, art. 656 Cód. Civil.

## Capítulo IV: Críticas

### 1- Penas privadas

La función compensatoria, resarcitoria o indemnizatoria, es la más importante de la responsabilidad civil, incluso para algunos autores la única. Esta función interviene después del ilícito para establecer las cosas al estado anterior.

Otra de las funciones, es la sancionatoria, duramente cuestionada por la doctrina, dado que nada más ajeno al derecho civil que castigar, entendido esto como una sanción desacreditante, deshonrosa, infamante, características propias del derecho penal.

Pensamos, de todas formas, que en algunos casos la responsabilidad civil cumple una función sancionatoria, como es el caso de los daños punitivos.

Los daños punitivos son la máxima expresión de la función sancionatoria de la responsabilidad civil, pero no la única forma de castigar imponiendo la obligación de pagar una suma de dinero.

Bien se ha señalado que en definitiva, cuando se habla de daños punitivos, la idea subyacente es la de la utilización de la responsabilidad civil a título de “pena privada”, o sea de atribuir a la condenación pronunciada contra el responsable el carácter de una penalidad civil, que no difiere mayormente de la pena pecuniaria pronunciada por el juez penal.

Y esta tesis de la “pena privada” no es nueva en nuestro derecho, atento que a la misma ya recurrieron en su momento buena parte de nuestros autores, para fundamentar la reparación del daño moral. Sin

embargo, la doctrina nacional y extranjera en su mayoría, junto a abundante jurisprudencia, explican el resarcimiento por daño moral bajo los mismos parámetros que los usados para la reparación del daño patrimonial: ya que consideran al primero como una especie dentro del género del daño. Entonces, todo lo legislado sobre daños y perjuicios en general le es aplicable a los daños morales en particular. Como lo señala, Cazeaux: “desde el punto de vista del damnificado, *la reparación del daño moral o es una indemnización o no es nada*”. Pero, no obstante, otra postura sostuvo que su justificación se encontraba “no por el lado de la víctima de la lesión sino por el lado del ofensor; no constituye un ‘resarcimiento’ sino una ‘pena civil’, mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor”. Habiéndose luego sumado a ella otra corriente doctrinal ecléctica y conciliatoria, que afirma que la reparación reviste en estos casos simultáneamente un doble carácter: sancionatorio para el agente del hecho ilícito y resarcitorio para la víctima; lo cual, bueno es destacarlo, igualmente había sido admitido por el ya nombrado Dr. Cazeaux, cuando completaba su pensamiento diciendo que: “desde el punto de vista del autor del hecho, la reparación de esta clase de daño *podrá ser la sanción ejemplar de que hablan los ilustrados tratadistas que sustentan esta tesis*.”<sup>40</sup>

Curiosamente, se ha señalado que en el sistema angloamericano, algunos rubros que tienen naturaleza resarcitoria, suelen ser incluidos bajo el rubro de daños punitivos, y que eso es lo que sucede, precisamente, con la reparación del daño moral.

Y si ello es así con relación a la indemnización del agravio moral, es factible que también pueda serlo en relación la pena privada. Así, por medio de la disuasión de eventuales comportamientos ilícitos futuros, se lograría que la responsabilidad civil cumpla también, adecuadamente con la función preventiva que hoy le asigna buena parte de la doctrina más moderna; lo cual, empero, sólo sería posible, si ello pudiese resultar del texto de la ley o de su hermenéutica.

## 2- Enriquecimiento sin causa

Varios siglos atrás, el jurista romano Pomponio escribió: “nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem”, que significan: “por la ley de la naturaleza no es correcto que nadie enriquezca injustamente a expensas de otro”. La máxima de Pomponio encapsula los elementos claves de la responsabilidad que surge del enriquecimiento que son: 1) enriquecimiento; 2) que sea injustificado; y, 3) que se haya producido a expensas de otro.

El enriquecimiento sin causa consiste en el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello esté justificado por una operación jurídica (como la donación) o por la ley.<sup>41</sup>

Una de las primeras críticas que sufrieron los daños punitivos, vino de la mano del enriquecimiento sin causa; argumentando que constituyen un beneficio injustificado para la víctima, pues al obtener una indemnización que va más allá de los daños sufridos, se estaría enriqueciendo a expensas del penalizado.

Quien sufre un daño tiene derecho a ser resarcido de manera integral, de forma que todo monto superior al daño real es un enriquecimiento injusto para el damnificado. Sin embargo, se debe tener en cuenta que esta crítica se ve derrotada, al tener en cuenta que no nos podemos ubicar en el campo de la reparación del daño, porque el daño punitivo está dentro del ámbito de la punición de ciertos ilícitos.<sup>42</sup>

He aquí la diferencia principal; la función de los daños punitivos es ejemplarizante y preventiva, mientras que la del enriquecimiento sin causa es de equidad, de no permitir que alguien se enriquezca en detrimento de otra. Es por esto que considera que en los casos en que la intención del legislador sea

<sup>40</sup> López Cabana Roberto- Alterini, Atilio “La Responsabilidad, Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg” LexisNexis- Abeledo Perrot, 1995.

<sup>41</sup> Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, “Tratado de las Obligaciones”, (De las obligaciones en general y sus diversas clases), segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, p. 61.

<sup>42</sup> Villar Gutiérrez, Jorge, “El daño moral: su carácter indemnizatorio o sancionatorio y su relación con el daño punitivo”- Universidad Pedro de Valdivia, Chile.

la de prevenir el enriquecimiento injustificado, no se debería dar, a la restitución por enriquecimiento, la denominación de recargo, multa, sanción, o de indemnización, a riesgo de confundirla con los daños punitivos, que tienen una función distinta, que es sancionar al agente provocador del daño, provocando un efecto ejemplarizante y preventivo.

Los daños punitivos toman en cuenta un aspecto subjetivo como es la mala fe, malicia y la temeridad del agente provocador del daño; mientras que en la acción de enriquecimiento sin causa, los elementos que la configuran son objetivos, por lo que se trata de una relación causal entre el patrimonio enriquecido y el empobrecido, sin que importe, prima facie, la culpabilidad del enriquecido sin causa. Sin embargo, no debemos dejar de mencionar, que para determinar el monto de los daños punitivos, uno de los parámetros a considerarse, es precisamente, el monto de la ganancia obtenida por el agente provocador del daño.

Si se aplican unos daños punitivos muy elevados a favor del perjudicado, esto puede generar, a su vez, en un enriquecimiento injustificado.

### 3- Redacción del Art. 52

La redacción del artículo 52 bis, ha generado controversia entre la doctrina, desde su incorporación por la ley 26.361.

El nuevo art. dice que los daños punitivos se pueden imponer “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”.

Leído así, el artículo pareciera sentar un presupuesto de hecho en el que basta con el simple incumplimiento de una obligación legal o contractual, para reclamar daños punitivos. Para el autor Edgardo López Herrera, la norma contiene un indudable acierto, que es la mención de las obligaciones legales para terminar de despejar las dudas sobre si la responsabilidad por daño punitivo es contractual o legal; al mencionar las obligaciones legales ya no tiene mayor sentido preguntarse si sólo es necesario un incumplimiento respecto de quien es consumidor contratante. La norma debe ser entendida como permisiva del reclamo también a los terceros consumidores no adquirentes o contratantes. Siguiendo al mismo autor, debe interpretarse que la mención de obligaciones legales apunta a tener en cuenta todos los estatutos que protegen al consumidor y no lo que se pueda haber pactado en el contrato de consumo, que por ser de adhesión puede dejar desprotegido al consumidor.

Ahora advertimos, que la mención al incumplimiento de una obligación legal o contractual sólo debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva. Dicho en otras palabras, si no hay incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño punitivo, situación que se dará en la mayoría de los casos. No interesa que haya habido una condena en daños compensatorios, porque la norma es clara, correctamente, en afirmar que la condena es independiente de “otras indemnizaciones”.

Coincidimos en que no basta con el mero incumplimiento, para que un juez condene a pagar daños punitivos, es necesario un elemento de dolo o culpa grave. “Es contrario a la esencia del daño punitivo, y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales”<sup>43</sup>.

La ley toma como presupuesto objetivo el incumplimiento de una obligación legal o contractual, pero como analizamos no es suficiente, faltan otras condiciones.

Razón por la cual concluimos que el artículo debe ser leído en su conjunto y que las pautas dadas para graduar la condena deben ser tomadas también para evaluar previamente su procedencia. La ley solo menciona dos parámetros a tener en cuenta al momento de graduarse la condena: “gravedad del hecho” y “demás circunstancias”, analicémoslas en detalle:

---

<sup>43</sup> Picasso, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en Vázquez Ferreyra, Roberto, “Reforma a la ley de Defensa del Consumidor”, Ed. La Ley 2008.

### A.- Gravedad del hecho

La ley claramente bajo la influencia de la ley italiana de medio ambiente (349/1986), ya mencionada, brinda como primera pauta a tener en cuenta **“la gravedad del hecho”**. También es perceptible la presencia de la Corte Suprema Estadounidense en “BMW v. Gore”, que menciona a la “reprochabilidad” de la conducta (reprehensibility of conduct) como un presupuesto.

La normativa dice “hecho” y no “culpa”. Aunque en realidad la diferencia en este caso es inútil, ya que la responsabilidad por daños punitivos es una condena subjetiva, por dolo o culpa grave. Quizás por una razón de claridad hubiera sido mejor que se hablara de “gravedad de la culpa”, como lo dice la ley italiana, y no de gravedad del hecho, que da lugar a confusiones.

Pese a esto, las leyes extranjeras, pueden utilizarse como parámetros para determinar cuando un hecho hace al proveedor merecedor de daños punitivos.

En el ámbito de la responsabilidad por consumo, el profesor Owen<sup>44</sup>, en un artículo muy citado, menciona a las siguientes conductas como demostrativas, de lo la ley 24.240 denomina “gravedad del hecho”:

- Defraudar o engañar sobre las calidades o bondades del producto;
- Demostrar grave indiferencia hacia la seguridad del público consumidor, violación consciente a los estándares de seguridad;
- Realizar procedimientos de prueba o comercialización inadecuados;
- No advertir sobre peligros conocidos antes de lanzar el producto al mercado;
- No retirar el producto o subsanar sus defectos después de lanzado al mercado.

Otro estudio muy conocido es el de Rustad<sup>45</sup>, quien enuncia diez mandamientos que el proveedor no debe quebrantar si es que no quiere ser condenado a pagar daños punitivos:

1. “Cumplirás con las regulaciones de seguridad industriales o estatales”;
2. “No defraudarás acerca de la seguridad de un producto”;
3. “No realizarás acciones para ocultar los peligros de un producto”;
4. “No ignorarás un peligro conocido o en desarrollo”;
5. “No intercambiarás la seguridad del producto por ganancias”;
6. “Solucionarás con rapidez los defectos conocidos”;
7. “No confiarás en el supuesto refugio del state of the arts” ;
8. “Inspeccionarás y probarás adecuadamente los productos”;
9. “Advertirás a los consumidores de los defectos conocidos”;
10. “No tomarás medidas correctivas a medias”.

---

<sup>44</sup> Owen, David, “Punitive damages in products liability litigation”, en Michigan Law Review, vol. 74, n. 7, junio de 1976. Este artículo de Owen es un clásico en la literatura jurídica sobre daños punitivos. Fuera de Estados Unidos, Carval, por ejemplo, lo califica de “resonante estudio doctrinario”. Carval, Suzanne, “La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée”, Ed. LGDJ, París, 1995.

<sup>45</sup> Rustad, Michael, “How the common good is served by the remedy of punitive damages”, Tennessee Law Review, primavera de 1997 en Lopez Herrera Edgardo, “Daños punitivos en el derecho argentino” JA 2008-II-1198, 2008.

## B.- “Demás circunstancias”

La enumeración que hace la ley no es taxativa, sino meramente ejemplificativa, por lo que deja a la interpretación del juez de la causa la evaluación de las circunstancias que rodearon el caso. El proveedor no está indefenso porque sabe que el hecho debe ser “grave”, lo que también se aplica a las “demás circunstancias”.

Genéricamente “demás circunstancias” puede interpretarse como 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 de 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.

## Conclusiones

Esperamos que este trabajo haya dejado claro que al pensar en indemnización, debemos pensar en tres funciones, a saber; la de satisfacer a la víctima, punir al responsable y ser fuente de prevención frente a terceros, por lo que el derecho de daños no debe temer introducir la noción de pena cuando esta sirva a la función preventiva. Los mecanismos jurídicos que “tocan” los bolsillos son muy convincentes en el mundo de hoy, quizás más que aquellos que confían en los criterios solidaritas que pueden inspirar la conductas de las Empresas.

Concluimos entonces, que los daños punitivos son una institución necesaria en el marco de la sociedad de consumo, y de allí que su recepción legislativa en la ley 24.240 responda sin más a la lógica del sistema instaurado por el Constituyente del 94 que coloca al Derecho del Consumo como ordenamiento regulador del mercado justo. Siguiendo esta línea, se podrá comprender que esta novel institución no viene a modificar el régimen del Código Civil, sino que ha de crear un subsistema para asegurar su eficacia, tal como lo hizo el Derecho Comercial en materia societaria<sup>46</sup>.

La verdad es que en un mundo o país utópico, con compensación y competencia perfectas no habría necesidad de Punitive damages, pero la realidad no es esa y, por ejemplo, no siempre los precios incorporan información sobre los defectos de los productos ni siempre se litiga ni siempre que se litiga con razón se obtiene una compensación igual al daño sufrido: en un marco de infra compensación y sin competencia perfecta, un mínimo nivel de *Punitive damages* incentiva a las empresas a situarse en un equilibrio con revelación de cualidades y, por tanto, de defectos.

La institución es coherente con la economía global y de mercado, donde quien disminuye los costos (aún a costa de daños al medio ambiente, o de no cumplir con normas esenciales de seguridad o calidad) se impone. Quien publicita características que no poseen los productos que fabrica o comercializa puede competir con aquellos productos que en verdad poseen aquellas características, ya que su precio podrá ser más bajo. El nuevo instituto es, una buena forma de poner coto al negocio de violar la ley, convirtiéndolo por su intermedio, en deficitario.

Copiar, importar instituciones propias del derecho extranjero no es fácil, ellas responden a sistemas jurídicos diferentes en sus bases, a concepciones valorativas distintas e incluso a sistemas culturales diferentes. La recepción realizada en nuestro caso, no es la excepción, y dado lo reciente de la misma, todavía nos resulta extraña, ajena, y si bien ha pasado con éxito el control de constitucionalidad, le resta el más difícil de sortear; el cultural.

Sin perjuicio de nuestra visión favorable a la adopción de la figura, sabemos que será tarea ardua familiarizarnos con los daños punitivos, pero debemos concientizarnos y no dejar de contar con esta nueva herramienta que persigue “desmantelar” los efectos de ciertos actos, asociada no solo a los valores de justicia y equidad sino también a los de seguridad y paz social.

---

<sup>46</sup> Alvarez Larrondo, Federico. “La consistencia de los daños punitivos” La Ley, año LXXIII n° 66.

## Bibliografía

- Alessandri Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, “*Tratado de las Obligaciones*”, (De las obligaciones en general y sus diversas clases), segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.
- Andrada Alejandro D. y Hernández, Carlos A., su ponencia “Criterios para la cuantificación del daño moral”, en las II Jornadas Rosarinas de Derecho Civil.
- Abeledo-Perrot OnLine/Obras de Abeledo-Perrot y Depalma.
- Ariza Ariel, “Contratos y responsabilidad por daños en el Derecho de Consumo, en La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2008.
- Álvarez Larrondo Federico, “Los daños punitivos”, LL VOL. 2000-A.
- Álvarez Larrondo, Federico. “La consistencia de los daños punitivos” La Ley, año LXXIII n° 66.
- Álvarez Agustín, “Repensando la incorporación de los daños punitivos”, [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos).
- Blacks Law Dictionary, [www.pdinsurance.com](http://www.pdinsurance.com)
- Bustamante Alsina Jorge, “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de respon• Centanaro Ivana C. y Surin Jorge A. “Leyes de defensa del consumidor y usuario. Comentadas y anotadas”, Lajouane, 2009.
- Cuiñas Rodríguez, “Intereses Punitivos, lesión y revisión judicial” LL. Suplemento Intereses 2004.
- Dobbs, Dan B., “Law of remedies”, 2ª edición, West Publishing Co, 1993, St. Paul Minnesota.
- Galdós, J.M., “Los daños punitivos...”, R.C.y S. 1999-196 y Alvarez Larrondo F. M. “Los daños punitivos”, L.L. 2000-B-1111.
- Galdós, Jorge M., “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998, primeras aproximaciones”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año I, nro. 5, set.-oct. 1999.
- Iribarne Santiago y Bravo D’André Ignacio, “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”. RCyS L.L., Año XI, N° 5, mayo de 2009, 44.
- García Matamoros, Laura Victoria y Herrera Lozano, María Carolina. “El concepto de los daños punitivos”-Revista Estudios Socio-Juridicos, enero-junio 2003 n°101- Universidad del Rosario-Bogotá Colombia.
- Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot.
- López Cabana, Roberto - Alterini, Atilio , “La Responsabilidad, Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg” LexisNexis- Abeledo Perrot, 1995.
- Marilyn Flórez Villaverde, Tesis, Maestría en Derecho Civil y Comercial. Universidad San Martín de Porres. Lima – Perú.
- Martyniuk Baran Sergio, “Porque los jueces y tribunales no aplican las condenaciones conminatorias pecuniarias o astreintes” [www.robertexto.com](http://www.robertexto.com)
- Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños”, Rubizal-Culzoni Editores.
- Nallar, F. “Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes”, La Ley 2009-D.
- Owen David, “Punitive damages in products liability litigation”, en Michigan Law Review, vol. 74, n. 7, junio de 1976.
- Picasso, Sebastián “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor” LL Supl. Esp. reforma de la ley de defensa del consumidor, 2008.
- Picasso Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la ley de Defensa del Consumidor”, en Vázquez Ferreyra, Roberto “Reforma a la ley de defensa del consumidor”, Ed. LL 2008.
- Pizarro Ramón. Reformas a la ley de defensa al consumidor. L.L. 2.009-B-958
- Perriaux Enrique J., “La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor”, LL 2008-E 1124.
- Rustad, Michael, “How the common good is served by the remedy of punitive damages”, Tennessee Law Review, primavera de 1997 en López Herrera Edgardo, “Daños punitivos en el derecho argentino” JA 2008-II-1198, 2008.
- Stiglitz, Rubén S.- Pizarro, Ramón D. en “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, La Ley 2009.
- Vásquez Ferreira y Avalle Damián, “Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios” LL 2008-D, 1063.
- Villar Gutiérrez Jorge, “El daño moral: su carácter indemnizatorio o sancionatorio y su relación con el daño punitivo”- Universidad Pedro de Valdivia, Chile.
- Zuleta Puceiro Enrique, “La ciencia jurídica en el fin de siglo”. Monografía UBA, 1999.