

## Reflecting on the incorporation of punitive damages in the Argentine Law

Fecha de recepción: 11 de marzo de 2013  
 Fecha de revisión: 24 de abril de 2013  
 Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2013

## Reflexionando acerca de la incorporación de los daños punitivos al Derecho argentino\*

*María Agustina Otaola \*\**

### ABSTRACT

The paper presents an overview of the jurisprudential experience in Argentina since the introduction of the figure of punitive damages in the Consumer Protection Act in 2008. Similarly, it is outlined the reasoning made by judges when they deal with a case of punitive damages, in the form of a deductive syllogism to see where the core of the disagreements in this matter lies, to provide a starting point that allows to reach an agreement on the implementation of punitive figure; to conclude whether the reception of the figure of punitive damages has been an advance, a regression or a plateau in the Argentine private law. This research is based on the study of edited and unpublished sources on the subject in the Argentine doctrine, in the collection and analysis of case material from the entry into force of Article 52 bis of the Consumer Protection Act.

### RESUMEN

El documento presenta un panorama general de la experiencia jurisprudencial en Argentina desde la incorporación de la figura de los Daños Punitivos a la Ley de defensa del consumidor en el año 2008. De igual manera, se expone el razonamiento que realizan los jueces cuando deben resolver un caso de daños punitivos, bajo la forma de un silogismo deductivo para detectar dónde reside el núcleo de las desavenencias en esta materia, y de ese modo poder brindar un punto de partida que permita alcanzar un acuerdo respecto de la aplicación de la figura punitiva; para concluir si la recepción de los Daños Punitivos, ha constituido un avance, un retroceso o una meseta en el derecho privado argentino. Esta investigación se basa en el estudio de fuentes éditas e inéditas sobre el tema en la doctrina argentina, en la recolección y análisis de material jurisprudencial desde la entrada en vigencia del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

\* Artículo de investigación vinculado al proyecto: Reflexionando acerca de la incorporación de los daños punitivos al Derecho Argentino. Su regulación jurídica como medio de prevención y sanción de graves conductas. Vinculado a la Universidad Nacional de Córdoba. Período (2013). Córdoba (Argentina).

\*\* Abogada de la Universidad Nacional de Córdoba. Maestría en Derecho y Argumentación jurídica de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Integrante de grupo de investigación de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba (SECyT). Adscripta en Derecho Privado II (Obligaciones) y Derecho Privado VII (Derecho de Daños). Correo electrónico de contacto: agus\_otaola@hotmail.com

### Palabras clave

Daños punitivos, jurisprudencia, premisa normativa, premisa fáctica, derecho del consumidor, derecho privado argentino.

### Key words

Punitive damages, jurisprudence, normative premise, factual premise, consumer law, Argentine private law.

## Refletindo sobre a incorporação dos danos punitivos ao Direito argentino

## Reflexionando acerca de la incorporación de los daños punitivos al Derecho argentino

*María Agustina Otaola*

### RESUMO

O presente artigo apresenta um panorama geral da experiência jurisprudencial na Argentina desde a introdução da figura dos Danos Punitivos (ou morais também) lei de defesa do consumidor em ano 2008. Da mesma forma delineou o raciocínio feito pelos juízes quando eles lidam um caso de punitivos (danos morais), sob a forma de um silogismo dedutivo para detectar onde o âmago das divergências nesta área reside e, assim, fornecer um ponto de jogo que permite chegar a um acordo sobre a implementação da figura punitiva; Para concluir, se a recepção da figura dos punitivos (danos punitivos ou morais), foi um avanço, um chute ou um platô no direito privado argentino. Esta pesquisa é baseada no estudo de editar e inéditas fontes sobre assunto na doutrina argentina, na coleta e análise de material jurisprudencial a partir da entrada em vigor do artigo 52 bis da lei de Defesa do Consumidor.

### Palavras-chave

Punitivos, jurisprudência, premissa normativa, premissa factual, direito do consumidor, direito privado argentino.

### RESUMEN

El documento presenta un panorama general de la experiencia jurisprudencial en Argentina desde la incorporación de la figura de los Daños Punitivos a la Ley de defensa del consumidor en el año 2008. De igual manera, se expone el razonamiento que realizan los jueces cuando deben resolver un caso de daños punitivos, bajo la forma de un silogismo deductivo para detectar dónde reside el núcleo de las desavenencias en esta materia, y de ese modo poder brindar un punto de partida que permita alcanzar un acuerdo respecto de la aplicación de la figura punitiva; para concluir si la recepción de los Daños Punitivos, ha constituido un avance, un retroceso o una meseta en el derecho privado argentino. Esta investigación se basa en el estudio de fuentes editadas e inéditas sobre el tema en la doctrina argentina, en la recolección y análisis de material jurisprudencial desde la entrada en vigencia del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

### Palabras clave

Daños punitivos, jurisprudencia, premissa normativa, premissa fáctica, derecho del consumidor, derecho

## INTRODUCCIÓN

Los daños punitivos constituyen una suma de dinero que se impone al autor de determinadas conductas calificadas por el ánimo o la intención de dañar y por la índole del interés afectado. Se trata en definitiva, de una multa en el ámbito civil, un plus que excede el daño efectivamente sufrido por la víctima. Su procedencia del derecho anglosajón ha provocado la resistencia de muchos países del *civil law* en incorporar esta figura a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Los daños punitivos, como su nombre lo indica, persiguen la punición de determinadas inconductas caracterizadas por un elemento axiológico o valorativo agravado. Existe consenso en afirmar que tales daños tienen una doble finalidad: punitiva y disuasiva. En consonancia con esta doble finalidad, el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 para la República Argentina, los denomina “Sanción pecuniaria disuasiva”. De tal modo, una norma de responsabilidad civil no siempre tiene exclusivamente una finalidad compensatoria.

Desde la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor en el año 2008, Argentina se ha convertido en el primer país Latinoamericano en receptar la figura de los daños punitivos. La mayoría de los países latinoamericanos han estudiado la figura y considerado la necesidad de legislar al respecto; sin embargo, por alguna razón, no la han incorporado<sup>1</sup>.

La experiencia jurisprudencial argentina no ha sido profusa; aunque del análisis de los fallos es posible inferir algunas conclusiones respecto de si la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento privado argentino ha significado un avance, una meseta, o bien un retroceso en su ámbito específico de aplicación, es decir, en el derecho del consumo.

Puede adelantarse un panorama general: la jurisprudencia muestra una importante cantidad de pronunciamientos dictados en casos individuales que evidencian cierto antagonismo en diversas instancias. Nada de ello se vincula con la mera cuestión de modificar el monto de los daños punitivos, sino con el reconocimiento del instituto en vigencia y las condiciones de admisibilidad de su aplicación.

Otra observación general que puede hacerse es la siguiente: los casos en los que se impuso daños puni-

tivos no han trascendido a la popularidad como sucedió con muchas condenas astronómicas en Estados Unidos, sino que se trató más bien de condenas modestas; con la sola excepción de un caso fallido que prometía dar de qué hablar hasta que en segunda instancia el tribunal decidió denegar la importante suma establecida por el juez de primera instancia.

## METODOLOGÍA

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo presentar el escenario de aplicación de los daños punitivos desde que fueron incorporados explícitamente al derecho argentino en el año 2008. La investigación se basó en el estudio de fuentes editadas e inéditas sobre el tema de estudio en la doctrina argentina, y en la recolección y análisis del material jurisprudencial desde la entrada en vigencia del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. El análisis crítico y la interpretación de la información seleccionada resultaron fundamentales para arribar al resultado esperado.

Se estudió y examinó la información seleccionada a fin de discutir y razonar críticamente sobre el instituto jurídico, lo que permitió delinear conceptualmente la figura en la doctrina argentina. El relevamiento y análisis de la jurisprudencia habida desde el año 2008, permitió precisar el estado actual de la aplicación de los daños punitivos en los tribunales de Argentina, presentando los fundamentos en que se basaron los magistrados para decidir respecto de la aplicación o no aplicación de los daños punitivos bajo la forma de un silogismo deductivo, a fin de identificar el núcleo de las desavenencias en esta materia. Lo cual permitió proponer una base que permita plantear soluciones posibles a los desencuentros habidos en la doctrina y jurisprudencia. Finalmente, se realizó la síntesis y exposición de los resultados arribados en el presente artículo.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### La norma que acoge los daños punitivos en Argentina

Los daños punitivos fueron incorporados al Derecho Argentino en el año 2008, mediante reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. El artículo 52 bis de la Ley 24.240 ( Ley 26.361) emplea la denominación daño punitivo y establece que si se produce un incumplimiento del proveedor de bienes y servicios

1 Ver Tobar Torres (2001).

respecto de las obligaciones legales o contractuales que asuma, a instancia del damnificado el juez podrá aplicar esta multa civil. La simple lectura de la norma indica que el presupuesto fáctico que habilita al juez a aplicar las consecuencias del instituto en cuestión, es la presencia de un incumplimiento de la obligación legal o contractual asumida. Con respecto a la cuantificación de esta sanción, la norma solo prevé un tope máximo de cinco millones de pesos (\$5.000.000)<sup>2</sup>.

El término “podrá” conforme a la literalidad del texto de ese dispositivo, implica que se encuentra en la órbita del juez interviniente decidir, en forma discrecional, si aplica o no esa multa ante la acreditada existencia de un incumplimiento legal o contractual.

### Breve recorrido por la experiencia jurisprudencial Argentina

Como se expresó, la mayoría de los casos en los que se impusieron condenas por daños punitivos, se trató de una sanción pecuniaria más bien modesta con respecto a su cuantía. Un caso que trascendió por el monto en que se estimó la sanción y por ciertas aristas que se detallarán, fue el paradigmático fallo “Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes”<sup>3</sup>: en este en primera instancia, en concepto de daños punitivos se concedió la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000,00). Sin embargo, en segunda instancia, los miembros de la Cámara dejaron sin efecto la condena por daños punitivos.

El hecho que motivó la demanda fue, conforme los dichos de la parte actora, el siguiente: el 24 de octubre de 2008, al comprar una botella de la marca “Pepsi” en un kiosco de la ciudad de Córdoba – botella de vidrio de 1,25 litros, retornable – advierte que en su interior flotaba un cuerpo extraño. Al dejar la botella en reposo, el cuerpo comenzó a subir, haciéndose plenamente visible al llegar a la superficie, ob-

servando que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos Prime, que en su anverso reza “Prime” y luego tiene un logo que expresa “aloe vera”, “gel íntimo”, con sus bordes oxidados, probablemente por la acción corrosiva de los componentes de la gaseosa.

La parte actora reclamó la reparación en especie (entrega de un producto equivalente o la suma necesaria para adquirirlo en el mercado), la reparación del daño moral sufrido ante la repulsión que le provocó ver un objeto de tales características, y la imposición de daños punitivos fue por la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000), teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento.

El juez de primera instancia concedió la suma de dos millones de pesos en concepto de daños punitivos; pronunciamiento que fue apelado por la parte demandada, a la cual se concedió la razón en la alzada. Los miembros del tribunal de segunda instancia entendieron que para justificar la imposición de esa multa civil, conforme se desprende de la literalidad del art. 52 bis L.D.C., no son suficientes las circunstancias que facultan a atribuir, con criterio objetivo, responsabilidad al proveedor en su calidad de tal; sino que resultaba necesaria la adicional existencia de un grave reproche subjetivo para justificar la adopción de esa medida *excepcional* destinada a disuadir al que provocó el daño de las consecuencias que generó el ilícito e intentar de ese modo, evitar su futura repetición.

En primera instancia, la sentencia dictada para los autos: “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S. A.”<sup>4</sup>, conforme el relato de la parte actora, esta había celebrado en el mes de agosto de 2007 el contrato de tarjeta de crédito con la tarjeta VISA, que contaba, entre otros servicios, con el de “seguro de desempleo”. Al momento de celebrar dicho contrato, el actor trabajaba en la firma Tarshop S. A. entidad financiera que ofrece la Tarjeta Shopping- en el área de gestión de cobranza. Detalló que se ocupaba de instar telefónicamente a los clientes al pago de sus deudas, bajo apercibimiento de acciones judiciales e inclusión en las centrales de información crediticia. Indicó que en muchas oportunidades los reclamos efectuados a los clientes eran infundados y, consecuentemente, motivo de discusiones con aquellos, lo cual le generaba

2 Art. 52 Bis. Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

3 Juzgado de Primera Instancia y 5° Nominación de la ciudad de Córdoba, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.Y G”, 23 de marzo de 2011.

4 Cámara Nacional Civil y Comercial, Sala ‘F’ de la ciudad de Buenos Aires, “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, 10 de Mayo de 2012.

situaciones altamente estresantes. De allí que le fue concedida una licencia médica psiquiátrica en el mes de noviembre de 2007 que se prolongó hasta marzo del 2008, y al momento de reincorporarse a sus tareas, se le notificó su despido. Por tal motivo, comunicó dicha circunstancia telefónicamente a la demandada. Al consultar por el seguro de desempleo, ante las respuestas evasivas que recibió de su adversaria, le remitió una carta documento intimándola a hacer efectivo el seguro contratado; sin embargo, no obtuvo ningún resultado. Luego, recibió incesantes llamados de la Compañía Financiera reclamando el pago del saldo del resumen de la tarjeta de crédito, como así también diferentes misivas en las que aquella la amenazaba con el “embargo de sueldo, secuestro y remate de bienes, inhibición general de bienes e inclusión en la central de deudores del Banco Central de la República Argentina”; y posteriormente, comprobó que figuraba en tal base de datos desde el mes de mayo de 2008 por una deuda con la accionada en situación 2. El juez de primera instancia rechazó el rubro daño punitivo e invocó para ello, su carácter excepcional así como la inexistencia de elementos probatorios de mala fe o intención de dañar por parte de la demandada. Sin embargo, la Cámara que intervino en alzada concedió la suma de quince mil pesos (\$15.000), en concepto de daños punitivos y fundamentó esa decisión en la corroboración de que efectivamente existían datos inequívocos, extraídos de la causa, que acreditaban un proceder abusivo de la demandada y una notoria falta de atención a numerosas gestiones realizadas por el consumidor. Asimismo, por tener en cuenta la manifiesta negligencia e inoperatividad de la reprochada para aplicar esa multa civil, se juzgó cumplido el elemento subjetivo que también requiere la norma del 52 bis L.D.C. y la doctrina establecida a su respecto.

Siguiendo esta línea de desencuentros, en un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, se dejó sin efecto la condena por daños punitivos dispuesta en primera instancia, brindándose como fundamento, que en la causa no se advertía que la suspensión de un recital obedeciera a un accionar doloso, tendiente a obtener un mayor rédito económico por parte de la demandada<sup>5</sup>.

5 Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “Bastianelli, María Constanza C/ Ticketek Argentina S.A. y Otro – Ordinarios – Otros – Recurso de Apelación”, 21 de Febrero de 2013.

En el fallo “Cañadas Pérez, María Dolores c/ Bank Boston Na s/daños y perjuicios”<sup>6</sup> de fecha 28 de octubre de 2008, la actora manifestó que a mediados de enero de 2006 concurrió a la sucursal de la empresa de telefonía celular “Movistar” a los fines de comprar un celular y, para su sorpresa, el vendedor del local le informó de la imposibilidad de realizar dicha operación, en razón de figurar como deudora por cheques rechazados por falta de fondos librados contra el Bank Boston NA, según la consulta que se efectuara en el registro de la Organización Veraz S.A. La demandante afirmó que nunca fue titular de ninguna chequera y no libró cheque a persona alguna, por lo tanto demandó daños y perjuicios derivados de dicha información falsa y solicitó al Bank Boston NA la rectificación de la información falsa y errónea que dicha entidad emitiera respecto a su persona, tanto al Banco Central de la República Argentina como así también a la Organización Veraz S. A.

El magistrado de grado admitió la demanda entablada, condenando a la parte demandada a pagar en el término de diez días, la suma de \$6.000 en concepto de daño moral por la errónea información que la entidad demandada difundiera. Además, a modo de sanción ejemplificadora, aplicó la multa civil del artículo 52 bis, equivalente al importe por el que prosperó la demanda, con fundamento en:

La orfandad probatoria en que incurrió el Banco demandado, quien negando las circunstancias de la operatoria de la actora en cuenta corriente y negando la documental acompañada, no aportó prueba alguna que acreditara una versión diferente a la narrada por la parte actora (...)

Encontrándose la entidad financiera demandada en mejores condiciones de probar que no hubo error administrativo de su parte, que su actuar fue diligente.

Lo llamativo del caso, es que en la demanda, los rubros reclamados fueron los siguientes: daño moral, daño emergente y gastos varios. El rubro daños punitivos no fue reclamado en este escrito inicial, ya que no existía dicho instituto en el derecho positivo argentino al momento de iniciar la demanda. Recuérdese que uno de los pocos recaudos que adoptó el legislador al receptor dicho instituto, fue la necesidad de legítimos del damnificado como puerta de entrada

6 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 39 de Buenos Aires, “Cañadas Pérez, María Dolores c/Bank Boston Na s/daños y perjuicios”, 28 de octubre de 2008.

a la discreción del juez para aplicar la figura. Por otro lado, el magistrado fundamentó la procedencia de esta sanción de la siguiente manera:

Como vemos la norma solo exige el incumplimiento por parte de este de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. En consecuencia el daño punitivo resulta aplicable en todos los casos en los que se dé cualquiera de los extremos, es decir, a todo vínculo jurídico (Juzgado Nacional de Primera Instancia, 2008).

De este modo, se apartó de lo que sostiene la doctrina mayoritaria al respecto, que entiende que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable, no obstante la falta de previsión de tal conducta en la norma que acoge el instituto en cuestión.

La entidad bancaria demandada apeló el pronunciamiento de grado cuestionando puntualmente la procedencia de la multa civil aplicada, pues el juzgador castigó con una sanción prevista en una Ley del año 2008, un obrar acaecido en el año 2006.

Los miembros de la Cámara estimaron procedente el agravio de la entidad demandada en lo atinente al reclamo del rubro daños punitivos. En tal sentido, afirmaron que la aplicación del mismo al proveedor demandado, se impuso como consecuencia de una conducta llevada a cabo con anterioridad a la referida ley (26.361), y afirmaron que:

La figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas penas privadas. Por ello, su aplicación 'ejemplar' a conductas disvaliosas no puede ser efectuada en forma retroactiva<sup>7</sup>.

7 Cámara Nacional en lo Civil, Sala 'F' de Buenos Aires, «Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios», 18 de Noviembre de 2009.

En el fallo "R., F. E. c/ Bayer S. A. y Otros s/ Daños y Perjuicios"<sup>8</sup>, en primera instancia se negó la procedencia del rubro daños punitivos por las causas que se mencionarán a continuación.

Los hechos que motivaron la demanda fueron los siguientes: en septiembre del año 1998 el Sr. R. efectuó un chequeo médico con el Dr. De M. quien le prescribió: "una dieta hipograsa e hipocolesterolémica durante cuatro semanas, control de laboratorio e interconsulta cardiológica" porque había detectado "dislipidemia importante". La interconsulta se concretó con el Dr. Z., quien le ordenó la realización de estudios y, a raíz de los resultados que estos arrojaron, prescribió al Sr. R. el medicamento Lipobay.

Como seguía con síntomas, el demandante se comunicó telefónicamente con la Dra. L., quien trabajaba en Bayer S. A. Esta médica asentó en su informe, bajo el acápite "Descripción del evento adverso", los siguientes síntomas del actor: mialgias, debilidad muscular y visión borrosa en el ojo izquierdo y le recomendó que suspendiera la toma del Lipobay.

El día 3 de marzo de 1999, se constató que el actor presentaba "tiroiditis de Hashimoto hipotiroidismo". Con fecha 8 de agosto de 2001, Bayer S. A. dispuso voluntariamente el retiro del mercado del producto Lipobay "en todas sus concentraciones", justificándose tal decisión de la siguiente manera:

Esto obedece a la evaluación de recientes datos de farmacovigilancia que indican un creciente riesgo de rabdomiólisis, derivado del uso concomitante de cerivastatina y gemfibrozil. A pesar de que consta en el prospecto dicha asociación como una contraindicación, se siguen recibiendo reportes espontáneos de miopatía y rabdomiólisis asociados al uso concomitante de estos compuestos.

La suspensión del medicamento fue ordenada para todos los países del mundo en donde estuviese disponible el gemfibrozil. El pronunciamiento de primera instancia fue apelado por ambas partes. El actor pidió daños punitivos porque, según sostuvo, Bayer S. A. conocía los riesgos del medicamento Lipobay y guardó silencio. El Señor juez de Cámara Dr. Sebastián Pi-

8 Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, "R., F. E. c/ Bayer S. A. y Otros s/ Daños y Perjuicios", 22 de Agosto de 2012.

casso que emitió su voto, en primer lugar, consideró que debía rechazarse el agravio tendiente a obtener una condena de Bayer S. A. a pagar daños punitivos:

En otras oportunidades he señalado que el art. 52 bis de la ley 24.240, cuya aplicación pretende la actora ante esta instancia, es inconstitucional (...) Sin embargo, entiendo que no es preciso recurrir en este caso a tal declaración, última ratio del orden jurídico, pues ello requeriría como presupuesto lógico que la mencionada norma fuera efectivamente de aplicación al sub lite, cosa que como se verá no sucede. En efecto, el pedido de imposición de daños punitivos no fue planteado en la instancia de grado, y es sabido que, so pena de lesión del principio de congruencia, el tribunal de alzada no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del magistrado de primera instancia. Más allá de ello, el art. 52 bis de la Ley 24.240 no estaba vigente al momento de los hechos, pues fue incorporado a dicho estatuto recién con la sanción de la ley 26.361 (publicada en el Boletín Oficial el 7/4/2008). Ello veda, claramente, su aplicación al caso, en los términos del art. 3 del Código Civil.

En este sentido, se decidió que no puede aplicarse el art. 52 bis de la ley 24.240 a conductas desplegadas con anterioridad a la sanción de la ley 26.361.

En el fallo "LNR c/ Laboratorios Phoenix", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, condenó a la parte demandada a abonar la suma de cien mil pesos (\$ 100.000) en concepto de daños punitivos luego de que el juez de primera instancia negara la procedencia de dicho rubro. Lo llamativo de este caso, es que guarda similitudes con el fallo comentado precedentemente: en primer lugar, la plataforma fáctica es semejante; en segundo lugar, aquí los hechos que motivaron la demanda también acontecieron con anterioridad a la reforma de la ley de defensa del consumidor que introdujo los daños punitivos.

La persona que inicia la demanda fue tratada con un producto medicinal denominado "Megalex" que recetó un gastroenterólogo y no contenía en su prospecto adjunto, contraindicaciones que le produjeron problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, alteración en la visión y mareos. El medicamento se comercializaba con dos prospectos que diferían sustancialmente,

uno de los cuales no mencionaba la reacción adversa aludida. La actora ingirió el medicamento con dicho prospecto carente de información veraz y completa que le causó efectos adversos y afirmó que de haberse consignado en el prospecto la contraindicación de "prolactinoma" no lo habría ingerido.

Desde el año 2003, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T.) había admitido el cambio del indicativo con la advertencia que omitió consignarse; no obstante lo cual, aún durante la substanciación del pleito se siguió comercializando el medicamento con dos prospectos, colocando de tal manera en el mercado un producto deficiente y con falta de información veraz y completa.

La demandada indicó que con anterioridad a la pretensión solicitó y obtuvo del ente correspondiente, la autorización para comercializar el medicamento con el nuevo prospecto que sí advertía dicha contraindicación. Por tal motivo, negó su responsabilidad en los hechos, la que en todo caso –sostuvo– debe recaer en el galeno que recetó dicho medicamento, que no fue demandado en la causa.

El juez de primera instancia admitió parcialmente el reclamo actoral, pero estimó improcedente el reclamo por daños punitivos.<sup>9</sup> Sin embargo, lo que motivó tal negativa no fue, como en el caso anterior, la imposibilidad de aplicar retroactivamente la norma. El magistrado rechazó la sanción con el siguiente fundamento:

Los daños punitivos son multas o penas privadas que carecen de toda naturaleza compensatoria (o reparadora). Es más, son sumas de dinero que se adicionan al monto del daño (que es compensatorio, claro está). Se conceden –según se ha dicho– contra un sujeto culpable de una conducta reprochable particularmente agravada, inconducta unida a un malicioso o temerario estado mental. O bien "que tienen el propósito de castigar al demandado, de enseñarle a que no haga de nuevo lo que está mal hecho y también de disuadir a terceros de hacerlo. En definitiva, las características de los imprecisos estados subjetivos enunciados podrían reconducirse al dolo

<sup>9</sup> Juzgado Nacional de 1º instancia en lo Civil Nº 90 de Buenos Aires, "Lund Norma Rosa C/ Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. S/ Daños y Perjuicios", Febrero de 2012.

(...) Articular estos conceptos con el devenir de los hechos acreditados permite concluir sobre la inexistencia de los condicionantes que tornarían procedente este reclamo, que consecuentemente se rechaza.

A ninguna de las partes satisfizo el pronunciamiento, motivo por el cual apelaron el fallo de primera instancia. Los miembros del tribunal de alzada discreparon con el pronunciamiento de primera instancia y estimaron procedente la sanción pecuniaria, en virtud de un conjunto de actitudes de los co-demandados que, en palabras del tribunal interviniente "convencen de la aplicación del artículo 52 bis de la ley 24.240". Tales actitudes son: la continuación de la venta del producto con el prospecto que no alertaba respecto de las contraindicaciones (aún luego de haberse aprobado el nuevo indicativo con tal advertencia); la omisión por parte de los responsables frente a la evidencia derivada de la existencia de un específico intercambio epistolar; la mediación frustrada y su hipotético daño a la salud pública; y por último, el fácil recurso de retirar aquellos fármacos de información retaceada, cuestión que omitieron realizar<sup>10</sup>.

Posiblemente no sea necesario enumerar más ejemplos para concluir que existen profundos desacuerdos en la jurisprudencia respecto de la aplicación de los daños punitivos en el derecho argentino<sup>11</sup>.

### Una perspectiva de análisis de las desavenencias

La argumentación que realizan los jueces puede asimilarse a la estructura de un silogismo deductivo. Existe en todo razonamiento judicial, una premisa normativa (la norma aplicable), una premisa fáctica (los hechos del caso o plataforma fáctica) y una conclusión (la aplicación o no aplicación de la norma en cuestión). Como es sabido, si las premisas que sustentan la conclusión no son fiables, esta última tampoco será fiable. El objetivo de este trabajo, consiste en mostrar que existen problemas tanto en la base normativa, como en la plataforma fáctica, que dan sustento a la conclusión de aplicar daños punitivos al caso concreto o no aplicarlo.

10 Cámara Nacional en lo Civil, Sala 'G' de Buenos Aires, "L., N. R. c/ Laboratorios Phoenix S. A. I. C. F. y Otros s/ daños y perjuicios", 25 de septiembre de 2012.

11 Debe aclararse que más allá de estos desacuerdos, existen algunos casos donde hubo acuerdo en primera y segunda instancia, aunque los mismos no son la regla.

La norma general aplicable es el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del consumidor:

N1= Ante el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor hacia el consumidor, el juez podrá –a instancia de parte- aplicar daños punitivos.

El problema que existe con la subsunción de un caso particular a esta norma general, es el siguiente: la doctrina mayoritaria, apelando a los fines del instituto punitivo, plantea la necesidad de una conducta reprochable por parte del proveedor de bienes y servicios para que se torne aplicable la sanción prevista en el artículo 52 bis.

Por lo tanto, la premisa normativa quedaría integrada del siguiente modo:

N1=Ante el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales hacia el consumidor, si ello constituye una conducta dolosa o gravemente culposa, el juez podrá –a instancia del consumidor- aplicar daños punitivos.

Suponiendo entonces que interpretamos la norma general del segundo modo, es decir, integrada con la exigencia de un grave reproche subjetivo, el problema se traslada a la premisa epistémica o fáctica: ¿Cuándo el proceder del proveedor de bienes y servicios constituye una conducta gravemente culpable?, ¿Qué circunstancias revelan el dolo en la conducta del agente? Veamos cada uno de estos puntos.

### La premisa normativa

La única norma que consagra los daños punitivos en el derecho argentino se desprende del tenor literal del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

En adelante, nos referiremos a esta norma como N1.

N1 establece que ante el incumplimiento del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, el juez podrá ordenar el pago de daños punitivos a instancia del consumidor y a su favor. La palabra *podrá* se interpreta en la doctrina mayoritaria como una facultad del juez que se encuentra sujeta a la comprobación, dentro del caso individual, de un especial ánimo doloso o gravemente culposo o bien, de la existencia de un ánimo lucrativo que justifique la imposición de esta sanción.

Para interpretar la norma de este modo, se apela al espíritu de la misma, ya que la figura punitiva se incluyó en el ordenamiento de defensa del consumo con el objetivo de punir graves inconductas y prevenir a otros sujetos de la comisión de conductas similares. A su vez, si interpretamos la norma conforme a los beneficios o utilidad que la misma proporciona, podemos concluir fácilmente que la irrestricta aplicación de los daños punitivos trae más problemas que los que pretende solucionar: si se sanciona cualquier incumplimiento de una obligación legal o contractual, el proveedor puede verse gravemente afectado y su actividad comercial estaría en serios problemas.

Sin embargo, aunque la doctrina mayoritaria lo entienda de este modo, lo cierto es que la norma sólo exige un incumplimiento de cualquier obligación legal o contractual, por lo que siempre cabe la posibilidad de que se interprete literalmente y se de vía libre a la aplicación de daños punitivos.

### ***¿Cómo desafiar seriamente el problema de la premisa normativa?***

El punto de partida para establecer los extremos que debe contemplar una norma que prevé la aplicación de determinada figura jurídica, consiste en definir con claridad qué principios inspiran dicha figura y qué fines se pretende lograr con la misma. Es decir, debemos comenzar por la estructura básica de los daños punitivos y sus presupuestos generales para luego definir cuestiones más particulares.

Tratándose los daños punitivos de una herramienta propia del derecho de la responsabilidad civil, cuyas funciones son la prevención por disuasión y la punición de conductas de una particular gravedad, los principios de justicia que mejor dan cuenta de la existencia de esta figura es una conjunción de la concepción mixta de justicia correctiva de Jules Coleman que surge de su concepción de justicia anuladora, y la noción de justicia retributiva.

Coleman propone una concepción original de justicia correctiva, que resulta de la conjunción del principio del enriquecimiento ilícito y el correlativo empobrecimiento ilícito (concepción anuladora). Este tipo de justicia requiere la anulación de las ventajas y las pérdidas injustamente percibidas y sufridas, respectivamente<sup>12</sup>.

12 Ver Rosenkrantz (2005).

Esta noción parece corresponderse con la idea de Pizarro (1999) de lograr el “pleno desmantelamiento de los ilícitos” (p. 337), mediante la imposición de esta multa civil. De tal modo, el agente que actúa a sabiendas de la previsible causación de un daño; y que pudiendo razonablemente adoptar medidas de prevención, no las adopta con el propósito de procurarse una ganancia mayor; se enriquece injustamente a expensas del daño causado a la víctima. Cuando la indemnización propiamente dicha, no alcanza para volver las cosas al estado anterior, existe un enriquecimiento injusto del victimario y un empobrecimiento injusto de la víctima y es preciso anular esa diferencia.

Sin embargo, esta noción de justicia explica una parte, aunque no todo el complejo fenómeno del daño punitivo. Esta figura no reconoce como medida para su cuantificación la suma injustamente percibida por el victimario (como sucede, por ejemplo, con el instituto del enriquecimiento sin causa). El daño punitivo es una sanción que pretende no solo anular este desequilibrio, sino también castigar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos ajenos.

Otro problema que presenta la primera noción de justicia anuladora de Coleman (2010) es el siguiente: esta concepción correlaciona pérdidas con ganancias, “pero no correlaciona a aquel que obtiene una ganancia injusta precisa y únicamente con aquel que sufre una pérdida ilegítima”, ya que es compatible con la idea de que alguien distinto de quien causó el daño lo pague a quien lo sufrió. Es por ello que luego Coleman propone una concepción mixta de la justicia correctiva en virtud de la cual esta concepción anuladora debe ser complementada por una concepción relacional<sup>13</sup> que determina que lo que se debe anular no es el daño sino las consecuencias injustas y la acción incorrecta; y estas solo se pueden anular imponiendo a quien la realizó y a ningún otro la obligación de anular el enriquecimiento ilícitamente obtenido.

La idea de *justicia retributiva* parece explicar aquellos puntos que la noción desarrollada deja sin resolver. Si por justicia retributiva entendemos la necesaria proporción del castigo con la falta cometida, podemos fundamentar en ella algunos puntos que plantea la aplicación de los daños punitivos. Según Honoré (2009) el principio retributivo tiene dos aspectos:

13 Rosenkrantz prefiere llamar concepción retributiva a la concepción relacional de Coleman, en virtud de que concibe la obligación de compensar los daños como una respuesta a la realización de una acción incorrecta (2005, p. 13).

“uno requiere que sea impuesta una sanción aproximadamente proporcional a la gravedad moral de la conducta. El otro prohíbe que sea impuesta una sanción fuera de proporción con la gravedad de la conducta” (p. 101).

Esta cuestión -por lo general- olvidada en las discusiones que se plantean en torno a la interpretación y aplicación de los daños punitivos, no es en modo alguno irrelevante y permite definir algunas cuestiones controvertidas de la figura en cuestión. En el punto que nos interesa, es decir, con respecto a si debe integrarse N1 con la necesidad de una conducta subjetiva agravada, la respuesta positiva se impone dados los principios de justicia que inspiran la figura de los daños punitivos. El aspecto limitante de la justicia retributiva, exige que la sanción impuesta no deba ser mayor de lo que está justificado por la gravedad de la conducta, de la cual el grado de culpa es un ingrediente importante<sup>14</sup>.

Una vez que establecemos los principios de justicia que inspiran la figura jurídica, debemos preguntarnos por los fines de la misma. Es decir, qué objetivos se pretenden alcanzar con la aplicación de los daños punitivos. Existe consenso en que los daños punitivos tienen una doble finalidad: la prevención de conductas similares en el futuro y el castigo del sujeto pasivo.

Una forma de justificar el castigo o punición es la retribución, que mira hacia el pasado: se castiga a una persona por el daño que ha cometido, porque con su accionar ha quebrantado el equilibrio que se da en la sociedad. Por lo tanto, para reinstaurar el equilibrio alterado, se castiga a la persona que -contraviniendo una norma jurídica- está obteniendo una ventaja desleal con respecto a quienes cumplen con el derecho, lo cual a todas luces es injusto<sup>15</sup>. El argumento implicado en esta forma de justificar el castigo es el siguiente: los seres humanos poseen libre albedrío para tomar sus propias decisiones. En un contexto de libertad para cumplir o no con el derecho, quienes deciden incumplirlo causando con ello un daño a terceros, lo hacen con voluntariedad y a sabiendas de la transgresión, por lo tanto, se hacen responsables de

las consecuencias de dichos actos, este es el principio de justo merecimiento<sup>16</sup>.

En el ámbito del derecho del consumo, el sujeto pasible de esta multa civil es el proveedor de bienes y servicios: se trata de personas o entidades conformadas por personas racionales que desarrollan de manera profesional una actividad comercial. La exigencia del incumplimiento de las obligaciones con dolo, malicia o culpa grave requiere que el sujeto sancionado actúe libremente, es decir, pudiendo cumplir e incumplir sus obligaciones, elige esto último a sabiendas del daño que puede producir al consumidor.

Owen (1989), se refiere al justo merecimiento como un límite moral inherente de los daños punitivos al decir: únicamente debe castigarse a quien lo merece, porque de lo contrario la sociedad se convierte en victimaria de un inocente<sup>17</sup>. Nótese que en el derecho no basta con que un acto sea erróneo o equivocado para ser castigado, sino que es necesario que dicho acto se determine de forma más o menos clara. Con buen tino, Ellis (2008), advirtió que esta es la tarea más difícil, ya que de lo contrario no puede decirse que el autor eligió cometer ese acto que la sociedad reprueba<sup>18</sup>.

No obstante lo acertado de dicha postura, debemos tener en cuenta que los daños punitivos rigen en materia civil, donde no existe un *numerus clausus* de ilícitos civiles tipificados como en materia penal. Sí puede entenderse como una exigencia de normas precisas sin vaguedades y ambigüedades con un referente empírico claro. Como se ha visto, la norma que acoge el instituto en el derecho argentino, deja mucho que desear al respecto; y de este modo llegamos a la misma conclusión: es imperativo que la norma se integre con la exigencia de una conducta subjetiva merecedora de la sanción, y que ésta se determine de forma clara (hablamos de un requerimiento de la norma positiva, no de la doctrina y jurisprudencia).

La otra finalidad que persiguen los daños punitivos es la disuasión. Pizarro (1999) los define como:

14 Ver Honoré (2009, p. 101).

15 Ver Vilajosana (2007, pp. 177-1W0).

16 Esta idea implica descartar el determinismo, según el cual todo lo que nos sucede en la vida se halla ya predeterminado, y por lo tanto no somos libres de decidir si actuar de determinada manera u otra.

17 Ver Owen (1989, p. 705).

18 Ver Ellis (2008, p. 104).

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

A diferencia de la retribución que se orienta al pasado, la disuasión mira hacia el futuro. La función disuasiva apunta a que hechos similares no se repitan en el futuro. En el caso de los daños punitivos, se pretende que los potenciales dañadores eviten la conducta lesiva por temor a la sanción pecuniaria. Conforme la clasificación de prevención en general y especial; esta figura punitiva apunta a lograr ambos tipos.

Con respecto a la *prevención especial*, es decir la que se dirige al mismo sujeto que realizó la conducta ilícita, con la multa civil se pretende desalentar al victimario para evitar que en lo sucesivo realice conductas similares. Para lograr este fin, la imposición de la condena debe suponer un coste más elevado para el posible infractor que los beneficios que espera obtener con su actividad ilícita.

La idea de “beneficio que espera obtener” supone una actividad racional, una operación –si se quiere matemática- que permite sopesar las pérdidas y ganancias posibles de la actividad contraria a la conducta prometida o legalmente exigida.

Pizarro, menciona entre las pautas de valoración para cuantificar los daños punitivos:

1) La gravedad de la falta; 2) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; 3) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; 4) la posición de mercado o de mayor poder del punido; 5) el carácter antisocial de la inconducta. (p. 301).

La pauta mencionada en el inciso 2) tiende a reforzar la prevención especial, la cual se logrará si el sancionado percibe como gravosa la sanción pecuniaria; ya que de lo contrario –si la multa es irrisoria con respecto a su fortuna personal- no se logrará el efecto deseado. Una gran empresa que es multada con una ínfima suma en relación a su fortuna preferirá seguir infringiendo sus obligaciones legales o contractuales, si con ello procura un rédito mayor, tal es lo que sucede cuando el dañador actúa con *culpa lucrativa*.

La *prevención general*, es decir la que se dirige a la sociedad entera para que –al percatarse de la sanción impuesta al demandado- se persuada de la conveniencia de no realizar actos similares, también ha sido reconocida como una finalidad de los daños punitivos. Prosser y Keeton (1984) definen los daños punitivos como:

[Aquellos daños que] son otorgados al actor además y por encima de la completa compensación por los perjuicios con el propósito de castigar al demandado, de enseñar al demandado a no hacerlo de nuevo y de disuadir a otros de seguir el ejemplo del demandado (p. 9).

La disuasión como fundamento del castigo es una justificación utilitarista que pone acento en el efecto esperado con el mismo. Aquí importa la racionalidad del sujeto, pero a diferencia del retribucionismo, la racionalidad se considera como aptitud para tomar decisiones valorando los potenciales riesgos y beneficios de las acciones. Por ello, esta finalidad también conduce a la conclusión de que la norma debe integrarse con la exigencia de una conducta agravada por la intención de causar el daño con la especulación de que se obtendrán réditos a expensas del ilícito.

### **La premisa fáctica**

Una vez que especificamos los inconvenientes que se presentan en la premisa normativa, advertimos que el problema relacionado con la exigencia de una conducta subjetiva agravada, se traslada también a la premisa fáctica, dada la dificultad de probar estados internos. Cuando hablamos del conocimiento de los hechos en el derecho, y más precisamente en el marco de un proceso judicial, es necesario poner de relieve las particularidades que se presentan en la averiguación de los mismos.

Se trata generalmente del conocimiento de hechos pasados y, por lo tanto, no susceptibles de observación directa; y se trata también de un conocimiento de carácter ideográfico, institucionalizado y “limitado”, ya que la investigación de lo que realmente aconteció debe resguardar garantías esenciales para el derecho, que condicionarán en gran medida la búsqueda de la verdad, como bien señala Gascón Abellán (2004).

Sin embargo, aún dentro del proceso judicial, es preciso señalar distinciones fundamentales. En efecto, cuando se trata del proceso penal, se habla de

la búsqueda de la verdad real, por contraposición a la verdad formal que caracteriza el proceso civil, ya que el concepto de verdad como correspondencia con la realidad cede muchas veces ante el concepto de verdad formal, o bien como *consenso*. No obstante, cuando de castigar o punir se trata, será menester indagar sobre lo que realmente aconteció, a fin de conocer si el agente actuó con un especial ánimo dañador. Es fundamental en este punto, hacer hincapié en la dificultad que se presenta al intentar probar estados anímicos o hechos internos.

Las realidades con las que se configura el supuesto de hecho legal pueden ser de tres tipos: hechos externos, hechos internos o psicológicos y conceptos que han de ser llenados de contenido por el juez. Los hechos psicológicos o internos denotan los motivos, intenciones o finalidad de una conducta o el conocimiento del hecho por parte de alguien.

La existencia de hechos psicológicos plantea una duda: la de si puede mantenerse el carácter meramente descriptivo de los mismos. En otras palabras, ¿pueden considerarse hechos o deben considerarse meros juicios de valor? Con razón ha dicho Gascón Abellán “que los hechos psicológicos sean internos o no observables no significa que no sean auténticos hechos, y, por tanto, comprobables mediante juicios descriptivos” (pp. 76-78). Estos juicios descriptivos se referirán –las más de las veces- a conductas externas y por lo tanto observables, que permitan inferir con cierta probabilidad tales estados internos. Nótese que el conocimiento de los hechos en el derecho no es una cuestión incontrovertible como muchos creen y aun los hechos que se suponen “evidentes” necesitan ser justificados.

Otro problema que afecta la premisa fáctica, consiste en la importancia que se da a ciertos principios en ámbitos específicos del derecho. Por ello, no es cuestión menor reparar en que los daños punitivos fueron incorporados en el derecho argentino, a la ley consumeril, que tiene un fuerte garantismo hacia los derechos del consumidor; se evoca constantemente el principio “*in dubio pro consumidor*”, producto de una historia signada por los abusos de la parte más poderosa de estas relaciones, que siempre es el proveedor.

La historia ha dado cuenta de reiterados abusos hacia el consumidor y de actitudes lucrativas en detrimento de los mismos; a veces con micro lesiones, otras veces con daños grotescos, pero siempre con la misma moraleja: abuso del derecho de ejercer libremente el comercio. Todo esto ha culminado en una legisla-

ción fuertemente proteccionista, a punto tal que puede inclinarse la balanza peligrosamente hacia el lado contrario: abusos por parte de los consumidores que se patentizan en exorbitantes reclamos a la justicia y que a largo plazo pueden significar incluso la quiebra de pequeñas y medianas empresas.

### ***Cómo desafiar el problema de la premisa fáctica***

La deficiente redacción de N1 al no prever un claro supuesto de hecho, plantea la necesidad de adherirnos al paradigma cognoscitivista en cuanto establece una exigencia para el derecho sustantivo: evitar, en la medida posible, la presencia de juicios de valor en el supuesto de hecho de las normas, procurando que las notas que lo configuren tengan un referente empírico claro. Entendemos esta directriz, no como una interdicción al legislador de incorporar juicios de valor en las normas (ya que tal como se dijo antes, cuando de daños punitivos se trata, es menester que la norma exija una conducta subjetiva agravada), sino como una exigencia de incorporar referentes empíricos claros, a fin de eliminar la discreción judicial en la mayor medida posible.

Se deben agudizar los parámetros para la fijación de los hechos objeto del proceso cuando se reclaman daños sufridos por consumidores, ya que en el fondo de las decisiones judiciales creemos que no hay más que un conocido problema: la ineludible proyección de las subjetividades del juez, que se encuentra condicionado por sus sentimientos, sus ideologías, sus valores éticos- políticos, etc.

La conclusión –a nuestro entender- no puede ser otra: no se puede aplicar a rajatabla el principio *in dubio pro consumidor*, obviando de tal modo una apreciación rigurosa de la prueba rendida en el proceso. El juez debe exigir que se prueben acabadamente los hechos. Este principio debe interpretarse dentro de lo razonable: ante la duda, se interpreta a favor del consumidor, esto es, debe haber una fijación de los hechos que arroje como resultado cierta razonabilidad que lleve a la convicción del juez a inclinar la balanza a favor del mismo.

Este principio debe funcionar como una garantía epistemológica en el sentido de que si no se prueban los hechos más allá de la duda razonable, la decisión deberá inclinarse a favor del consumidor. No significa de ninguna manera liviandad en las exigencias probatorias. Sin embargo, es menester tener en cuenta que las presunciones pueden llevarnos a

diferentes resultados: algunas veces favorecerán el esclarecimiento de los hechos (funcionan como garantía institucional epistemológica); otras veces implicarán afirmar hechos que no se corresponden con la realidad, entorpeciendo la averiguación de la verdad (contra-epistemológicas)<sup>19</sup>.

## El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012

La actual Presidenta de la República Argentina, mediante decreto del año 2011, dispuso la creación de una comisión constituida por los notables juristas Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci para la unificación de los Códigos Civil y Comercial.

Producto de dicha iniciativa, la comisión elaboró el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 que prevé los daños punitivos bajo el nombre “sanción pecuniaria disuasiva” en el art. 1714 para castigar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva<sup>20</sup>. La previsión expresa de una conducta subjetiva agravada es muy atinada en cuanto la figura tiene en miras dicho elemento subjetivo para castigar; de este modo, se evitan posibles pretensiones de daños punitivos ante cualquier conducta negligente. Sin embargo, la fórmula a simple vista, no parece eliminar los problemas de vaguedad que obstaculizan arribar a una respuesta correcta. En tal sentido, no se entiende cuánto menosprecio es necesario para considerarlo grave, y la misma fórmula “menosprecio” no es clara, en cuanto está cargada de subjetividad.

Asimismo, se prevé la modificación de la actual norma 52 bis de la Ley 24.240, quedando la misma como una reproducción casi textual del artículo 1714, pero se aplica exclusivamente para proteger los derechos de consumidores, exigiendo una conducta agravada: el grave menosprecio hacia los derechos del consumidor y se prevé que el juez deter-

mine prudencialmente el destino de la condena, a diferencia del actual artículo que es exclusivamente a favor del consumidor<sup>21</sup>.

La afirmación que se sostuvo en este trabajo, respecto de la falta de acuerdo que se evidencia en la jurisprudencia argentina respecto de la aplicación de la figura punitiva, fue advertida también por los miembros de la Comisión de reforma, quienes expresaron en los fundamentos:

La decisión ha sido aplicarla solamente a los derechos de incidencia colectiva y mantener la norma especial en relación a las relaciones de consumo. Las razones son varias: a) No hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. Por lo tanto es mejor diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo. Siempre habrá tiempo para ampliar a los otros supuestos mediante leyes especiales, pero no se puede avanzar a ciegas en materia de política legislativa (...) (Proyecto de Código Civil y Comercial, 2012, p. 767).

## CONCLUSIONES

Gran parte de este trabajo, se dedicó a poner en evidencia –mediante una buena cantidad de ejemplos– la falta de acuerdo que existe en la jurisprudencia argentina respecto de la aplicación de una figura relativamente nueva y proveniente del common law.

El desacuerdo existente, es reflejo de una falta de acuerdo en la doctrina, y una norma de redacción sumamente amplia e inadecuada para dar cuenta de los daños punitivos. Es por ello que se propuso una perspectiva de análisis que permita distinguir las

19 Ver Gascón A. (pp. 122 – 126).

20 Proyecto de Código Civil y Comercial. (2012). Art. 1714. Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

21 Proyecto de Código Civil y Comercial. (2012). Art. 52 bis. Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

partes que conforman el razonamiento judicial que concluye en la decisión de aplicar o no aplicar la norma que acoge los daños punitivos en el derecho argentino. Todo ello, con la intención de identificar dónde reside el núcleo de los problemas que están dificultando alcanzar una jurisprudencia uniforme al respecto. De este análisis, colegimos que existen inconvenientes tanto en la norma general que acoge los daños punitivos, como en la premisa fáctica o empírica; e intentamos dar un punto de partida para sortear estas dificultades. El problema no debe sernos indiferente, porque la menor posibilidad de anticipar el contenido de las decisiones judiciales, conlleva una menor satisfacción del ideal político de la Rule of law<sup>22</sup>.

Al iniciar este trabajo, manifestamos que uno de los objetivos del análisis de fallos consistía en inferir algunas conclusiones respecto de si la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento privado argentino ha significado un avance, una meseta, o bien un retroceso en el derecho del consumo. Luego de analizar diferentes posibilidades, no nos encontra-

mos en condiciones de afirmar seriamente si ha sido una decisión feliz incorporar los daños punitivos, o si fue una decisión con resultados indiferentes, es decir, una meseta. Lo que sí podemos afirmar, es que no ha constituido un retroceso para el derecho del consumidor.

Esto por varias razones: a) en contra de lo que plantearon algunos doctrinarios al afirmar de que la incorporación de los daños punitivos acarrearía una catarsis de damnificados, puede decirse que esto no ha ocurrido, y si existieron pretensiones de aplicación de la figura ante supuestos no calificados para ser sancionados, los jueces no hicieron lugar (o lo hicieron, bajo sumas de poca cuantía); b) la amenaza de sanción previene a muchos proveedores de bienes y servicios despreocupados por el bienestar del consumidor, de la exigencia de adoptar las medidas necesarias para poner en el mercado un producto adecuado; c) todo intento del derecho por proteger a quienes son víctimas de abusos sistemáticos, es loable. Por supuesto, y como se dijo, en su justa medida y teniendo siempre en miras los fines que se pretenden lograr.

22 Ver Caracciolo (2001).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alchourron, C. E. & Bulygin, E. (2006). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alterini, A. A. (1998). *Contratos civiles- comerciales de consumo. Teoría general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Alterini, A. A. & López, R. M. (Dirs.). (1995). *La Responsabilidad, Libro en Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Álvarez, F. (2001). Los daños punitivos. *La Ley*, LL 2001-A-1111.
- Bueres, A. & Kemelmajer, A. (Dirs.). (1997). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Caracciolo, R. (2001). Discreción, respuesta correcta y función judicial, incluido en *Estado de Derecho y Democracia- Un debate acerca de la rule of law*, SELA 2000. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Coleman, J. L. (2010). *Riesgos y daños*. Diego M. Papayannis (trad). Madrid: Marcial Pons.
- Ellis, D. (2008). Fairness and efficiency in the law of punitive damages. En López Herrera, E. *Los daños punitivos*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Galdós, J. M. (1999). Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998: Primeras aproximaciones. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, (5), p. 29.
- Gascón, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. (2ª Ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Gherzi, C. A. (2000). *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Buenos Aires: Hammurabi.
- Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. (Gascón M. & Carbonell, M. Trad.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Honoré, A. (2009). La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10 (1), pp. 87-108.
- Kemelmajer, A. (1993). *Derecho de daños, Libro en Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas*, 2ª parte. Buenos Aires: La Rocca.
- Kraut, A. J. (1989). *Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva*. JA 1989-III-907.
- Lascano, C. J. (2002). *Derecho Penal. Parte general*. Córdoba: Advocatus.
- López, E. (2008). *Los daños punitivos*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Lorenzetti, R. A. (1995). *Las normas fundamentales del derecho privado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. L. (2009). *Consumidores*. (2ª Ed.). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Marmor, A. (2001). *Interpretación y teoría del derecho*. (1ª Ed). Barcelona: Gedisa.
- Martínez, M. G. (2012). ¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, Sanción social y disuasión óptima. *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, XIV (5), (pp. 55-100).
- Owen, D. (1989). The moral foundations of punitive damages. *Alabama Law Reviews*, 40 (3), (pp. 705- 739).
- Padilla, R. (1997). *Sistema de la Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pizarro, R. D. & Vallespinos, C. G. (1999). *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 2*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Prosser, W. L. & Keeton, P. (1984). *Prosser and Keeton on the law of torts*. (5ª Ed.). St. Paul Minnesota: West Publishing.
- Proyecto de Código Civil y Comercial. (2012). *Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Zavala.
- Rosenkrantz, C. F. (Comp.). (2005). *La responsabilidad extracontractual*. (1ª Ed.). Barcelona: Gedisa.
- Saux, E. I. & Muller, E. C. (2005). *Responsabilidad Civil y Aquiliana*. (1ª Ed.). Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.
- Tobar, J. A. (2001). Los daños punitivos y las oportunidades de aplicación en Colombia. *Revista Republicana*. Recuperado el 1 de octubre de 2013 en <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/Los-da%C3%B1os-punitivos-y-las-oportunidades-de-aplicacion-en-Colombia.pdf>
- Tunc, A. (1989). *La responsabilité civile*. (2ª Ed.). Paris: Economica.
- Vilajosana, J. M. (2007). *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Zavala, M. (1999). *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, T 4. Buenos Aires: Hammurabi.
- Zavala, M. (2004). *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*. Buenos Aires: Hammurabi.